



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

**“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el
Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP,
genera Inseguridad Jurídica”**

**Tesis previa a la Obtención
del Grado de Licenciado en
Jurisprudencia y Abogado**

AUTOR:

David Marcelo Idrobo Cabrera

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

LOJA - ECUADOR

2016

CERTIFICACION

Dr.

Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO Y DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICO:

Que la presente tesis titulada **“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP, genera Inseguridad Jurídica”**, Investigación realizada por el egresado **DAVID MARCELO IDROBO CABRERA**, fue dirigida, orientada y revisada en todas sus partes, misma que cumple con los requerimientos establecidos por la normativa pertinente para la graduación en la Universidad Nacional de Loja, por lo cual autorizo su presentación.

Loja, Noviembre de 2016



Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc
DIRECTOR DE TESIS

AUTORIA.

Yo, David Marcelo Idrobo Cabrera, declaro ser el autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Idrobo Cabrera David Marcelo.

Firma: 

Cédula: 1105650814

Loja, Noviembre de 2016

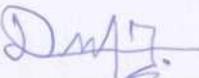
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO

Yo, David Marcelo Idrobo Cabrera declaro ser autor(a) de la tesis titulada: **“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP, genera Inseguridad Jurídica”** como requisito para optar al grado de: **Licenciado en Jurisprudencia y abogado** autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 16 días del mes de Noviembre del dos mil dieciséis, firma el autor.

Firma: 

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera

Cédula: 1105650814.

Dirección: Época- Honduras y Guatemala esq. Loja-Ecuador.

Correo Electrónico: davidmarcelo64@hotmail.com

Teléfono: 072-577338. **Celular:** 0986202564.

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de tesis: Dr. Mario Enrique Sánchez Armijos. Mg. Sc.

Tribunal de Grado: Dr. Galo Bastidas Corrales. Mg. Sc.

Ab. María León Pullaguari. Mg. Sc.

Ab. Jhonatan Valdivieso Narváez. Mg. Sc.

DEDICATORIA.

El presente trabajo de investigación está dedicado con todo el cariño a mis padres quienes han sido mi base fundamental para la elaboración de la presente de mi trabajo y por apoyarme siempre, compartiendo mis sacrificios y alegrías, por creer en mí y hacerme sentir útil a la sociedad.

David Marcelo Idrobo Cabrera

AGRADECIMIENTO.

Un agradecimiento especial para los docentes de la Universidad Nacional de Loja por impartirme durante toda mi vida de estudiante los conocimientos necesarios a fin de poder conseguir las metas propuestas; de manera especial al Dr. Mg. Sc. Mario Enrique Sánchez Armijos, quien con su don de gente y buena voluntad me dieron las pautas necesarias para la elaboración del presente trabajo y poder culminar el mismo, a mis familiares cercanos por dar día a día lo mejor de sí para convertir este sueño profesional en realidad.

1. TITULO

“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP, genera Inseguridad Jurídica”

2. RESUMEN

El presente trabajo de tesis intitulado **“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP, genera Inseguridad Jurídica”**; con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos el legislador ha reformado el sistema de administración de justicia en el cual la sustanciación de los procesos se llevará a cabo mediante el sistema oral, en que las normas procesales consagran los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal sin que se deje de lado la aplicación de las garantías del debido proceso, estableciéndose el procedimiento monitorio que siendo un trámite que garantiza la rapidez del proceso, permite que una persona pueda solicitar el cobro de una deuda líquida, exigible y de plazo vencido, pero en dicho procedimiento no se ha establecido el poder presentar medidas cautelares para garantizar el cumplimiento de la obligación

El actor no puede solicitar medidas cautelares para garantizar el pago de la deuda con que se pretende reclamar, tal como si se observa en el proceso ejecutivo. Medidas que tienen motivos totalmente prácticos, que al ser garantizado en este proceso se intenta la protección más justa y eficaz de una institución tan importante en nuestros días como lo es el crédito, en que aparte que exista rapidez debe ser segura de un crédito exigible, consistente en la obligación vencida de una cantidad líquida de dinero y que con la medida cautelar se convierta en una ejecutiva pretensión.

Con estas razones se llega a fundamentar que la falta de previsibilidad y de exigibilidad de una medida cautelar que garantice el pago de una acreencia deja en la indefensión al acreedor y lo que es más no le da posibilidad de la recuperación de la acreencia cuando existe mala fe del deudor.

Es así que el procedimiento monitorio debe garantizarse su seguridad jurídica con aplicación de las medidas cautelares, que siendo un proceso ejecutivo y luego con la aplicación de un proceso abreviado es el fundamento de una justicia de fondo y de economía procesal.

Mediante este trabajo de investigación jurídica presento las ventajas e importancia de incorporar medidas cautelares en el proceso monitorio en beneficio de quien pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste de título ejecutivo, en miras a resguardar las garantías del debido proceso y satisfacer la aspiración de justicia del pueblo ecuatoriano.

2.1. ABSTRACT.

This thesis entitled "Not Merge Precautionary Measures in the collection proceedings established in the COGEP, generates legal uncertainty"; with the force of the Code General Process The legislature has reformed the system of administration of justice in which the substantiation of the processes carried out by the oral system in which procedural rules enshrine the principles of simplification, uniformity, efficiency , immediacy, speed and procedural economy without shelve the application of the guarantees of due process, establishing the payment procedure that being a process which guarantees the speed of the process, allows a person to request payment of a liquid debt, payable and arrears, but that procedure has not been established to present precautionary measures to ensure compliance with the obligation

The actor can not apply for precautionary measures to ensure payment of the debt with which it is intended to claim, as if seen in the executive process. Measures have entirely practical reasons, to be guaranteed in this process fairer and more effective protection of such important today as it is to the credit institution is attempted, in which apart there quickly to be sure a claim on, consisting of the overdue obligation to a liquid amount of money and that the injunction will become an enforceable claim.

With these reasons come to substantiate that the lack of predictability and enforceability of a precautionary measure to ensure the payment of a debt

they left defenseless to the creditor and what is more does not give possibility of recovery acreeency when there is bad faith of the debtor.

Thus the payment procedure should be guaranteed legal certainty with application of precautionary measures, being an executive and then process the application of an abbreviated process is the foundation of justice substantive and procedural economy.

Through this work of legal research I present the advantages and importance of incorporating precautionary measures in the payment procedure for the benefit of anyone trying to charge a, liquid, due and due and payable particular debt of money, an amount not to exceed fifty unified basic wage worker generally not enforceable record, in order to safeguard the guarantees of due process and justice meet the aspirations of the Ecuadorian people.

3. INTRODUCCION

Las medidas cautelares son mecanismos adoptados al iniciarse un litigio y con los cuales el ordenamiento jurídico protege de un riesgo al acreedor, de manera provisional, y mientras dura el proceso, y tiene como finalidad hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido. Al no existir en el Código General de Procesos en el Procedimiento Monitorio se evidencia una problemática jurídica de ahí que surge la necesidad de investigar para dar solución a la problemática en cuestión para ello he realizado la presente investigación intitulada **“Al no Incorporarse Medidas Cautelares en el Procedimiento Monitorio establecidas en el COGEP, genera Inseguridad Jurídica”**, las medidas cautelares tiene que ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de la sentencia para ello se requiere que estas guarden relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso considerando los cambios que esta pueda sortear en el desarrollo del proceso.

Por lo tanto al no contemplarse medidas cautelares dentro del procedimiento monitorio, no se garantiza el cobro de la obligación al deudor; por parte del acreedor dejándolo en la indefensión.

Por lo que en el desarrollo de la presente investigación en la revisión de la literatura, en su marco conceptual pude determinar los avances que nuestro país ha tenido en cuestión de legislación procesal, se introducen conceptos

nuevos que hacen de la legislación ecuatoriana un cuerpo normativo acorde a las nuevas tendencias del Derecho Civil de manera especial se insertan figuras procesos jurídicos que permiten dinamizar el derecho; pero también se logra evidenciar las limitaciones en cuanto a la protección para el cobro de acreencias de ínfima cuantía cuando se ha obtenido una resolución favorable a través de la aplicación de procedimiento monitorio.

En el Marco Doctrinario; hago un análisis crítico de las diferentes posiciones de los tratadistas enunciados en el desarrollo del presente trabajo ahí se pudo determinar que existen criterios coincidentes en la conceptualización; todos los autores coinciden en la necesidad de aplicabilidad del procedimiento monitorio, y cobra mayor importancia cuando se trata de acceder a la justicia y es por ello que cabe resaltar el criterio de Calamandrei cuando hace referencia al derecho de acceso a la justicia en un Estado Constitucional de derechos y justicia, el tratadista sostiene que a la justicia hay que hacerla más asequible para el acreedor que tiene el derecho de hacer efectiva el cobro de una acreencia, pero carece del título ejecutivo. He ahí la justificación para la incorporación del proceso monitorio en nuestra legislación, el cual puede ser iniciado sin intervención de abogado y con un trámite que facilita la constitución de título ejecutivo sin necesidad de agotar todo el trámite de un proceso de conocimiento, de esta forma se cumplen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, con sujeción a un debido proceso de duración razonable donde el deudor tiene todas las garantías constitucionales para el ejercicio del derecho de defensa.

En el Marco jurídico, y partiendo de la definición general del procedimiento monitorio se pudo evidenciar que el espíritu del legislador constante en las disposiciones de los Art. 356 y siguientes del COGEP en cuanto al procedimiento monitorio busca efectivizar la tutela efectiva de los derechos del acreedor, pero también se pudo evidenciar que hace falta una norma que faculte al legislador la emisión de medidas cautelares a fin de garantizar el patrimonio del acreedor; elemento esencial para cuando se logre sentencia favorable del juzgador cuando una acreencia ha sido reclamada por esta vía.

Finalmente se realizó la interpretación de los resultados de la encuesta y análisis de la entrevista en la cual contrasto la hipótesis que resulto positiva, también se verifican los objetivos planteado, mismos que permitieron llegar a plantear las conclusiones y recomendaciones obtenidas durante el desarrollo del presente trabajo de investigación, resaltando los fundamentos jurídicos y doctrinarios para la propuesta de reforma, estableciendo en el COGEP un proceso en la que se solicite aplicación de medidas cautelares al juzgador para otorgarlas deberá estar investido de ese poder y la norma debe facultarle para que pueda tomar esa resolución judicial y para que surta los efectos requeridos.

Las medidas cautelares tiene que ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de la sentencia para ello se requiere que estas guarden relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso considerando los cambios que esta pueda sortear en el desarrollo del proceso.

4. REVISION DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL:

4.1.1. Medidas cautelares.

Para el tratadista Carnelutti las medidas cautelares lo define así: *“Tradicionalmente se ha definido como cautelar al proceso que, sin ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso. La finalidad de las medidas cautelares es evitar que el tiempo que insume el proceso frustre el derecho del peticionario; se asegura así el eventual cumplimiento de la condena, disipando los temores fundados de quien la pide; en tal sentido se resolvió que debe existir correspondencia entre el objeto del proceso y lo que es objeto de la medida”¹.*

Para Piero Calamandrei nos señala que las medidas cautelares *“son aquellas que buscan asegurar la efectividad de la sentencia definitiva, así como evitar que durante la pendencia del proceso se puedan producir daños o perjuicios de difícil reparación”².*

Como se desprende de las citas anotadas anteriormente las medidas cautelares se constituyen en un instrumento o en un mecanismo adoptado al iniciarse un litigio y que está orientado a suprimir los riesgos que conlleva

¹ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil, Ediciones Jurídicas Europa-América vol. I, p. 86, 1944, Buenos Aires-Argentina.

² Calamandrei, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1945, p. 45.

la duración del proceso, y con la cual se busca impedir la frustración de la realización del derecho reclamado y que se acogido en sentencia. Las medidas precautorias que se adoptan en un proceso principal según los tratadistas anotadas anteriormente tiene una finalidad, y esa finalidad es la de asegurar el cumplimiento de una obligación reclamada. Las medidas cautelares tienen la vigencia de su función y esta perdura mientras subsista la obligación principal e incluso puede ser ejecutada en caso de incumplimiento, con ello, se logra garantizar en alguna medida el cumplimiento de lo pactado antes de la iniciación de un litigio.

4.1.2. Acreedor:

Guillermo Cabanellas manifiesta que el acreedor es *“El que tiene acción o derecho para pedir alguna cosa, o exigir el cumplimiento de alguna obligación. Cabe decir también, la persona con facultad sobre otra para exigirle que entregue una cosa, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto.*

El acreedor es el sujeto activo, que puede requerir el cumplimiento de la obligación de su deudor, el sujeto pasivo de la relación jurídica de carácter personal.”³

El tratadista ecuatoriano Larrea Holguín define al acreedor de la siguiente manera: *“El titular de un derecho personal o crédito. El acreedor puede exigir*

³ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires Argentina, pág. 77.

al deudor el cumplimiento de la obligación de éste, y ejecutar en los bienes del deudor para hacerse pago de su crédito.”⁴

El acreedor de acuerdo a los tratadistas anotados anteriormente tienen puntos coincidentes al momento de definir a un acreedor, ambos autores consideran que el acreedor es el sujeto activo de un derecho, es decir quien presta un dinero con intereses legales, obtiene el derecho a que su dinero arrendado sea devuelto, y para ello el Estado garantiza dicho derecho, pero al referirnos al procedimiento monitorio en ninguna parte de la norma se logra evidenciar que el acreedor garantice la efectividad de este derecho, por lo que se hace necesario impulsar la incorporación de una normativa que regule este derecho universal de un acreedor y que le permita recuperar su patrimonio que puso en riesgo al momento de conferir una acreencia fundamentada en la buena fe del deudor.

4.1.3. Deudor:

Para Guillermo Cabanellas es, *“El sujeto pasivo de una relación jurídica; más concretamente, de una obligación. El obligado a cumplir la prestación; es decir, a dar, a hacer, o a no hacer algo en virtud de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o disposición expresa legal. Más generalmente, se refiere al obligado a una prestación como consecuencia de un vínculo contractual.”⁵*

⁴LARREA HOLGUIN, Juan, Diccionario del Derecho Civil, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador. pág. 10, 2004.

⁵CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires-Argentina, pág. 100.

Así mismo para el tratadista Juan Larrea Holguín, en su obra de consulta define al deudor de la siguiente manera, *“Obligación respecto de otro. El sujeto pasivo de la deuda es el deudor, el sujeto activo el acreedor. Las deudas se extinguen como las obligaciones; la forma ordinaria y normal, consiste en el pago generalmente en dinero.”*⁶

Como se desprende de las citas anotadas anteriormente, el deudor es el sujeto pasivo de la deuda, pudiendo ser este una persona natural o jurídica que voluntariamente contrajo una deuda por pagar como consecuencia de un vínculo contractual. Cuando esta deuda no sea satisfecha a plenitud al acreedor; este está en el derecho de ejercer acciones legales contra el deudor, para poder recuperar la correspondiente deuda; tal como lo garantiza la Constitución y las leyes ecuatorianas.

4.1.4. Créditos:

Tomando como referencia el criterio del tratadista Guillermo Cabanellas cuando se refiere a los créditos desde el punto de vista jurídico lo define como el *“Derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero. Opinión de que goza una persona cuando se espera que satisfará puntualmente los compromisos contraídos o las promesas formuladas. Libramiento, vale o abonaré de una cantidad, que se da en garantía para*

⁶ LARREA HOLGUIN, Juan, Diccionario del Derecho Civil, Editorial Corporación De Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, pág. 115, 2004.

*pagar más adelante, o bien para que la pague en otro lugar un corresponsal*⁷.

Para Ossorio al crédito lo define como el *“Derecho que tiene una persona, llamada acreedor, de exigir de otra, denominada deudor, un determinado comportamiento. Por antonomasia, cuando lo exigible es una suma de dinero”*⁸.

Según los tratadistas señalan que se efectiviza un crédito, cuando una persona o entidad se hace responsable de una cantidad determinada de dinero que le fue entregada en calidad de préstamo por otra persona natural o jurídica, a fin de que le sea devuelta en el plazo convenido.

De acuerdo a la norma establecida, el acreedor (la persona que concede el crédito) tiene derecho de exigir y cobrar el préstamo concedido, incluso la misma norma le señala el camino legal que debe recorrer el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación, es decir que el Estado a través del cuerpo normativo correspondiente le otorga esa facultad de perseguir el cumplimiento de la obligación pactada.

4.1.5. Tutela efectiva:

Según Mónica Sánchez la tutela efectiva es, *“Derecho constitucional por el que toda persona puede ejercer libremente la defensa de sus derechos e*

⁷ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires-Argentina, pág. 77.

⁸ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1974 pág. 237.

intereses legítimos ante la jurisdicción. Garantía jurisdiccional a la no indefensión y al libre acceso a los tribunales a fin de obtener una resolución fundada en derecho, a su ejecución y utilización del sistema de recursos. Supone una garantía procedimental que impone la observancia de las reglas del proceso y el derecho a un proceso eficaz y sin dilaciones indebidas.”⁹

“Cuando el Estado, a través del poder jurisdiccional, asume para sí y en exclusiva la potestad de resolver los conflictos de relevancia jurídica, de imponer sanciones y ejecutar las resoluciones que de dicho poder provengan, asume al mismo tiempo un deber de carácter prestacional. Por tanto, su organización debe prever mecanismos que sean adecuados y otorgar la tutela que las personas requieren para solucionar sus controversias.”¹⁰

Tutela judicial efectiva se entiende como el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a

⁹ ORTIZ SANCHEZ, Mónica, Diccionario Jurídico Básico, Editorial Tecnos, Quinta Edición actualizada, España, 2010, pág. 324.

¹⁰ INTERNET, <http://derechoecuador.com>. Tutela Judicial Efectiva. 14-06-2016.

intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no confesarse culpable, entre otros.

La Constitución de la República del Ecuador, consagra este derecho y le faculta al ciudadano cobijarse en la norma y en caso de inobservancia le facilita las herramientas legales para hacer respetar sus derechos que están en peligro de vulneración. Y para ello la ley le señala una serie de camino o procedimiento de gran efectividad que la ayudan a consagrar sus derechos e impedir su vulneración.

4.1.6. Procedimiento:

Para el tratadista Guillermo Cabanellas lo define al procedimiento como: *“Modo de proceder en la justicia, actuación de trámites judiciales o administrativos; es decir, que es el conjunto de actos diligencias y resoluciones que comprenden la iniciación, instrucción, desenvolvimiento, fallo y ejecución en una causa”¹¹.*

Para el tratadista Ossorio el procedimiento lo define como: *“Normas reguladoras para la actuación ante los organismos jurisdiccionales, sean civiles, laborales, penales, contencioso-administrativos, etc”¹².*

¹¹ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires-Argentina, pág. 258.

¹² OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1974, pág. 776.

Según los tratadistas en el campo del derecho, el procedimiento es la actuación regulada por normas ante organismos jurisdiccionales para el desarrollo de un trámite judicial y que en el conjunto de actos, diligencias y resoluciones tenga como finalidad producir un efecto jurídico.

4.1.7. Procedimiento monitorio:

Según CALAMANDREI nos señala que el proceso monitorio es *“un trámite procesal sencillo a través del cual se facilita la constitución o el perfeccionamiento del título ejecutivo sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo, siempre que el deudor no plantee oposición”*¹³.

Según Perdomo manifiesta “sin necesidad de agotar el trámite del proceso declarativo es porque tradicionalmente ha sido el proceso que debe seguir el acreedor para tutelar su crédito cuando no existe el título ejecutivo, y los que están en la práctica judicial, desde cualquier posición, saben que este tipo de procesos termina favoreciendo al deudor quien, sin escrúpulos, aprovechándose de la garantía del derecho de defensa, pone el tiempo y las formas a su favor para dilatar y hacer nulo el derecho de tutela efectiva que puede tener un acreedor de buena fe.”¹⁴.

Según el criterio de Perdomo; el procedimiento monitorio interfiere a las argucias que utilizan los defensores técnicos cuando acuden a la

¹³ CALAMANDREI, P. El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires-Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 10, 1953.

¹⁴ PERDOMO, A. P. Manual del Proceso Monitorio (Primera ed.). Bogotá: Ediciones del Profesional, pág. 24, 2006.

interposición de recursos con el único fin de retardar a los procesos y evitar el cumplimiento de la obligación adquirida. Con el procedimiento monitorio se pone fin a las prácticas abusivas, de los defensores de los deudores.

En el caso de la legislación ecuatoriana por procedimiento monitorio es mandatorio; es decir que una vez solicitado el Juez ordena en forma inmediata el pago de la acreencia, pero existe un contrasentido toda vez que si bien es cierto ordena la ejecución de pago, pero no le da garantías al acreedor para que pueda ejecutar dicho mandamiento de ejecución ordenado por el Juez, ahí radica la importancia de establecer medidas cautelares que garanticen dicho pago.

En cuanto al acceso a la justicia; así como está concebido el procedimiento monitorio en nuestro Código Orgánico General de Procesos se apega a lo establecido a lo que manifiesta nuestra Constitución en este estado constitucional de derechos y justicia, es por ello que el acreedor tiene derecho al acceso a la justicia en forma inmediata, para proceder a reclamar sus derechos, de manera especial las dinerarias, cuando aquellos carecen de título ejecutivo. La incorporación en el proceso monitorio en la legislación adjetiva civil ecuatoriana se constituye en un trámite sencillo y que cumple con todos los presupuestos jurídicos que garantizan una tutela jurisdiccional efectiva, con sujeción al debido proceso de duración razonable donde el deudor tiene todas las garantías constitucionales para el ejercicio del

derecho de defensa; y el acreedor todos los derechos para hacer efectiva el cobro de su acreencia.

4.1.8. Seguridad jurídica.

Para el tratadista Ossorio la seguridad jurídica la define como: *“Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio.”*¹⁵.

Para el tratadista Jorge Zabala Egas refiriéndose a la seguridad jurídica manifiesta que: *“Nuestra Constitución Política comienza por afirmar que proporcionar seguridad para la efectiva vigencia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de mujeres y hombres, es un deber prioritario del Estado ecuatoriano”*¹⁶.

Por tanto la seguridad jurídica; es esencial para que los individuos puedan desarrollar sus actividades con normalidad, sabiendo cuáles son sus derechos y obligaciones, para evitar que en el algún momento se vulnere el principio de legalidad. La Constitución de la República del Ecuador garantiza

¹⁵ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1974, pág. 878.

¹⁶ ZABALA EGAS, Jorge, Revista del colegio de Jurisprudencia, Teoría de la seguridad jurídica, Editorial Universidad San Francisco de Quito, Quito-Ecuador, 2012, pág. 1.

a cada persona, a que sus bienes y sus derechos no serán violentados y que en caso contrario existirá la reparación de los perjuicios de los mismos.

Partiendo de este hecho y concentrándonos en el tema de estudio se puede aseverar de que al no contemplarse una medida cautelar que garantice el cobro de un crédito de ínfima cuantía lógicamente se genera inseguridad jurídica e incertidumbre al acreedor al no haberse contemplado una norma que le dé seguridad de obtener el cumplimiento pleno de la obligación pactada con el deudor.

4.1.9. Ley.

Para Guillermo Cabanellas a la ley la define como: *“Genéricamente, modo de ser y obrar los seres. Propiedades y relaciones entre las cosas, según su naturaleza y coexistencia. Regia, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo. La expresión positiva del Derecho. Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder legislativo, o por el ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones”¹⁷.*

Para Ossorio: *“Constituye la ley una de las fuentes, tal vez la principal, del Derecho. En sentido amplio, se entiende por ley toda norma jurídica reguladora de los actos y de las relaciones humanas, aplicable en determinados tiempo y lugar. Dentro de esa idea, sería ley todo precepto*

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires-Argentina, pág. 184.

*dictado por autoridad competente, mandando o prohibiendo una cosa en consonancia con la justicia y para el bien de los gobernados*¹⁸.

De acuerdo a los tratadistas antes señalados podemos decir que todos los seres humanos que forman parte de una sociedad deben sujetarse a toda norma jurídica reguladora de los actos y las relaciones humanas, la ley es creada o dictada por la autoridad competente, para el control de la conducta de las personas, que deben tomar en cuenta que la ley manda, prohíbe o permite algo.

4.2. MARCO DOCTRINARIO.

4.2.1. Breve reseña histórica del proceso monitorio.

“El proceso monitorio nació en el siglo XIII con un procedimiento denominado preceptum o mandatum de solvendo con cláusula justificativa.

El proceso monitorio aparece a partir de la edad media, en las ciudades de Roma en pleno desarrollo marítimo comercial de su era, a través del tiempo se empezaron a mover diferentes mercados internaciones donde cada uno de los comerciantes adquirirían diferentes obligaciones”¹⁹.

A consecuencia de ese dinamismo económico que empezó a surgir, se empezaron a gestar una serie de inconvenientes de tipo económico que

¹⁸ OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1974, pág. 547.

¹⁹INTERNET, <http://academia.edu>. Procedimiento monitorio. 28-06-2016.

exigían ser regulados a fin de garantizar a los comerciantes modos que harían posible las transacciones comerciales y con ello avalar el flujo del comercio garantizando a los obligados mecanismos de hacer efectivos sus compromisos adquiridos a consecuencia de los actos propios del comercio.

El incremento del comercio, así como el incremento del endeudamiento como un medio para dinamizar el intercambio de mercancías trajo como consecuencia el surgimiento, el endeudamiento entre comerciantes, y ante la morosidad de algunos acreedores hizo posible que el legislador dotara de un mecanismo que le permita al acreedor hacer efectivo el cobro de las deudas contraídas entre comerciantes y es así como surge el procedimiento monitorio que trata desde el siglo XIII y que recién en nuestro país se pone en vigencia.

Este procedimiento monitorio tuvo su auge en zonas comerciales donde el alto índice de morosidad ponían en peligro la actividad comercial, y pese tener acceso a la justicia para hacer efectivo sus derechos era imposible obtener resultados favorables dado el alto congestionamiento de la administración de justicia de manera especial en las cortes europeas, de ahí que las cortes europeas tomaron como resolución establecer el procedimiento monitorio como un medio complementario y opcional para el demandante, para que pueda recurrir con sus requerimientos y obtener a través de un procedimiento ágil y oportuno un favorecimiento de un resultado favorable para la recuperación de cuantías ínfimas que no eran canceladas

por los deudores y con ello no ver afectada la actividad comercial que tenía en su apogeo en dichas jurisdicciones.

En aquella época "...este proceso empezó desde la petición que hacia el acreedor a un mandamiento de solvendo con una clausula llamada iustificativa la cual era que el deudor tenía el derecho el oponerse, cuando le era imposible cumplir con su obligación.

Este mecanismo de cobro fue acogido de buena manera, dado que en forma oportuna se podía recaudar la acreencia y darle dinamismo al movimiento económico de aquella época ; dado su exitosa aplicación sirvió de base para que en otros países se implemente este procedimiento; es así que en varios países de Europa y Latinoamérica..."²⁰ fueron aplicados con unos buenos resultados, este procedimiento monitorio, modelo cambiante para nuestra legislatura, es acogido en el Código Orgánico General de Procesos como un mecanismo de proposición que ayudará sustancialmente a fortalecer la recuperación de créditos bajo este procedimiento ágil y oportuno que entra en vigencia en nuestra legislación adjetiva.

Hablando del origen del procedimiento monitorio diferentes tratadistas hacen sus apreciaciones en forma divergente, a tal punto que se vuelve algo compleja precisa su partida de nacimiento, es así que el tratadista

²⁰INTERNET, <http://academia.edu>. Procedimiento monitorio. 28-06-2016.

Felipe Valcarcel Prieto al referirse al nacimiento del procesamiento Monitorio coincide con el criterio de "... Correa Delcasso, cuando sostiene que el origen del proceso monitorio ha de situarse en la Edad Media en la Península Itálica. En palabras del maestro italiano Chiovenda: El genio italiano, que en la observancia de las formas no había alcanzado las exageraciones de otros pueblos, cuando las necesidades de la civilización que renacía resultaron mezquinas y estrechas las formas del proceso longobardo, enlazo a la vida presente la tradición romana.”²¹

El éxito que se obtenía en la aplicación del procedimiento monitorio para la recuperación de créditos de ínfima cuantía adquirió su importancia dado la celeridad con la que obtenía las respuesta de los juzgadores en la tramitación de este tipo de proposiciones a tal punto de que el propio Moisés Valero al referirse al proceso manifiesta que “El proceso monitorio se configuró por la época como un procedimiento sin fase previa de cognición que eludía la fase declarativa. Este proceso fue concebido para huir de la lentitud y formalismo del proceso ordinario medieval o solemnis ordo judiciaruis, nació según GUTIERREZ-ALVIZ CONRADÍ, como una estructura perfectamente delimitada que se inicia con la orden del juez de pagar o hacer alguna cosa (de solvendo vel trahendo) orden que era emanada sin previa cognición.”²²

²¹ VALCARCEL PRIETO, Felipe, El proceso monitorio, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2013, pág. 24.

²² VALERO PÉREZ, Moisés: El proceso monitorio en Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá – Colombia, Editorial Temis, 2015, pág.7.

El proceso monitorio es una de las innovaciones del nuevo sistema general de procesos, que si bien es cierto su origen data desde el siglo trece, recién en el año 2016 nuestra legislación la recoge como un mecanismo orientado a descongestionar las cortes de justicia y con ello hacer prevalecer los derechos de los ciudadanos en aplicación tácita de las garantías que un Estado Constitucional de derechos y justicia social, le ofrece a sus ciudadanos.

Para Carlos Alberto Colmenares el procedimiento monitorio surge: “con la finalidad de tutelar jurisdiccionalmente de una manera eficaz el derecho de crédito cuando no existe un título ejecutivo”²³.

En una deuda de plazo vencido pero sin un título ejecutivo, no puede demandarse por este medio por la carencia de un título, de obligatorio cumplimiento, se podrá desplazar la contradicción pero no el contradictorio, en la que no tiene eficacia, al notificarse el demandado se surge el requerimiento que es la intimación sin que pueda sostenerse que exista ausencia de contradictorio, sencillamente el demandado en el proceso monitorio ejerce el contradictorio, en la cual no significa que se desplace la estructura de seguir el proceso normal, que es el ejecutivo, en la cual le da al proceso la potestad de obligatorio cumplimiento.

²³COLMENARES, Carlos Alberto: El proceso monitorio en el Código General de Procesos en Colombia, 2013, Bogotá – Colombia, pág. 341.

El proceso monitorio es de aplicación de otros países, así lo indica Colmenares, al señalar: “El proceso monitorio es la mejor forma garantizar una tutela judicial efectiva, mediante un proceso de duración razonable con resultados tan exitosos en países como Francia, Austria, Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, España. La utilización en Estados Sociales y Democráticos de derecho desde mucho antes que el nuestro donde el debido proceso y el derecho de defensa se protege eficazmente, permite afirmar que este instrumento procesal no solamente puede servir para obtener rápidamente un título ejecutivo sino atender otras pretensiones como la restitución de bien inmueble arrendado.”²⁴

El proceso monitorio se ha aplicado, como un mecanismo para garantizar la tutela efectiva de los derechos, pretensiones y obligaciones de las personas que pretenden cobrar una deuda carente de título ejecutivo, y es un medio utilizado por los países mencionados anteriormente, no solo en caso de deudas sino para cuestiones de arrendamiento de inmuebles. Siendo un proceso que es válido en sujeción a la aplicación a la garantía efectiva que tienen y reconocen a las personas en general, en sujeción a una garantía de un Estado constitucional de derechos y justicia social.

4.2.2. Reseña histórica del derecho a la tutela efectiva.

“El desarrollo de poderes y el control recíproco que ello mismo conlleva. A partir de la Revolución Francesa en el año 1789, sin lugar a dudas,

²⁴COLMENARES, Carlos Alberto: El proceso monitorio en el Código General de Procesos en Colombia, 2013, Bogotá – Colombia, pág. 360.

comienza a gestarse una nueva manera de concebir al Estado y los derechos de las personas. Hasta ese entonces, los derechos de los ciudadanos se reducían a lo mínimo, el Rey acaparaba todos los poderes dentro del Estado, su voluntad era la ley y los ciudadanos no tenían los medios para desoír su mandato, por muy injustos y antojadizos que ellos fueran”²⁵.

Los cambios revolucionarios de aquella época cambian los paradigmas de concepción de los estados modernos, estos cambios bruscos hacen que los estados reconozcan derechos de sus conciudadanos y por lo tanto surgen una nueva cosmovisión acerca de los derechos de los conciudadanos en cada Estado, donde se producen dichos cambios.

La Revolución Francesa y la Constitución Norteamericana aportaron, para que otras legislaciones consideren la necesidad de incluir en sus legislaciones el procedimiento monitorio que le permita dar funcionalidad al Estado Constitucional de Derechos garantizado en nuestra legislación a partir del año de 1998. No podemos olvidar el aporte de estas revoluciones a las nuevas tendencias y concepciones sobre el estado de derecho y los cambios de paradigmas que estos sufrieron gracias a los cambios drásticos que experimentaba la sociedad hasta lograr un pleno reconocimiento de los derechos por parte del estado a tal punto que constitucionaliza los

²⁵INTERNET, <http://derechoecuador.com>. Historia de la tutela judicial efectiva. 28-06-2016.

mismos y es a través de la creación de normas secundarias que se dinamiza su pleno ejercicio.

Este proceso evolutivo de un estado de derecho a un estado constitucional de derechos en nuestra legislación constitucional tuvo un impacto bastante significativo en nuestra sociedad, a través de ello se han logrado visibilizar ciertas problemáticas que han permitido ser consideradas en pos de la búsqueda de una solución donde se garantiza la tutela efectiva de los derechos emanadas de la Constitución.

La emisión de normas secundarias apegada al marco constitucional vigente garantiza el pleno ejercicio de acceso a los tribunales de justicia cuando los derechos son vulnerados, y obtener de ellos decisiones apegadas a derecho y con respeto efectivo al debido proceso.

La firma de los tratados y los convenios internacionales acaecidos después de la segunda guerra mundial y ratificadas por el Estado se constituyen en el adalid para que los juzgadores tengan el elemento esencial para fundar sus decisiones, incluso dichos tratados en nuestro ordenamiento constitucional mantiene la misma jerarquía y lo establecido en los artículos 426, 427 y 428 es mandatorio para que cuando exista una controversia entre la norma secundaria y la constitucional se aplicará la norma constitucional, ahí está la esencia de la valía de este reconocimiento de los derechos de los

ciudadanos, y por lo tanto garantiza la tutela efectiva de los derechos consagrados en el Art. 75 de la Constitución de la República del Ecuador.

La tutela efectiva es aplicable dentro de las medidas cautelares para evitar un peligro ulterior de la pretensión del actor, por ello, Jorge Ramírez manifiesta. *“No es el peligro genérico del daño jurídico, el cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria, sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario”*²⁶.

No considerar una medida cautelar, pone en peligro la ejecución de una resolución del juzgador; por tanto la tutela judicial quedaría limitada simplemente a la resolución del Juez y no existiría poder de ejecución de la misma, por lo que resulta ineficaz una resolución sino está acompañada de una medida cautelar.

La tutela efectiva es una garantía de los ciudadanos de garantizar en un Estado constitucional de derechos y justicia social, en la cual las medidas cautelares evitan un peligro eventual o que se produzca del retardo de la administración de justicia, en la cual la medida tiene como finalidad prevenir un daño con anticipación, en la cual de prever y si ella ocurriese, el daño temido se tornaría en daño efectivo, de manera que funciona la prevención de la medida cautelar en la cual resulta anulable tal acción o disminuida.

²⁶RAMIREZ, Jorge: Función precautelar, editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2005, pág. 154.

Dentro de la tutela efectiva que se aplica a las medidas cautelares, Ernesto Rey Cantor expresa que es aplicable para garantizar: *“la de la celeridad y la de la ponderación; entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las providencias cautelares tienden ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema del bien y el mal, esto es, de la justicia intrínseca de la providencia, se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso”*²⁷.

Uno de los inconvenientes que ha existido en los procesos, es la manera de resolver los conflictos, y que por lo general se ha aplicado el sistema escrito, que actualmente está cambiando con el sistema oral que se lleva a cabo por la nueva legislación general de procesos, que esto se ha venido aplicando en función a garantizar la celeridad del sistema de justicia, fundamental que consta en la Constitución de 1998, y se ha ratificado en la nueva Constitución de Montecristi en vigencia desde el 2008. Celeridad de los procesos, que va en función a garantizar la tutela efectiva de los derechos y principios garantizados a la ciudadanía ecuatoriana, y que tiene como fin el análisis entre un principio con otro, analizando que la aplicación de uno de ellos no perjudique o vaya en detrimento del otro. Por ello la tutela ha sido aplicada y esta garantiza que en los conflictos que se susciten entre las personas, vayan en la satisfacción a garantizar la aplicación de un Estado Constitucional de Derechos y justicia social.

²⁷REY CANTOR, Ernesto: Medidas provisionales, y medidas cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2005, pág. 151.

Luis Abarca Galeas manifiesta que *“Si bien la función de juzgar implícitamente conlleva la de aplicar las normas jurídicas pertinentes a las sustanciación del debido proceso y a la solución del caso concreto que es su objeto, a tal punto que no existe ninguna actividad jurisdiccional o procesal sin ley que la regule, o resolución en que no se aplique ninguna ley”*²⁸.

Coincidiendo con el criterio de Luis Abarca Galeas, el contar con un cuerpo normativo que nos permita en la sustentación de un proceso monitorio, garantiza la seguridad jurídica de obtener un juicio justo y por lo tanto los sujetos procesales obtienen del Estado a través de esta norma la tutela efectiva de sus derechos, toda vez que las resoluciones que se emanen como consecuencia de la aplicación de la norma y sujetas a dicho cuerpo normativo y no al arbitrio ni discrecionalidad del juzgador. Ahí se consagra la tutela efectiva de los justiciables.

La tutela efectiva está dirigida en aplicación a los derechos constitucionales y en sujeción a lo señalado en la ley, en la cual los jueces que administran justicia, den una solución a los problemas que las personas han puesto en sus manos, como uno tercero imparcial, mediante la aplicación de derecho de solución y que ello ponga fin al inconveniente jurídico, por ello es que la tutela jurídica busca que mediante los principios y derechos, que su aplicación no resulte amenazados los mismos y afectado para las otras personas.

²⁸ABARCA GALEAS, Luis Humberto: La tutela jurídica Constitucional del debido proceso, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito-Ecuador, 2013, pág. 6,7.

La tutela efectiva se comienza a aplicar como un medio para hacer efectivos los principios y derechos de las personas, y de acuerdo de Fernando Álvarez se ha instituido paulatinamente: *“No solo como un recurso jurídico sino como un instrumento que ha venido a modificar sencillamente el comportamiento típicamente legalista en la solución de conflictos para buscar, por vía de lo justo, de una jurisprudencia de valores, la respuesta equitativa a la demanda ciudadana de protección de derechos”*²⁹.

La tutela efectiva no solo se aplica para garantizar garantías jurisdiccionales, como son las acciones de protección, habeas corpus, habeas data o la acción extraordinaria de protección, sino que es un medio de aplicación de los demás derechos como civiles, del debido proceso, o principios como los sistemas de administración de justicia. Por ello los jueces tienen la potestad de vigilar y aplicarlos en función a lo establecido en la ley, y son los legisladores que deben garantizar su verdadera aplicación en lo que determine en la Constitución, por cuanto se está avanzando y aplicando la tutela efectiva en función a garantizar un Estado Constitucional de derechos y justicia social.

La tutela efectiva ha sido aplicado y avanza más allá en poner en práctica las garantías jurisdiccionales, así lo indica Vanessa Aguirre al señalar que *“Las violaciones a la tutela judicial efectiva suceden con mayor frecuencia en el transcurso del proceso; si, por ejemplo, no se conoce cuánto tarda un*

²⁹ALVAREZ, Fernando. Jurisprudencia Constitucional sobre la acción de tutela, editorial Diké, Universidad de Texas, 1993, pág. 23.

*proceso en ser resuelto desde que ingresa a la judicatura, o bien cuáles son las fases en las que los juicios se entrampan, difícilmente se podrá emprender en medidas puntuales que ayuden a transformar la forma en la que se administra justicia en el país. En el Ecuador, esta es una información a la que no se puede acceder públicamente, al menos hasta este momento*³⁰.

La aplicación de los procesos fue en función a garantizar la tutela efectiva y por ello el proceso ha ido evolucionando, que ha llegado en la actualidad que los procesos se rijan por el sistema oral, con las reformas al sistema judicial, y del proceso en sí con el nuevo Código Orgánico General de Procesos, siendo aquellas fortalezas del sistema de justicia, pero también su aplicación deben buscarse las debilidades, para el fortalecimiento del mismo, capaz de poner en vigencia la tutela efectiva que tantas veces se reconoce y se sugieren en la administración de justicia, capaz que las personas cuando tengan inconvenientes jurídicos acudan ante la función judicial y tengan la garantía de cumplimiento de sus derechos y principios y que mediante la celeridad se constituya en el reforzamiento de la administración de justicia, mediante el despacho judicial.

4.2.3. Las medidas cautelares.

Las medidas cautelares surgen como un medio para asegurar la pretensión o el aseguramiento de una obligación, al decir de Eduardo García “La

³⁰ AGUIRRE, Vanesa: Estado Constitucional de derechos, Informe de los Derechos Humanos 2009, ediciones Abya-yala, Quito –Ecuador, 2010, pág. 26.

*naturaleza de las precauciones de que aquí se trata, parece que el nombre apropiado es el de medidas cautelares, puesto que el sentido lingüístico corresponde al contenido, simplemente porque se da la idea de prudencia, de previsión cauta ante periculum in mora que corre el derecho o la situación, así sea ahora un fumus bonis iuris o solo verosímil o únicamente presumible*³¹.

Las medidas cautelares se entienden como una precaución de la acción, de ello su finalidad es la garantía que se cumpla con la pretensión de la demanda, que puede ser antes, conjuntamente o después de ella, por ello esta institución se encuentra íntimamente ligado con el proceso.

Para Eduardo Couture: *“la finalidad de las medidas cautelares es la de restablecer la significación económica del litigio con el objeto de asegurar la eficacia de la sentencia y cumplir con un orden preventivo: evitar la especulación con la malicia.”*³²

La medida cautelar se constituye en una protección que obtiene el acreedor de parte del juzgador para hacer efectiva una acreencia de tal modo que la resolución emanada del juzgador a favor del mismo se pueda hacer efectivo el derecho reclamado, pero esta medida cautelar debe estar amparada en la mora y debe guardar proporcionalidad entre el derecho reclamado y la

³¹ GARCÍA, Eduardo: Medidas cautelares, segunda edición, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2005, pág. 210.

³² COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones Desalma, Buenos Aires - Argentina, 1979, pág. 23.

medida dictada a fin de no perjudicar el patrimonio del obligado y evitar con ello perjuicio entre los litigantes.

La medida cautelar es una garantía en la pretensión, y a ello Giovanni Priori Posas cita a Calamandrei, quien manifiesta: *“por esto, siempre que una medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la misma autoridad que ha dictado la providencia podrá a través de una nueva cognición sumaria modificarla o revocarla, si se han verificado nuevas circunstancias que aconsejen que no continúe la relación cautelar originariamente constituida.”*³³

Con la decisión de determinar medidas cautelares, no es una cuestión anticipada de resolución del juez, ni una declaratoria de derecho, sino que su mecanismo procede, del peligro que pueda conllevar la demora en el proceso, y una certeza plena de la existencia del derecho o de su amenaza.

En la legislación señaladas en la legislación procesal civil como las indicadas actualmente en la nueva legislación general de procesos, el término de medidas cautelares tienen su historia al conocerse como providencias preventivas, así en el Manual Práctico Legal Ecuatoriano se indica que *“Las providencias, como su nombre lo indica, tienen como principal objetivo adoptar medidas a prevenir, tomar precauciones, con el fin de que se pueda*

³³ PRIORI POSASA, Giovanni: La tutela cautelar, editorial Ara editores E.I.R.L., Lima – Perú, 2006, pág. 106.

*asegurar pretendidos derechos o que se pueda garantizar una obligación que una persona tiene con otra*³⁴

Las medidas cautelares son sinónimos de preventivas y de ello se han aplicado en la legislación civil, contempladas en el Código de Procedimiento Civil, que fueron derogadas por el actual Código Orgánico General de Procesos, pero que tienen como fines, la precaución de las pretensiones de las partes en el proceso, aplicables, antes, conjuntamente o después de la demanda, que se encaminan a prevenir el daño que se podría derivar del retardo de la administración de justicia.

4.2.4. Principios del derecho civil y derecho procesal civil.

Principio de Buena Fe: Sobre el principio de buena fe Devis Echandía manifiesta: *“Puesto que ya el proceso civil no es considerado como una actividad privada, ni las normas que lo regulan como el derecho privado, sino, por el contrario, que el Estado y la sociedad están íntimamente vinculados a su eficacia y rectitud, debe considerarse como un principio fundamental de procedimiento de buena fe y la lealtad procesal de las partes y del juez. La moralización del proceso es un fin perseguido por todas las legislaciones como medio indispensable para la recta administración de justicia*³⁵.

³⁴ MANUAL PRÁCTICO LEGAL ECUATORIANO, Ediciones Legales, Quito – Ecuador, 2011, pág. 380.

³⁵DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 73.

El principio de buena fe busca impedir las actuaciones abusivas de las partes, y exige un actuar con lealtad procesal e impiden dilatar el proceso.

La buena fe necesariamente tiene que estar presente en todas las actuaciones del ser humano y mucho más esta debe estar plasmada en la norma a fin de impedir actuaciones desmedidas de los sujetos intervinientes en el proceso.

La legislación ecuatoriana de manera especial en el Código Orgánico de la Funcional Judicial en su Art. 26 ordena que los jueces deben exigir que los litigantes así como los abogados patrocinadores deben observar el principio de fe y lealtad procesal y evitar el abuso del derecho por parte de los defensores técnicos.

Principio de Igualdad: Sobre la igualdad Devis Echandía expresa: *“Dos consecuencias:*

1) La de que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual halla fundamento en la máxima audiatur ex altera parts, y viene a ser una aplicación del postulado que consagra la igualdad de los ciudadanos ante la ley, base de la organización de los Estados modernos;

*2) que no son aceptables los procedimientos privilegiados, al menos en relación con raza, fortuna o nacimiento de las personas*³⁶

El criterio del tratadista citado corrobora que todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Bajo la premisa de este criterio se logra establecer que todos los seres humanos gozamos en igualdad de condiciones los privilegios y prerrogativas que nos ofrece la sociedad. Este principio de igualdad en sociedad de dominación es trastocado debido a que siempre la norma está en función de la clase social que se encuentra en el poder, no se debe olvidar que en sociedad de clase la Justicia es un elemento de la superestructura de la sociedad que depende de su estructura, es por ello que en sociedades desiguales la ley siempre se impondrá según el criterio de la clase que se encuentra en el poder, por lo tanto este principio dista mucho de lo que verdaderamente debe ser.

Entonces la Igualdad ante la ley, hablando desde el punto de vista del materialismo histórico se constituye en un paradigma que queda en el abstracto del legislador por cuanto este responde necesariamente a la clase que está en el poder y la clase dominada debe acogerse a dicha normativa so pena de ser sancionado es por ello que la igualdad es solo ante la normativa vigente como conducta de cumplimiento obligatoria.

³⁶DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 54.

Principio de Equidad: Según el tratadista Héctor Peñaranda manifiesta los siguiente: *“la palabra Equidad tiene dos acepciones en jurisprudencia, pues ora significa la moderación del rigor de las leyes, atendiendo más a la intención del legislador que a la letra de ellas, ora se toma por aquel punto de rectitud del Juez, que a falta de la ley escrita o consuetudinaria, consulta en sus decisiones las máximas del buen sentido y de la razón, o sea, de la Ley natural.”*³⁷.

El principio de equidad plasmado en la norma jurídica busca solucionar problemas planteados por los justiciables, tratando no posible de no lesionar los derechos propios de cada uno de ellos. Este principio; busca en sí de al momento de ser aplicada a la ley, sea ésta interpretada de una manera legal y lo más apegado posible a la equidad de las partes y propiciar con ello la igualdad ante la ley, pero este principio es sostenido con la sana crítica del Juez que impone al momento de aplicar la norma jurídica; es decir el juzgador se apoya en las facultades discrecionales que la ley le ampara.

El principio de equidad permite al juzgador conceder los derechos según las pruebas aportadas en el proceso, la equidad nos acerca cada vez más la justicia porque se considera que al aplicar la ley esta concede los mismos derechos y obligaciones a los elementos componentes de la sociedad, es decir que todas las personas son tratadas en igualdad de condiciones, aquello permite asegurar que al hacer una aplicación justa de la ley se

³⁷PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. PRINCIPIO DE EQUIDAD PROCESAL, Editorial Nómadas, Madrid-España, 2009, pág. 4.

obtendría resoluciones justas y que no lesionarían derechos de terceros y mucho menos de los propios justiciables, a ello se suma como se había dicho la facultad que tiene el juzgador de crear normas cuando existe vacíos o lagunas jurídicas que impidan tomar decisiones enmarcadas dentro de lo justo y lo legal.

La actitud del Juez para lograr plasmar el principio de equidad debe esforzarse en interpretar el espíritu que el legislador impuso en la norma al momento de dictar la misma y lo que es más sujetarse al mandato constitucional de manera especial cuando se hace reconocimiento de los derechos en el ordenamiento Constitucional.

Principio de Responsabilidad: Sobre el principio de responsabilidad José García Falconí sostiene: *“Cuando incumple sus deberes o desborda sus poderes puede ser sancionado civilmente al pago de daños y perjuicios y al daño moral ocasionado, en esta materia; o penalmente mediante el juicio de prevaricato y/o violación de derechos constitucionales; y, administrativamente con la remoción y/o la destitución de su cargo a más de multas y otras sanciones que señale el Consejo de la Judicatura, debiendo recalcar que generalmente se usa a los jueces por los delitos de: peculado, concusión, cohecho, enriquecimiento ilícito, abuso de autoridad, etc.”*³⁸

³⁸ GARCÍA FALCONÍ, José. Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico General de Procesos, Tomo Primero, Indugraf. Riobamba – Ecuador, 2016, pág. 149.

La responsabilidad a la que se ve abocado el sujeto procesal que induce a una litigación con causa justa y mucho más sin justa causa, esta consiente que luego de evacuar un proceso está sujeto a las consecuencias que de ello se pueda derivar, es decir al resarcimiento de los daños y perjuicios y al pago de costas procesales por inducir a un proceso sin objeto lícito y mucha más sin causa lícita.

La responsabilidad en muchos casos también se extiende a terceros como el caso del fiador, en caso de alimentos. Al deudor solidario en el caso de acreencias, en fin la responsabilidad en un hecho de doble vía y todo depende de la resolución que se obtenga del juez para luego establecer las obligaciones al resarcimiento de daños y perjuicios, en resumen diría que la responsabilidad está implícita en el proceso mismo desde el momento de que se inicie la acción.

Principio de Abuso de Derecho: Pescio Vargas, manifiesta: *“si una persona actúa dentro de los límites de su derecho, no incurre en culpa y no puede ser responsable del perjuicio que haya podido causar a otro. Pero si el titular del derecho excede los límites a que su derecho se encuentra circunscrito, en realidad actúa sin derecho, comete un acto ilícito e incurre por lo tanto en responsabilidad.”*³⁹

³⁹PESCIO VARGAS, Víctorio. Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II. Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Chile, 1978. pág. 26.

El abuso del derecho se plasma cuando el defensor técnico hace uso indiscriminado de derechos con el único fin de retardar el proceso o conseguir a través de ello la prescripción de la acción o la caducidad del derecho, previendo esta conducta por parte de los litigantes el legislador prevé y dicta una norma que sanciona este abuso del defensor técnico y limita su accionar incluso bajo prevenciones legales que su accionar se ciña a lo enmarcado dentro de la norma y respetando los términos o plazos que le ley conceda a cada uno de los procedimientos, muestra de él es la vigencia del Código Orgánico General de Proceso, con ello las argucias y artimañas de los defensores quedó limitada estrictamente a lo señalado en la norma procedimental y al principio de economía procesal así como en el caso del procedimiento monitorio para el cobro de acreencias de ínfima cuantía, de la forma que está concebido se ve un proceso ágil oportuno que debe ser complementado con una medida cautelar para lograr un resultado eficiente.

Principio de Irretroactividad de la Ley: En general escribe Valencia Zea, *“el efecto retroactivo está prohibido por razones de orden público. Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas. Además especialmente cuando se trata de la reglamentación de*

*toda una institución jurídica, existe verdadera imposibilidad para regular el efecto retroactivo*⁴⁰.

La naturaleza jurídica del principio de irretroactividad es la de preservar el orden público e impedir la aplicación de normas a hechos que se ha producido con anterioridad a la promulgación de la norma y que esta vaya en desmedro de los derechos de los justiciables. La ampliación de una norma nueva a hechos nuevos o futuros lo que persigue es garantizar la seguridad y estabilidad jurídica.

Conforme lo señala el principio las normas que se expidan son para lo venidero y en ningún caso se puede retrotraer al pasado este principio es más evidente en la legislación penal ecuatoriana es así que cuando se promulga una ley que beneficia al reo y es más benigna y la misma es promulgada con posteridad al cometimiento de la infracción la ley ordena que se debe aplicar la menos rigurosa, pero si es lo contrario cuando existen un endurecimiento de la penas el reo se quedaría con la pena impuesta por que no está contemplada en nuestra legislación la retroactividad de la ley.

Principio de oralidad: Del principio de oralidad o de escritura Devis Echandía expresa: *“Uno de los más fundamentales, pues de que exista el uno o el otro dependen la orientación general del proceso en gran parte y la acogida que tengan los que hemos dejado aplicados. Más téngase en*

⁴⁰VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá-Colombia, editorial Temis, 1989. pág. 184.

cuenta que si existe el procedimiento escrito, no pasa lo mismo con el oral, pues en realidad cuando hablamos de este, queremos significar que la forma oral es la que predomina dentro de él.”⁴¹

Este principio es recogido en nuestra legislación en el ordenamiento constitucional de manera especial el Art. 168 numeral 6 en el que señala como mandatorio que en todas las materias la sustanciación de los procesos será a través del sistema oral con la finalidad de dar agilidad a los mismos y a fin de cumplir con el principio de concentración y dispositivo que garantice un proceso más justo y lo que es más la contradicción de las partes, a fin de que el juez pueda resolver en base a lo aportado en el proceso.

Los procedimientos que toma un juez es lo señalado en la legislación procesal civil, como lo determina en cada caso el Código Orgánico General de Procesos, que tienen predominancia el sistema oral, en función a garantizar, al principio que reconoce y determina la Constitución de la República del Ecuador, del cual las partes se encuentran directamente vinculados con el juez, quienes llevan las diligencias y la toma de decisiones mediante el sistema de audiencias, para lo cual se instituye el mismo para garantizar la celeridad, eficacia y eficiencia en la administración de justicia.

El principio de la verdad procesal: Para el tratadista Devis señala que se entiende *“por verdad procesal la que surge del juicio; la que consta en los elementos probatorios y de convicción allegados a los autos. Esta puede ser*

⁴¹DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 69.

diferente de la verdad real. ¿Qué significa este principio? Que para el juez lo importante y único es la verdad procesal; que su decisión tendrá que ceñirse a ella, y que entonces será recta y legal, aunque en ocasiones la realidad sea diferente."⁴²

El principio de verdad procesal; le permite al juzgador ceñirse a las pruebas actuadas y aparejadas al proceso y no en otros elementos alejados al mismo. Si bien es cierto que ahí juega un papel importante, el papel que juega el abogado de la defensa técnica para aportar con los elementos suficientes y necesarios que le permitan al juzgador tener una idea clara del objeto de la causa y sobre ella emitir su resolución, de ahí podemos decir que en muchas ocasiones que lo legal es justo pero en muchos casos lo justo no es lo legal; es decir que la realidad puede ser muy diferente a los hechos aportados en el proceso, esto se puede dar cuando existe negligencia de parte de la defensa técnica en el aporte de las pruebas dentro del proceso.

Finalmente se puede manifestar que el juez resolverá en función de la prueba aportada en el proceso y no en otra circunstancia adicional y lo que es más hay que considerar que la prueba debe estar legalmente pedida actuada y evacuada en los términos y plazos que concede la ley, la prueba debidamente actuada no hace fe en el proceso, la misma tiene que ser

⁴²DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 54.

ordenada por el juez o autorizada legalmente, actuada de esa manera hará fe en el proceso.

El principio de la cosa juzgada, Para el tratadista Echandía manifiesta lo siguiente: *“Este principio se deduce del carácter absoluto de la administración de justicia. Significa que una vez decidido, con las formalidades legales, un litigio entre determinadas partes, estas deben acatar la resolución que le pone término, sin que les sea permitido plantearlo de nuevo. De lo contrario, la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función del juez se limitaría a la de buen componedor, con la consecuencia de que esa intervención o determinación no podría imponerse como obligatoria definitivamente. El proceso estaría siempre sujeto a revisión o modificación, lo que haría imposible la vida jurídica.”*⁴³

El principio de cosa juzgada le limita a los litigantes volver a plantear una nueva acción por los mismos hechos, esto significa que la resolución del juez causó ejecutoria y existió el planteamiento a su debido tiempo de los recursos que la ley le franquea cuando a criterio de los justiciables su derecho está siendo perjudicado por la resolución del juez.

Principio de la valoración de la prueba, Según el tratadista Hernando Echandía manifiesta lo siguiente: *“Para administrar justicia, en cualquiera de sus ramas (civil, penal, contencioso-administrativa, militar, laboral, fiscal), es*

⁴³DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 57.

necesario delimitar las facultades en la apreciación de los medios o elementos probatorios que se lleven al juicio. No se trata de saber si el juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del debate probatorio, sino de determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta el juez para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una u otra manera”⁴⁴.

Para que el juzgador tenga certeza de lo que va a juzgar, debe valorar la prueba aportada en el proceso, el juez debe considerar que esta sea precisa y conducente al hecho que se investiga, es decir que los elementos probatorios le den certeza que el hecho se cometió de esa manera y no de otra y que lleven al convencimiento de la infracción y de la responsabilidad de la misma.

4.3. MARCO JURIDICO:

4.3.1. Análisis de la Constitución de la República del Ecuador respecto a la tutela efectiva.

Art. 75 *“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 ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales les será sancionado por la ley”⁴⁵*

⁴⁴DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, pág. 63.

⁴⁵ Constituyente, A. (2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Montecristi. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Art. 75.

. La tutela efectiva garantizada en nuestra Constitución en el Art. 75, le permite al acreedor con eficacia hacer efectivo su derecho a recuperar su acreencia, mediante la aplicación de la ley, pero esta aplicación para que se sea eficaz debe estar determinada en el COGEP misma que cumpla con el objetivo principal y garantice el derecho de los ciudadanos.

La Constitución de la República del Ecuador es la ley suprema que rige nuestro país, otorga derechos, deberes y garantías a los ciudadanos, en su artículo 75 establece el derecho de todo ciudadano sin distinción alguna a tener un acceso libre a la justicia, de la misma manera garantiza el derecho a la tutela efectiva, que se enfoca en una justicia oportuna, imparcial, respetando el debido proceso y otorgando igualdad de condiciones, promoviendo de esta manera la seguridad jurídica.

Para tutelar efectivamente el derecho de los acreedores, se hace necesario que la norma también prevea mecanismo que garantice hacer efectivo este derecho y así lo establece el Art. 87, el mismo que textualmente dice.

Art. 87.- *“Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”⁴⁶.*

⁴⁶ Constituyente, A. (2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Montecristi, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones., Art. 87.

Analizando brevemente la naturaleza jurídica de las medidas cautelares constitucionales, la esencia de esta figura de protección de derechos podemos señalar que las medidas cautelares, por su naturaleza, constituyen un instrumento importante que permite la protección de los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra carta magna, cuya finalidad es evitar o cesar la violación de un derecho en caso de haberse producido, por esta razón las medidas cautelares juegan un doble papel. El primero se refiere a la posibilidad que tenemos todas las personas de que no sean interrumpido el ejercicio de nuestros derechos constitucionales, ya sea por una actuación irregular de un particular o de una autoridad pública. El segundo papel que desempeñan estas medidas, es que le permiten al Estado contar con una herramienta de alerta para evitar una actuación irregular que pueda vulnerar los derechos constitucionales, y de esta manera impedir que se genere un daño que afecte el ejercicio de un derecho, por lo tanto al acreedor le garantiza la norma constitución al obtener una garantía para hacer efectiva su derecho a través del procedimiento monitorio señalado el Art. 356 y siguientes del COGEP y me permito señalarlo para una mejor comprensión.

4.3.2. CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS: RESPECTO A LOS PROCEDIMIENTOS.

Respecto del procedimiento monitorio; el artículo 356 prescribe:

“Artículo 356.- Procedencia. *La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no*

exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas:

- 1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor.*
- 2. Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor. Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por la o el acreedor, para acudir al proceso deberá acompañar prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor.*
- 3. Mediante la certificación expedida por la o el administrador del condominio, club, asociación, establecimiento educativo, u otras organizaciones similares o de quien ejerza la representación legal de estas, de la que aparezca que la o el deudor debe una o más obligaciones, cuando se trate 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.

- 4. Mediante contrato o una declaración jurada de la o del arrendador de que la o el arrendatario se encuentra en mora del pago de las pensiones de arrendamiento por el término que señala la ley, cuando se trate del cobro de cánones vencidos de arrendamiento, siempre que la o el inquilino esté en uso del bien.*
- 5. La o el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente, acompañará a su petición el detalle de las remuneraciones materia de la reclamación y la prueba de la relación laboral”⁴⁷.*

El espíritu de esta disposición amplía la gama que el acreedor tiene para lograr de parte de deudor el ,reconocimiento de una acreencia, dicha disposición no se circunscribe ni se limita a formalismos propios de los títulos ejecutivos sino que es a través de ella se amplía las oportunidades de cobro de una deuda, y no permite que el deudor a través de suspicacias trate de negar dichas acreencia, es decir con el contenido de esta norma se amplía el abanico para que el titular de los derechos crediticios pueda recuperar los valores sujetos a litigio.

Artículo 357.- “Demanda. *El procedimiento monitorio se inicia con la presentación de la demanda que contendrá además de los requisitos*

⁴⁷ Constituyente, A. (2015). CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones., Art. 356.

generales, la especificación del origen y cantidad de la deuda; o con la presentación del formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. En cualquiera de los casos, se acompañará el documento que prueba la deuda. Si la cantidad demandada no excede de los tres salarios básicos unificados del trabajador en general no se requerirá el patrocinio de un abogado”⁴⁸.

Comentario:

Conforme está concebida la demanda en el artículo 357 esta se constituye en un ruego que se le hace al juzgador con el aporte de toda la prueba, para que la materia de controversia sea solucionada en base a los principios antes enunciados en la presente investigación. Como es lógico cuando nos acogemos a esta disposición legal tenemos que cumplir con todas las exigencias a fin de que nuestro requerimiento se conduzca, bajo las reglas emanadas por el legislador y plasmadas en ese código y de esa manera obtener un resultado favorable al requerimiento que se le hace al Juez; y con ello respetamos el debido proceso.

Artículo 358.-“Admisión de la demanda de pago. *La o el juzgador, una vez que declare admisible la demanda, concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite a la o al deudor. La citación con el petitorio y el mandamiento de pago de la o del juzgador interrumpe la prescripción. Si la o el deudor no comparece dentro del término concedido*

⁴⁸ Constituyente, A. (2015). CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones., Art. 357.

para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes de la o del deudor que la acreedora o el acreedor señale en la forma prevista por este Código”⁴⁹.

Comentario

Planteada la demanda con los requisitos que la ley exige para estos casos; el Juez respetando el debido proceso la aceptará a trámite y en dicha providencia ordenará la citación al deudor, lógicamente la citación se le hará al deudor con el contenido de la demanda y el mandamiento de pago que emite el juzgador en la misma, esto con la finalidad de interrumpir la prescripción de la acción y darle el derecho a la legítima defensa que tiene el deudor como un derecho consagrado en la Constitución. En dicha providencia le concede el término prudencial a fin de que conteste la pretensión del actor, haciendo notar que si no hay oposición el auto interlocutorio queda en firme y tendrá el efecto de cosa juzgada, es decir de que el actor de la demanda podrá pedir al Juez la ejecución de la misma, comenzando con el embargo de bienes, a fin de garantizar el cobro de la acreencia sujeta a resolución.

Artículo 359.- “Oposición a la demanda. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia

⁴⁹ Constituyente, A. (2015). CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones., Art. 358.

única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación. En este proceso no procede la reforma a la demanda, ni la reconvencción”⁵⁰.

El procedimiento monitorio conforme está concebido en los Art. 356 del Código Orgánico General de Procesos señala que cuando se pruebe la existencia de una deuda constante en un documento que no sea título ejecutivo y en la que conste únicamente la firma del deudor, un sello, o impronta o marca o con cualquier otra señal, es susceptible del cobro bajo esta vía, es decir que el espíritu de la norma es apelar a la buena fe las partes obligadas, pero cuando hay oposición la celeridad para el cobro de obligaciones dineraria de menor cuantía, se sujeta a los señalado en el Art. 359 del COGEP.

De las disposiciones transcritas en los párrafos que anteceden en ninguna de ellas se advierte que se le otorgue al juzgador la facultad de dictaminar una medida cautelar, en favor del acreedor y que este vea garantizada el cobro efectivo de su acreencia, si bien es cierto que el procedimiento monitorio busca celeridad en el cobro de las acreencias, pero esta garantía

⁵⁰ Constituyente, A. (2015). CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones., Art. 359.

considero que se encuentra insuficientemente normada dado que el acreedor no cuenta con un mecanismo seguro que le permita garantizarse el cobro de la deuda, esto es mediante el establecimiento de una garantía provisional.

Si bien es cierto en el artículo 124 del Código Orgánico General de Procesos le faculta al ciudadano que antes de presentar una reclamación pueda solicitar la aplicación de providencias preventivas como el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se va a litigar o los bienes que aseguren el crédito, para cumplir con dicho requerimiento es necesario recoger o manifestar lo que establece en el artículo 125, es decir tenemos que cumplir con los dos requisitos que señala la disposición en primera instancia probar la existencia del crédito, y segundo que se pruebe que los bienes del deudor no alcance a cubrir la deuda o puedan desaparecer ocultarse o enajenarse a fin de evitarse el cobro de la deuda. También se puede solicitar como providencia preventiva se puede solicitar la prohibición de enajenar bienes inmuebles, para criterio de este investigador consideramos los siguiente. Primero: el espíritu del procedimiento monitorio es el cobro de acreencias de ínfima cuantía, por lo que sometemos al procedimiento establecido para las providencias preventivas establecidas en el artículo 127, se constituiría en un atentado a la economía procesal, a ello se suma el gasto en que se incurriría al solicitar la aplicación de las providencias preventivas, tomando en consideración que el procedimiento monitorio fue incorporado al Código Orgánico General de procesos a fin de dar la celeridad a la administración

de justicia y la satisfacción inmediata del cobro de créditos por parte del acreedor, si consideramos por ejemplo que al acudir al cobro de una deuda de quinientos dólares, pedir una providencia preventiva se constituiría un acto inoficioso, toda vez que el acto de providencia preventiva puede ser interrumpido con una caución y si nos acogemos al secuestro de bienes a la retención, arraigo se incurriría en gastos que sobrepasarían el monto de la reclamación y es ahí cuando el legislador invoca al procedimiento monitorio para el cobro de este tipo de deudas, pero para criterio de este investigador se hace necesario que se incorpore en la legislación una medida cautelar que asegure en primera providencia el cobro de una deuda como la del ejemplo que estamos analizando.

La medida cautelar es parte efectiva de la tutela judicial efectiva, por lo que negar la aplicabilidad de una medida cautelar en el procedimiento monitorio sería permitir la renuncia de un derecho y por lo tanto a una renuncia tácita de hacer efectiva el crédito dinerario líquido pretendido mediante la acción monitoria consagrada en el Código orgánico de procesos.

Las medidas cautelares debe ser considerado como un acto procesal del órgano jurisdiccional adaptada al curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, ha pedido de los interesados a fin de asegurar bienes que permitan la seguridad al cobro de alguna acreencia. Bajo esta premisa podemos asegurar que las medida cautelares es un medio que ha pedido de parte le permite proteger el objeto de la pretensión patrimonial que se

encuentra sometida a litigio. La medida cautelar como su nombre le indica, es cautelar, es decir que está a la espera de un resultado del fallo principal, dicha medida pretende contrarrestar los peligros de daño que puedan causar la negligencia del deudor en el incumplimiento de su obligación. Y esta falta regulación puede volver ineficaz la actuación del operador de justicia, y por lo tanto engendra inseguridad jurídica.

4.4. LEGISLACION COMPARADA.

4.4.1. Colombia

El Código General de Procesos:

“El Art. 419 Quien pretenda el pago de una obligación en dinero, de naturaleza contractual, determinada y exigible que sea de mínima cuantía, podrá promover proceso monitorio con sujeción a las disposiciones de este Capítulo.”⁵¹

Comentario:

La disposición señalada en la legislación Colombiana si bien es cierto guarda una estrecha relación con la establecida en la legislación ecuatoriana, toda vez que ambas están orientadas al cobro de obligaciones dinerarias, pero la diferencia está dada que en la legislación ecuatoriana se refiere a cualquier deuda es decir la normativa es más amplia no así la legislación colombiana que sólo se refiere a las nacidas de una relación contractual.

⁵¹ INTERNET, <http://icdp.org.co>. Código General de Proceso de Colombia. Art. 419.

Así mismo podemos señalar que la legislación Colombiana y la Ecuatoriana son coincidentes, porque ambas se refieren al cobro de deudas de ínfima cuantía, pero en la normativa de la legislación colombiana no especifica el monto no así en la ecuatoriana que si se determina y lo señala que es hasta los cincuenta salarios básicos unificados y que la misma no conste en título ejecutivo.

El Art. 421 última parte del Código General del Proceso en Colombia expresa: *“Parágrafo. En este proceso no se admitirá intervención de terceros, excepciones previas, reconvencción, el emplazamiento del demandado, ni el nombramiento de curador ad litem.*

Podrán practicarse las medidas cautelares previstas para los demás procesos declarativos.

Dictada la sentencia a favor del acreedor, proceden las medidas cautelares propias de los procesos ejecutivos.”⁵²

Comentario:

Las medidas cautelares de acuerdo a esta disposición pueden ser pedidas y autorizadas por el Juzgador, con esta disposición el legislador trata de proteger al acreedor para que pueda hacer efectiva la recuperación de sus créditos nacidos de la relación contractual entendida esta como el convenio suscrito entre las partes, no así la legislación ecuatoriana que no prevé

⁵²INTERNET, <http://icdp.org.co>. Código General de Proceso de Colombia. Art. 421.

medidas cautelares lo que le ponen en desventaja al acreedor frente a su deudor en el momento de la reclamación.

En la legislación Colombiana, prevé como medidas cautelares la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro que sean propiedad del demandado; y, cualquier otra medida que sea considerada por el juez razonable para la protección del derecho objeto del litigio, orientada a impedir su infracción, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurado la efectividad de la pretensión, de lo cual en la legislación ecuatoriana no expresa ninguna clase de medida cautelar para prevenir el daño que se pudiese causar por falta de previsibilidad de parte de nuestro legislador al no introducir en la norma una disposición que faculte al operador de justicia dictar medidas que aseguren una reclamación a través del procedimiento monitorio

La legislación Colombiana al facultar al operador de justicia dicte medidas cautelares hace efectivo la tutela judicial, y con ello el acreedor garantiza la efectividad de la pretensión.

4.4.2. LEGISLACION ESPAÑOLA

Ley de enjuiciamiento civil

“Art. 812. Casos en que procede el proceso monitorio.

1. Podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de deuda dineraria de cualquier importe, líquida, determinada, vencida y exigible, cuando la deuda se acredite de alguna de las formas siguientes:

1.^a Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica.

2.^a Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior y cuando se trate de deudas que reúnan los requisitos establecidos en dicho apartado, podrá también acudir al proceso monitorio, para el pago de tales deudas, en los casos siguientes:

1º Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera.

*2º Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.*⁵³

Comentario:

El procedimiento monitorio así como está concebido en la legislación española tiene una relación más estrecha que incluso no existe mayor diferencia en cuanto a su Espíritu; es decir existen en España dos maneras de pedir el procedimiento monitorio, la primera es cuando se trate de deudas de cualquier cantidad, siempre y cuando sean líquidas, determinadas y de plazo vencido, de las cuales se acrediten mediante documentos y facturas; y, las deudas, con los mismos requisitos cuando se traten de documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera y las deudas se acrediten mediante certificados impagos, se trata ante todo de documentos que no son considerados títulos ejecutivos.

En la legislación ecuatoriana, nada indica en el procedimiento monitorio la aplicación de medidas cautelares, éstas son aplicadas en el proceso ejecutivo, específicamente en la ejecución de obligaciones de dar, hacer o no hacer, con lo cual carece de fundamento para aplicar estas medidas en las deudas líquida, determinadas y de plazo vencida que carecen de título ejecutivo, como si se aplican en la legislación española, que las medidas cautelares no son específicamente de carácter declarativo, sino que se

⁵³ INTERNET, <http://noticias.juridicas.com>. Ley de Enjuiciamiento Civil de España. Art. 812.

regulan en otro título, lo cual es aplicable para todos los procesos. Pero ante todo, estas medidas cabrían en la legislación ecuatoriana para el procedimiento monitorio vitales para asegurar la ejecución de la sentencia que dictare el juez en esta clase de procesos.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Métodos

En la presente investigación socio jurídico se aplicaron los métodos inductivo, deductivo, histórico y sintético, ya que por medio de ellos se obtuvo el análisis jurídico crítico, razón por la cual su aplicación me enseñó a adquirir nuevos conocimientos de utilidad y contenido científico sobre mi tema.

La finalidad es dar solución al problema que permita la correcta aplicación de la ley, debido a esto para el presente trabajo de investigación utilicé los siguientes métodos:

- **Método Deductivo.**-Este método permitió deducir los puntos más sobresalientes de la investigación; este método sirvió para establecer las conclusiones, recomendaciones y la propuesta de reforma jurídica para darle solución al problema que se viene suscitando por la falta de medidas cautelares en el proceso monitorio; a fin de que el acreedor pueda hacer efectivo al cobro.
- **Método Inductivo.**-Este método permitió realizar el estudio de la problemática partiendo de lo particular a lo general es decir tomo como base el Código Orgánico General de Procesos vigente para concluir en una

propuesta que ayude a consolidar el derecho del acreedor sobre una acreencia.

- **Método Histórico.-** Permitió estudiar los hechos del pasado con el fin de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones propias de las sociedades actuales. Este tipo de investigación busca reconstruir el pasado de la manera más objetiva y exacta posible.
- **Método Sintético.-** Este método se utilizó para poder redactar con mayor precisión las conclusiones y recomendaciones de la presente investigación.

a. Procedimientos y técnicas.

Como técnicas de investigación para la recolección de la información se utilizó el:

- **Fichaje.-** Esta técnica permitió recopilar la información sobre los diferentes temas que se tratarán en el desarrollo del trabajo investigativo, dentro de esto encontramos conceptos, definiciones y la bibliografía de los diferentes tratadistas que se relacionan con el título y las disposiciones legales pertinentes.
- **Encuesta.-** Esta fue aplicada a través de una muestra de treinta abogados en libre ejercicio, a fin de tener una percepción amplia y concreta desde el punto de vista profesional y real de la temática planteada.

Posteriormente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo son expuestas en el informe final, el que contiene la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos; y, culmino realizando la verificación de los objetivos y la contrastación de la hipótesis planteadas, para finalizar redactando las conclusiones, recomendaciones y elaborando el proyecto de reforma al Código Orgánico General de Procesos.

- **Entrevista.-** Al definirse como una conversación mediante la cual se obtiene información oral de parte del entrevistado recabado por el entrevistador en forma directa. Existe en ella convenio de dar y obtener información a través de una pregunta hasta llegar a la obtención de un resultado. Consideré a cuatro personas para las entrevistas, entre ellas jueces de lo civil, para poder establecer la existencia real del problema y consecuencias que acarrea la falta de incorporar medidas cautelares en el procedimiento monitorio.

Tanto en las encuestas como en las entrevistas se planteó cuestionarios tendientes a cumplir con mis objetivos planteados, mediante variables que se vieron reflejados en el banco de preguntas realizadas.

- **Técnica observación:** Por medio de estas técnicas se recopiló la información científica, en diferentes fuentes que fueron: Libros, enciclopedias, diccionarios, etc. Lo que sirvió para el acopio del material

necesario para el planteamiento del problema para tener una idea más clara sobre la falta de medidas cautelares en el procedimiento monitorio.

- **Investigación de campo.-** La investigación de campo se concretó a consultas de ponencias a personas conocedoras de la problemática tema de mi investigación. Acudí a practicar encuestas y entrevistas a personalidades profesionales de derecho, con la finalidad de remitirme a sus opiniones y puntualizaciones de las leyes, problemáticas y posible propuesta de reforma de la norma civil, que conlleve a la incorporación de medidas cautelares en el proceso monitorio.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de la aplicación de la Encuesta.

Se realizaron 30 encuestas conteniendo seis preguntas a profesionales en libre ejercicio profesional del Derecho con la finalidad de obtener sus criterios o puntos de vista sobre el tema-problema de investigación planteado, “AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDO EN EL COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA”, las mismas que nos han dado los siguientes resultados:

PRIMERA PREGUNTA:

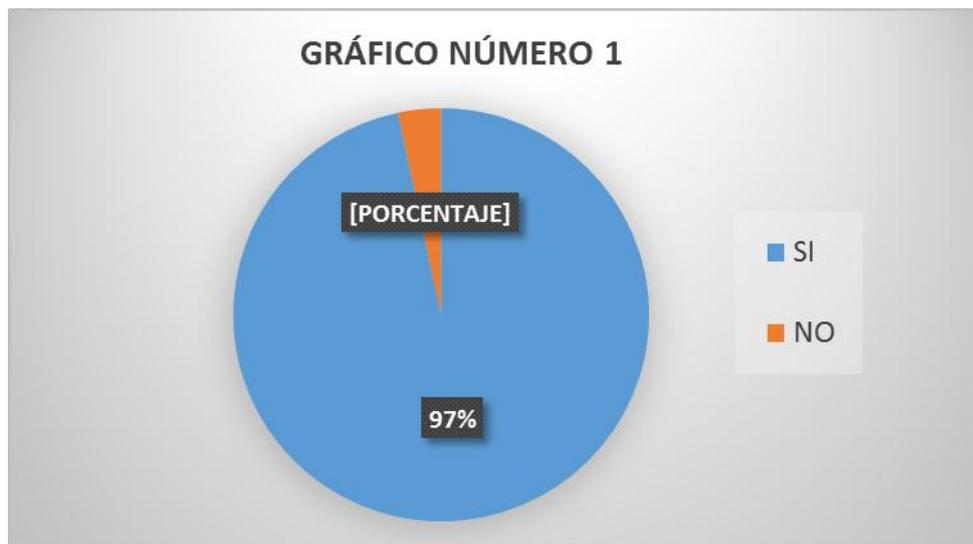
¿Considera usted a las medidas cautelares como un mecanismo para garantizar la efectividad de la tutela judicial al acreedor en el procedimiento monitorio?

CUADRO NÚMERO 1.

SI	29	97. %
NO	1	3. %
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la primera pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 29 personas que representan el 97% con una respuesta afirmativa, respecto a que las medidas cautelares son un mecanismo para garantizar la efectividad de la tutela judicial al acreedor en el procedimiento monitorio y un 3% que corresponde a 1 persona que opina lo contrario; es decir que no es necesario que se establezca una medida cautelar dado que al estar establecida la vía para el cobro a través del procedimiento monitorio se garantiza el nacimiento de una acción ejecutiva solo con el reconocimiento de la deuda y aquello ya le garantiza el cobro dado que si incumple puede llegarse hasta la insolvencia y ese sería un mecanismo de presión para que el deudor cumpla con su obligación.

Análisis:

La medida cautelar como su nombre lo indica está a la espera del resultado de la obligación que quiere proteger, el deber jurídico del Estado es garantizar que una relación jurídica obligacional cuente con todos los mecanismos que le permitan al acreedor coaccionar el cumplimiento de una obligación y ejercer el poder de agresión comprendido en el aspecto activo de la relación obligacional que se desprende de su derecho subjetivo, para lograr en primer lugar el cumplimiento específico o in-natural de la prestación debida. Garantizada así la obligación se efectiviza el derecho de tutela efectiva de los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 75.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Considera usted, que una medida cautelar dictada por el Juzgador garantizaría la ejecutabilidad de una resolución del Juez en la recuperación de una acreencia?

CUADRO NÚMERO 2.

SI	28	93.33 %
NO	2	6.67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la segunda pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 28 personas que representan el 93% con una respuesta afirmativa, las cuales consideran que una medida cautelar dictada por el Juzgador garantizaría la ejecutabilidad de una resolución del Juez en la recuperación de una acreencia; y un 7% que corresponde a 2 personas que opinan lo contrario; es decir que no es necesario que se dicte la medida cautelar, los que responden que no aseguran su argumento es de que son créditos que nacen como consecuencia de la actividad comercial y como esta actividad es de carácter permanente no les da lugar para que se retrasen en el cumplimiento de sus obligaciones, hacer, o contrario retrasaría su actividad e comercio por cuanto para mantener viva su actividad necesitan en muchos de los casos recurrir a los créditos pequeños.

Análisis:

El otorgamiento de medidas cautelares implica la materialización de la prevención que ejerce el juzgador a través de la tutela procesal efectiva. En otras palabras es la respuesta inmediata que el Juez da ante un pedido del acreedor que busca evitar la amenaza o vulneración de un derecho. En consecuencia es aquí donde se da el inicio al tratamiento del conflicto de situaciones o derechos que deben ser solucionados preventivamente a través de las llamadas medidas cautelares, por el órgano judicial competente.

Para el otorgamiento de la medida cautelar, el juzgador debe exigir que se acredite la certeza de que el derecho que se reclama o invoca, existe real, legal y jurídicamente, además de que puede presentarse algún peligro en la demora en el cumplimiento de la misma y cuando estas hayan sido concedidas debe existir la proporcionalidad en cuanto a la medida que se concede con el derecho que aparenta ser afectado.

TERCERA PREGUNTA:

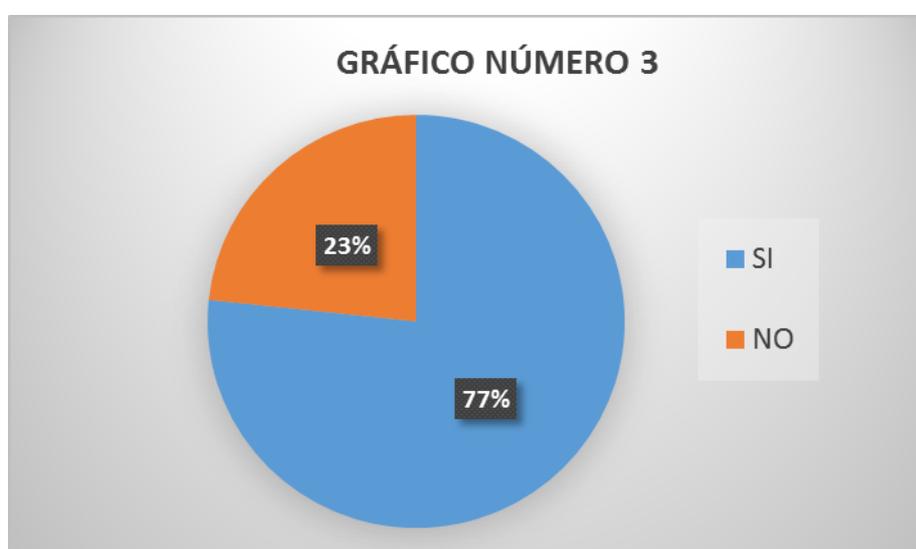
¿Cree usted que negar la aplicabilidad de una medida cautelar en el procedimiento monitorio imposibilitaría hacer efectivo el cobro de un crédito dinerario al acreedor?

CUADRO NÚMERO 3

SI	23	76.66 %
NO	7	23.33%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la tercera pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 23 personas que representan el 77% con una respuesta afirmativa, las cuales creen que negando la aplicabilidad de una medida cautelar imposibilitaría el cobro de una obligación dineraria al acreedor pretendido en el procedimiento monitorio; y un 23% que corresponde a 7 personas que opinan lo contrario; es decir que al estar establecido el procedimiento monitorio ya le da una

seguridad al acreedor a utilizar este procedimiento para requerir el cumplimiento de la obligación adquirida, por lo tanto exagerar de que la falta de una medida cautelar significa ya un renunciamiento a un derecho que si le garantiza la norma vigente, es un despropósito.

Análisis:

Se ha manifestado que la medida cautelar es un mecanismo para asegurar el cumplimiento de la obligación ya sea por demora o por morosidad del deudor y que persigue como tal prevenir las consecuencias que puedan presentarse de un proceso ulterior o llamado también proceso principal, la no exigencia de una medida cautelar deja en la indefensión al acreedor y se imposibilita el ejercicio del cobro de su acreencia.

El no contar con una medida cautelar hace imposible la ejecución de una sentencia cuando existe de por medio la malicia del deudor, la práctica común de todo deudor cuando se exige el cumplimiento de una acreencia acude al mecanismo de la enajenación de sus bienes para evitar que el demandante pueda hacer efectiva el cobro de su acreencia a pesar de que el juicio principal se tramite correctamente y se llegue a obtener una sentencia favorable por parte del Operador de Justicia, esta se vuelve imposible en la ejecución del de la recuperación del crédito, generando con ello inseguridad jurídica.

CUARTA PREGUNTA:

¿Cree usted que la exigibilidad de una medida cautelar que garantice al pago de la obligación contraída genera seguridad jurídica y asegura el cobro de un derecho dinerario al acreedor?

CUADRO NÚMERO 4

SI	28	93.33 %
NO	2	6.66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho
Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la cuarta pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 28 personas que representan el 93% con una respuesta afirmativa respecto a que la

exigibilidad de una medida cautelar que garantice al pago de la obligación contraída genera seguridad jurídica y asegura el cobro de un derecho dinerario al acreedor; y un 7% que corresponde a 2 personas que opinan lo contrario; el porcentaje señalado asegura que la seguridad está garantizada en tanto y en cuanto la norma le garantice un procedimiento que le permita lograr recuperar su acreencia y como este si lo establece la ley, hay seguridad jurídica, no existe desprotección jurídica.

Análisis:

Partiendo de la definición que hace el tratadista Calamandrei, puedo asegurar que la finalidad de las medidas cautelares es la tutela urgente y efectiva para prevenir el daño que pueda derivar de un retardo de la administración inter-procesal o de la mala fe del deudor. Garantizar con una medida cautelar el ejercicio de una acreencia es buscar la satisfacción de las necesidades del acreedor; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía constitucional de la defensa de los bienes y para hacer eficaces las sentencias de los jueces.

La implementación de una medida cautelar permite también evitar que estando pendiente el proceso, el obligado lleve a cabo determinadas conductas que impedirían la materialización del mandato judicial; la tutela efectiva surge como la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro al que puede verse abocado una acreencia por estas circunstancias

de ahí la necesidad de incorporar en el sistema monitorio una disposición que permita asegurar el cobro de acreencias.

QUINTA PREGUNTA:

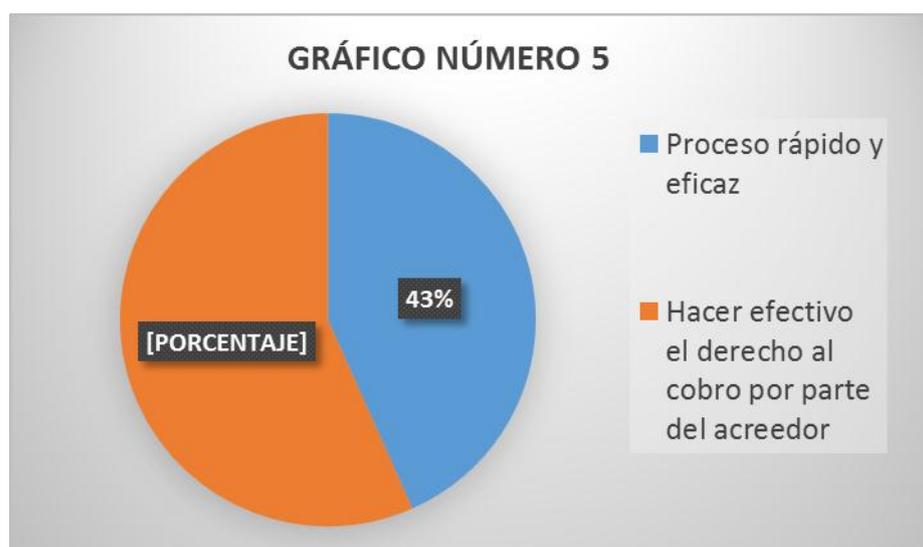
¿Como profesional del derecho cuál considera usted, que es la naturaleza jurídica del proceso monitorio establecido en el Código General de Procesos?

CUADRO NÚMERO 5

Proceso rápido y eficaz	13	43.33%
Hacer efectivo el derecho al cobro por parte del acreedor	17	56.67%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la quinta pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 13 personas que representan el 43% responden que la naturaleza del proceso monitorio es un proceso rápido y eficaz y un 57% que corresponde a 17 personas señalan que la naturaleza del proceso monitorio es hacer efectivo el derecho al cobro por parte del acreedor.

Análisis:

El proceso monitorio regulado en el Código Orgánico General de Procesos, es un proceso rápido que prevé la norma a fin de hacer efectiva el cobro de una acreencia de ínfima cuantía, pero que también mediante la inversión de la iniciativa del contradictorio, a la rápida creación de un título ejecutivo, con plenos efectos de cosa juzgada, en los casos determinados por ley; casos en los que el Legislador por el carácter aparentemente incontrovertido de la deuda, presume que la resolución dictada “inaudita parte”, no será

contestada por el deudor; por lo tanto el procedimiento monitorio no es un procedimiento ejecutivo, lo que pretende es la obtención de un título ejecutivo con plenos efectos de cosa juzgada.

SEXTA PREGUNTA:

¿Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos, que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio?

CUADRO NÚMERO 6.

SI	28	93.33 %
NO	2	6.66%
TOTAL	30	100%

Fuente: Profesionales de Derecho

Autor: David Marcelo Idrobo Cabrera.



Interpretación:

Luego de la tabulación respectiva de la primera pregunta realizada a 30 profesionales del derecho que fueron consultadas, 28 personas que representan el 93% con una respuesta afirmativa, respecto a que si sería necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos, que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio; y un 7% que corresponde a 2 personas que opinan que al dictar la sentencia ya se reconozca el derecho del acreedor y por lo tanto se garantiza su cobro.

Análisis:

Coincidiendo con la doctrina la medida cautelar sirve en forma inmediata a la composición procesal de la Litis, pues su finalidad es la garantía del desarrollo del resultado de otro proceso del cual saldrá la composición definitiva (Carnelutti), en fin coincidiendo tanto los encuestados como mi persona una medida cautelar en un litigio dinerario permitiría asegurar la eficacia de una sentencia y cumplir con un orden preventivo y evitar la especulación con la malicia.

En fin la implementación de las medidas cautelares es garantizar las efectividades una pretensión por parte del acreedor.

6.2. Resultados de la aplicación de las entrevistas:

Se realizaron cuatro entrevistas con el contenido de cuatro preguntas a los siguientes operadores de justicia: Jueces de lo Civil.

Los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas nos indican lo siguiente:

ENTREVISTA # 1

A la primera pregunta:

¿Un mecanismo que ofrece el Código Orgánico General de Procesos para la recuperación de acreencias de ínfima cuantía es el procedimiento monitorio, cuál es su criterio frente a esta innovación que el legislador introduce en nuestra legislación procesal?

El procedimiento monitorio es de ínfima cuantía; el procedimiento monitorio tiene una cuantía de cincuenta salarios básicos unificados, que nos da la cantidad de \$18.300 dólares; es un valor considerable para tramitarse todo aquellos procesos que tengan un principio de prueba preestablecido como facturas, cobro de pensiones, arrendamientos, puede cobrarse ahí también lo que son remuneraciones, todo este tipo de innovaciones es bueno en nuestro país desde el punto de vista que en la tramitación del juicio monitorio va a ser de una forma sumamente rápida; al menos si no hay oposición o no se conteste en forma debida.

Por lo tanto es un proceso monitorio sumamente innovador que nos va a dar la facilidad tanto a los usuarios como a los jueces de mayor agilidad y mayor despacho en las causas que se presenten a nuestros juzgados.

A la segunda pregunta:

¿Una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito, considera usted que la falta de previsibilidad en el procedimiento monitorio de medidas cautelares para garantizar la recuperación de acreencias genera desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica?

El dinamismo del crédito depende como se lo confiere si es un microcrédito o es un crédito para gastos, es un crédito para construcción; este microcrédito no sé cómo lo vayan a garantizar los acreedores si es con letra o pagarés será en el trámite ejecutivo, si es facturas o mínimos valores deberá ser con el juicio monitorio que no va a demorar más allá de unas dos semanas si está en debida forma planteada; y si no hay contestación o las excepción no son las que determinan la ley se van a resolver en menos de dos semanas.

A la tercera pregunta:

¿Las medidas cautelares es un mecanismo que permite garantizar el cobro de una acreencia principal, considera usted que al no encontrarse normado las resoluciones del juez se vuelven inejecutables en la recuperación de la acreencia?

Como anteriormente en el derogado Código de Procedimiento Civil, como en este nuevo COGEP no existían las medidas cautelares al no ser en el juicio ejecutivo únicamente; por lo tanto creo que es necesario estas medidas cautelares en el juicio monitorio para garantizar el cobro de una acreencia

A la cuarta pregunta:

¿Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio?

No solamente en el procedimiento monitorio, sino en todos los trámites, en la fase de ejecución estamos viendo que hay algunas falencias, que si debería los legisladores o los asambleístas que tenemos ahora revisar no solo en la fase de ejecución sino en cierta normativa que tenemos en el COGEP; a fin de armonizar y darle mayor agilidad a los procesos, aclarar ciertas cosas que no están claras en el COGEP y que todavía muchos de los jueces están dubitando en la forma en cómo deben resolver.

ENTREVISTA # 2

A la primera pregunta:

¿Un mecanismo que ofrece el Código Orgánico General de Procesos para la recuperación de acreencias de ínfima cuantía es el procedimiento monitorio, cuál es su criterio frente a esta innovación que el legislador introduce en nuestra legislación procesal?

Es un nuevo procedimiento y más ágil; cuya finalidad es la de solucionar oportunamente los problemas de las partes.

A la segunda pregunta:

¿Una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito, considera usted que la falta de previsibilidad en el procedimiento monitorio de medidas cautelares para garantizar la recuperación de acreencias genera desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica?

Sí; porque para la adopción de dichas medidas es necesario que ante la ley exista previamente la obligación.

A la tercera pregunta:

¿Las medidas cautelares es un mecanismo que permite garantizar el cobro de una acreencia principal, considera usted que al no encontrarse normado las resoluciones del juez se vuelven inejecutables en la recuperación de la acreencia?

Sí; porque en la fase de ejecución deberían existir mecanismos legales, que lo permitan.

A la cuarta pregunta:

¿Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio?

Si precisamente; la prueba presentaría la existencia de la obligación.

ENTREVISTA # 3

A la primera pregunta:

¿Un mecanismo que ofrece el Código Orgánico General de Procesos para la recuperación de acreencias de ínfima cuantía es el procedimiento monitorio, cuál es su criterio frente a esta innovación que el legislador introduce en nuestra legislación procesal?

Me parece muy adecuado y acertada la innovación de este procedimiento en el COGEP, para que de forma rápida, sencilla y eficaz se cobren aquellas deudas que no constituyen título ejecutivo.

A la segunda pregunta:

¿Una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito, considera usted que la falta de previsibilidad en el procedimiento monitorio de medidas cautelares para garantizar la recuperación de acreencias genera desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica?

Me parece que se debería establecer que en este procedimiento se incorpore las medidas cautelares para que en forma similar el ejecutivo se precautele la deuda.

A la tercera pregunta:

¿Las medidas cautelares es un mecanismo que permite garantizar el cobro de una acreencia principal, considera usted que al no

encontrarse normado las resoluciones del juez se vuelven inejecutables en la recuperación de la acreencia?

En parte de acuerdo que al no normarse las medidas cautelares en este procedimiento se vuelve inejecutable, por cuanto el operador de justicia cumple su función de precautar los derechos con la tutela efectiva del acreedor, posterior el proceso se encuentra en fase de ejecución.

A la cuarta pregunta:

¿Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio?

Sí; conforme lo mencionado, se debería reformar el COGEP, introduciendo las medidas cautelares sean solicitadas con la demanda.

ENTREVISTA # 4

A la primera pregunta:

¿Un mecanismo que ofrece el Código Orgánico General de Procesos para la recuperación de acreencias de ínfima cuantía es el procedimiento monitorio, cuál es su criterio frente a esta innovación que el legislador introduce en nuestra legislación procesal?

Pienso que es de gran importancia, a pesar que ya existía algo parecido en el procedimiento civil. Es un procedimiento para agilizar los procesos como se dice de ínfima cuantía.

A la segunda pregunta:

¿Una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito, considera usted que la falta de previsibilidad en el procedimiento monitorio de medidas cautelares para garantizar la recuperación de acreencias genera desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica?

Sí puesto que las medidas cautelares se constituyen como una garantía para hacer efectivas obligaciones.

A la tercera pregunta:

¿Las medidas cautelares es un mecanismo que permite garantizar el cobro de una acreencia principal, considera usted que al no encontrarse normado las resoluciones del juez se vuelven inejecutables en la recuperación de la acreencia?

Sí necesariamente, pues se debería asistir como en otros procedimientos con el fin de ejecutar lo resuelto.

A la cuarta pregunta:

¿Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio?

Sí; pues son necesarias para lograr efectivizar las obligaciones.

ANÁLISIS GENERAL DE LAS ENTREVISTAS:

A la primera pregunta:

De acuerdo con las entrevistas en su totalidad manifiestan que el proceso monitorio es sumamente innovador y que a futuro se constituirá en una herramienta que permitirá a usuarios como a los jueces, entablar reclamos y obtener resoluciones a la brevedad posible dado la agilidad y mayor despacho en las causas que se presenten a los juzgados; pero en la actualidad al no preverse las medidas cautelares no se puede obtener la recuperación de acreencias de ínfima cuantía.

A la segunda pregunta:

La totalidad de los entrevistados señalan que una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito y que este depende como esté garantizado y la implementación de una medida cautelar permite también evitar que estando pendiente el proceso, el obligado lleve a cabo determinadas conductas que impedirían la materialización del mandato judicial; la tutela efectiva surge como la objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro al que puede verse abocado una acreencia por estas circunstancias de ahí la necesidad de incorporar en el sistema monitorio una disposición que permita asegurar el cobro de acreencias y evitar que se genere desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica.

A la tercera pregunta:

En esta pregunta de acuerdo a lo manifestado por los entrevistados se llega a la conclusión de que al no contar con una medida cautelar hace imposible la ejecución de una sentencia cuando existe de por medio la malicia del deudor, la práctica común de todo deudor cuando se exige el cumplimiento de una acreencia acude al mecanismo de la enajenación de sus bienes para evitar que el demandante pueda hacer efectiva el cobro de su acreencia a pesar de que el juicio principal se tramite correctamente y se llegue a obtener una sentencia favorable por parte del Operador de Justicia, esta se vuelve imposible en la ejecución de la recuperación del crédito.

A la cuarta pregunta:

La totalidad de los entrevistados sugieren que se debe introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio.

7. DISCUSION

7.1. Verificación de objetivos.

7.1.1. Objetivo General.

- Realizar un análisis crítico jurídico de la importancia de las medidas cautelares en las reclamaciones dinerarias y su necesidad de incorporarla en el procedimiento monitorio.

El presente objetivo permite hacer un análisis crítico sobre la importancia de las medidas cautelares hasta llegar a establecer la necesidad de incorporar en la legislación ecuatoriana y de manera especial en el procedimiento monitorio medidas cautelares que garanticen la recuperación de las obligaciones dinerarias de ínfima cuantía y que no cuente con título ejecutivo. A la luz de la doctrina y de manera especial haciendo un comparativo con las legislaciones de los países vecinos como de Colombia y la de España, podemos deducir que este procedimiento dará un efectivo impulso al estado Constitucional de derechos y garantías que nos rige y con ello poder hacer efectiva las garantías de los ciudadanos y por ende la tutela judicial que requieren ,los ciudadanos para la recuperación de las acreencias de ínfima cuantía. El establecimiento de medidas cautelares permitirá los justiciables instrumentar estos eficaces y sencillos procedimientos que hagan efectiva la solución de controversias bajo una óptica garantista de derechos y en un tiempo de duración razonable,

requisito sine qua non para generar dinamismo en el movimiento económico en nuestro país.

7.1.2. Objetivos específicos.

- Identificar la naturaleza jurídica del proceso monitorio.

Este objetivo específico permitió determinar la naturaleza jurídica del procedimiento monitorio y a través de él se pudo determinar que aquel se constituye en un proceso sencillo y a través del cual se facilita el establecimiento de un proceso que permita el cobro de deudas líquidas, exigibles y de plazo vencido y que no le interesa a este procedimiento la forma en que se haya creados los títulos, inclusive abre el abanico de oportunidades a los acreedores para que los puedan hacer efectiva las acreencias a través del cobro de facturas o cualquier otro documento en la que simplemente conste la firma del deudor, e incluso la norma va más allá y protege los documentos creados en forma unilateral por el acreedor.

- Establecer que la falta de previsibilidad de medidas cautelares en el proceso monitorio para iniciar una reclamación dineraria genera inseguridad jurídica que puede derivar en desprotección jurídica al acreedor.

En el segundo objetivo específico se lo verifica mediante la investigación de campo; la cual luego de realizar treinta encuestas a profesionales del

derecho y cuatro entrevistas realizadas a jueces de lo civil se pudo determinar que hace falta que en la norma se faculte al juzgador imponer medidas cautelares que le permitan luego del proceso al acreedor hacer efectiva las resoluciones del operador de justicia y hacer exigible el cobro de las acreencias a los deudores de ínfima cuantía, esta facultad garantizaría la efectividad del procedimiento y las decisiones judiciales tendría el asidero que la justicia requiere cuando se trata de recuperar el patrimonio que puso en juego el acreedor al confiar en la buena fe del deudor.

- **Plantear una propuesta de reforma.**

Luego de realizada la investigación de campo el resultado que se pudo obtener por medio de las encuestas y entrevistas a profesionales del derecho y jueces de lo civil realizadas en la provincia de Loja, nos dio como resultado que las respuestas a la sexta pregunta encuestada a que Considera Usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos, que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio, de las cuales 30 personas encuestadas, 28 personas que corresponden al 93.33%, indicando que existe la necesidad debido a las causas y consecuencias que provoca la falta de medidas cautelares que permitan al aseguramiento de cobro, cuando el operador de justicia ha ordenado en resolución o en sentencia el pago del crédito al sujeto activo que hizo su reclamación.

Fundamento que es compartido de manera igualitaria por las 4 personas entrevistadas, razón por la cual se presenta una reforma correspondiente a permitir que se dicte medidas cautelares preventivas para asegurar la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio en el Código Orgánico General de Procesos.

7.2. Contrastación de hipótesis.

En mi proyecto de investigación la hipótesis fue planteada de la siguiente manera:

La reclamación de créditos por la vía del procedimiento monitorio genera inseguridad jurídica por falta de exigibilidad de una medida cautelar que garantice al pago de la obligación contraída.

Se ha logrado comprobar en forma positiva con las respuestas dadas por los encuestado en cada una de las preguntas de la encuesta, todos ellos aseguran que la falta de previsibilidad y la falta de exigibilidad de una medida cautelar que garantice el pago de una acreencia deja en la indefensión al acreedor y lo que es más no le da posibilidad de la recuperación de la acreencia cuando existe mala fe del deudor; así lo señala los encuestados cuando dieron respuesta a la pregunta sexta del cuestionario aplicado para obtener el criterio en cuanto a conceder la facultad al juzgador de imponer medidas cautelares cuando se tramite el cobro de una deuda a través de un procedimiento monitorio.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma Legal.

La Constitución de la República del Ecuador en su Artículo 11 numeral 12 establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la misma.

Así como el artículo 75 de la República del Ecuador que se garantiza a la tutela efectiva de los derechos y garantías de los ciudadanos; por lo tanto los fundamentos que sustentan mi propuesta son los siguientes:

A fin de garantizar establecido en el Art 82 de la Constitución de la República del Ecuador el juzgador debe estar investido en la facultad imponer medidas cautelares preventivas que garanticen la recuperación de los créditos de ínfima cuantía.

Necesidad de introducir una norma que le dé potestad al juzgador de imponer una medida cautelar al momento de calificar la pretensión del acreedor.

Las normas contempladas en el Código Orgánico General de Procesos, si bien es cierto garantiza un procedimiento ágil y oportuno para la recuperación de un crédito de ínfima cuantía, las mismas carecen de un mecanismo que garantice la recuperación efectiva del crédito, de ahí la necesidad de introducir una reforma orientada para garantizar el cobro efectivo de su crédito; y esta medida lógicamente sería la facultad a la que

se debe investir al operador de justicia para garantizar la efectividad del cobro.

No garantizar con una medida cautelar el cobro de una acreencia es dejar en la indefensión al acreedor y afectar su patrimonio, por lo que se hace necesario regular las garantías a la que puede acogerse el acreedor para asegurar el cobro de sus deudas.

La tutela efectiva cobraría mayor rigurosidad cuando se logre incorporar una disposición que permita hacer efectiva el mandamiento de ejecución que el Juez ordene luego de las deliberaciones en el proceso monitorio.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA: La falta de previsibilidad de medidas cautelares que aseguren la prosecución del cobro de una obligación dineraria deja en la indefensión al acreedor.

SEGUNDA: Que, el procedimiento monitorio es un procedimiento ágil que permite el cobro de acreencias de ínfima cuantía, que sean líquidas, exigibles y de plazo vencido y que no consten en título ejecutivo.

TERCERA: El Procedimiento monitorio al no facultar al Juez la imposición de medidas cautelares, para garantizar la ejecución de una obligación dineraria genera inseguridad jurídica y desprotege al acreedor en la exigibilidad para el cobro de su acreencia.

CUARTA: Al procedimiento monitorio le hace falta especificar los requisitos que le permitan calificar la idoneidad del documento que permita sustentar un proceso monitorio; a fin de conseguir el deudor pague lo que adeuda a su acreedor tras el requerimiento de pago ejecutado por el Juez.

QUINTA: Presentar una reforma en la que se incluya un artículo innumerado al Código Orgánico General de Procesos, orientada a reclamar la adopción de medidas cautelares para asegurar el cumplimiento y ejecución de las sentencias del juzgador que obliguen al deudor el pago de su acreencia.

9. RECOMENDACIONES.

PRIMERA: Recomendar a la Asamblea Nacional acoja la presente propuesta de Reforma jurídica a fin de que se incorpore una norma que garantice medidas cautelares al procedimiento monitorio a fin de que garanticen el cobro de obligaciones dinerarias.

SEGUNDA: Que los egresados de la carrera de DERECHO, como una labor de vinculación de la colectividad instruyan a los pequeños comerciante en el uso del procedimiento monitorio como un mecanismo para hacer exigible el cobro de obligaciones puras liquidas y de plazo vencido y permitir con ello dinamizar la exigencia de obligaciones dinerarias de ínfima cuantía.

TERCERA: Facultar al Juez a través de una reforma al Código Orgánico General de Procesos, imponga medidas cautelares que permita dar certeza en la recuperación de acreencias de ínfima cuantía.

CUARTA: Que la Asamblea Nacional incorpore una norma al Código Orgánico General de Procesos en la que se incorpore los requisitos para calificar la idoneidad del documento (sometidos al proceso monitorio); a fin de evitar nulidades procesales.

QUINTA: Que la Asamblea Nacional incorpore una norma interpretativa que clarifique la existencia de una “relación previa” entre acreedor y deudor.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

QUE, La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 1, establece que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrática, soberana, independiente, unitaria, intercultural plurinacional y laico.

QUE, La Constitución de la República del Ecuador en el Artículo 11 numeral 9 establece que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

QUE, el Art. 75 de la República del Ecuador garantiza a la tutela efectiva de los derechos y garantías de los ciudadanos.

QUE, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador garantiza la seguridad jurídica.

QUE, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

En uso de sus facultades legales contempladas en el art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador expide:

**LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE
PROCESOS**

ART. 1 después del artículo 356 agréguese el siguiente artículo innumerado

ART. Innumerado “el Juez podrá expedir medidas cautelares a petición de la parte actora del proceso y ordenará la medida cautelar solicitada en el auto inicial del proceso.

La medida cautelar dictada guardará proporcionalidad con la acreencia solicitada en la controversia. Para ello el Juez se fundamentará en la sana crítica y en el monto de la reclamación puesta en litigio”.

ART. 2 La presente reforma entrará en vigencia a partir del día de su publicación y diligencia en el Registro Oficial.

Es dado y firmado en la San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la sala de sesiones de Asamblea Nacional del Ecuador, a los...días...del mes de... del 2016.

PRESIDENTE/A

SECRETARIO/A.

10. BIBLIOGRAFIA

- ❖ -ABARCA GALEAS, Luis Humberto: La tutela jurídica Constitucional del debido proceso, Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito – Ecuador, 2013.
- ❖ -AGUIRRE, Vanesa: Estado Constitucional de derechos, Informe de los Derechos Humanos 2009, ediciones Abya-yala, Quito –Ecuador, 2010.
- ❖ -ÁLVAREZ, Fernando: Jurisprudencia Constitucional sobre la acción de tutela, editorial Diké, Universidad de Texas, 1993.
- ❖ -CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires-Argentina.
- ❖ -CALAMANDREI, Piero, El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953
- ❖ CALAMANDREI, Piero, Introducción al Estudio Sistemático de las Medidas Cautelares, Buenos Aires-Argentina, 1945.
- ❖ -CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del proceso civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 1944, Buenos Aires-Argentina.
- ❖ -Constituyente, A. (2015) CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS DEL ECUADOR, Quito-Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.

- ❖ -COLMENARES, Carlos Alberto: El proceso monitorio en el Código General de Procesos en Colombia, 2013, Bogotá – Colombia.
- ❖ -Constituyente, A. (2008). CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Montecristi: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- ❖ -COUTURE, Eduardo: Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tomo I, Ediciones Desalma, Buenos Aires - Argentina, 1979.
- ❖ -DEVIS ECHANDÍA, Hernando: Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009.
- ❖ -GARCÍA, Eduardo: Medidas cautelares, segunda edición, editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2005.
- ❖ -GARCÍA FALCONÍ, José. Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico General de Procesos, Tomo Primero, Indugraf. Riobamba – Ecuador, 2016
- ❖ -LARREA HOLGUIN, Juan, Diccionario del Derecho Civil, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2004.
- ❖ -MANUAL PRÁCTICO LEGAL ECUATORIANO, Ediciones Legales, Quito- Ecuador, 2011.
- ❖ -Ortiz, Sánchez Mónica, Diccionario Jurídico Básico, Editorial Tecnos, Quinta Edición Actualizada, España, 2010.

- ❖ -OSSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1974.
- ❖ -PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. PRINCIPIO DE EQUIDAD PROCESAL, Editorial Nómadas, Madrid-España, 2009.
- ❖ -PERDOMO, A. P. Manual del Proceso Monitorio (Primera ed.). Bogotá: Ediciones del Profesional, 2006.
- ❖ -PESCIO VARGAS, Victorio. Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos jurídicos y Teoría General de la prueba. Tomo II. Colección Manuales Jurídicos. Editorial jurídica de Chile. Chile, 1978.
- ❖ -PRIORI POSASA, Giovanny: La tutela cautelar, editorial Ara editores E.I.R.L., Lima-Perú, 2006.
- ❖ -RAMÍREZ, Jorge: Función precautelar, Reseña histórica del derecho a la tutela judicial efectiva, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2005.
- ❖ -REY CANTOR, Ernesto: Medidas provisionales, y medidas cautelares en el sistema interamericano de Derechos Humanos, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2005.
- ❖ -VALCARCEL PRIETO, Felipe: El proceso monitorio, Editorial Bosch, Barcelona-España, 2013.
- ❖ -VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo I. Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1989.

- ❖ -VALERO PÉREZ, Moisés: El proceso monitorio en Colombia, Universidad nacional de Colombia, Bogotá – Colombia, Editorial Temis, 2015.
- ❖ -ZABALA EGAS, Jorge. Teoría de la seguridad jurídica. Revista del colegio de Jurisprudencia, Editorial Universidad San Francisco de Quito, Quito-Ecuador, 2012.

PAGINAS DE INTERNET:

- ❖ -INTERNET, <http://derechoecuador.com>. Tutela Judicial Efectiva.
- ❖ -INTERNET, <http://derechoecuador.com>. Historia de la tutela judicial efectiva.
- ❖ -INTERNET, <http://academia.edu>. Procedimiento monitorio.
- ❖ INTERNET, <http://icdp.org.co>. Código General de Proceso de Colombia.
- ❖ -INTERNET, <http://noticias.juridicas.com>. Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA.

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL
PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDO EN EL
COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA”**

**PROYECTO DE INVESTIGACION
JURIDICA, PREVIO A OPTAR EL GRADO
DE LICENCIADO EN JURISPRUDENCIA Y
TITULO DE ABOGADO**

AUTOR:

Idrobo Cabrera, David Marcelo

LOJA – ECUADOR

**1859
2016**

1. TEMA:

AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDAS EN EL COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA.

2. PROBLEMÁTICA:

Las medidas cautelares son mecanismos adoptados al iniciarse un litigio y con los cuales el ordenamiento jurídico protege de un riesgo al acreedor, de manera provisional, y mientras dura el proceso, y tiene como finalidad hacer efectivo el derecho que eventualmente sea reconocido. Con el establecimiento de un proceso en la que se solicite aplicación de medidas cautelares el juzgador para otorgarlas deberá estar investido de ese poder y la norma debe facultarle para que pueda tomar esa resolución judicial y para que surta los efectos requeridos el Juez observará en primera instancia que la reclamación exista y esta sea de buena fe y en segundo lugar que la misma corra el peligro que por el pasar del tiempo o por alguna actitud negativa de deudor haga imposible la ejecutabilidad de la acreencia.

Las medidas cautelares tiene que ser precisas para evitar que se frustre la efectividad de la sentencia para ello se requiere que estas guarden relación con lo que se pretende en el proceso principal e incluso considerando los cambios que esta pueda sortear en el desarrollo del proceso.

Por lo tanto al no contemplarse medidas cautelares dentro del procedimiento monitorio, no se garantiza el cobro de la obligación al deudor; por parte del acreedor dejándolo en la indefensión.

El proceso monitorio se entiende como uno de los instrumentos idóneos, por su rapidez y probada eficacia para proteger el crédito dinerario líquido, pero

ante la falta de medidas cautelares no se protege el crédito en verdad, sino que ante el espíritu de las normas monitorias se entiende que se protege a la persona que sufre el impago del crédito y no a la deuda misma y mucho menos al deudor, de ahí surge una serie de problemas que son de preocupación.

En el procedimiento monitorio, lo que me preocupa son las oposiciones infundadas y temerarias que el deudor pueda deducir a fin de eludir su responsabilidad, o puede llegar a extremos de la simplicidad y plantear una oposición sin fundamentos o a plantear conductas que no son de oposición y formulen reconvencciones orientadas a lograr que el Juez dicte una resolución en la que dé naturaleza ejecutiva a una deuda acreditada documentalmente, logrado con ello trastocar el espíritu del procedimiento monitorio y dejar al acreedor sin que pueda hacer efectiva por parte del deudor el cumplimiento de la obligación, puesto que mientras dure el proceso el deudor puede enajenar sus bienes por lo tanto tampoco cumple con la obligación.

El Código Orgánico de Procesos por primera vez regula el Procedimiento Monitorio, pero no debemos olvidar que en la demanda inicial no contempla la facultad de poder solicitar medidas cautelares, por lo tanto no se puede garantizar la efectividad de la tutela judicial.

La medida cautelar es parte efectiva de la tutela judicial efectiva, por lo que negar la aplicabilidad de una medida cautelar en el procedimiento monitorio sería permitir la renuncia de un derecho y por lo tanto una renuncia tácita de hacer efectiva el crédito dinerario líquido pretendido mediante la acción monitoria consagrada en el Código Orgánico de Procesos.

En el desarrollo de la presente investigación se presentara una propuesta de reforma tendiente a que el procedimiento monitorio exista o pueda presentarse junto con la demanda la solicitud de medidas cautelares.

3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación intitulada **AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDAS EN EL COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA**, se justifica en los ámbitos jurídicos, sociales, académico, además por su relevancia, y trascendencia de actualidad y la posibilidad de investigación.

En el campo académico es viable puesto que cumple con los requisitos requeridos por la UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA a través del Reglamento de Régimen Académico, previo a la obtención del título de Licenciado en Jurisprudencia y Abogado.

El problema jurídico que voy a investigar es de relevancia social, puesto que en la Constitución de la República del Ecuador se garantiza la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos de sus ciudadanos y en el caso que me preocupa el Estado debe garantizar se haga efectiva el cobro de acreencias y para ello en la norma pertinente debe implementarse medidas cautelares que garanticen la recuperación de una obligación crediticia de ínfima cuantía cuando el demandado se oponga a la pretensión del acreedor.

Código General de Procesos si bien es cierto le abre las puertas a que justifique el llamamiento a un procedimiento monitorio; no es menos cierto que la falta de previsibilidad de medidas cautelares preventivas vuelve incompleta la norma y genera inseguridad jurídica al acreedor. Pero adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta falta de previsibilidad de medidas cautelares contradice con el principio de efectividad del procedimiento monitorio para la exigibilidad en el cobro de la deuda; ahí radica su relevancia.

La investigación es factible puesto que cuento con el material bibliográfico y la asesoría de los docentes de la Carrera de Derecho para cumplir con éxito los objetivos planteados.

Desde el punto de vista jurídico es pertinente debido que existe una laguna jurídica que no prevé el legislador en COGEP, por lo que se hace necesario introducir una propuesta de reforma tendiente a solución este vacío legal y con ella objetivizar la responsabilidad que tiene el estado ecuatoriano de tutelar en forma efectiva los derechos de los ciudadanos y constantes en la Constitución de la República del Ecuador.

4. OBJETIVOS:

4.1. Objetivo General:

Realizar un análisis crítico jurídico de la importancia de las medidas cautelares en las reclamaciones dinerarias y su necesidad de incorporarla en el procedimiento monitorio.

4.2. Objetivos Específicos:

1. Identificar la naturaleza jurídica del proceso monitorio.
2. Establecer que la falta de previsibilidad de medidas cautelares en el proceso monitorio para iniciar una reclamación dineraria genera inseguridad jurídica que puede derivar en desprotección jurídica al acreedor.
3. Plantear una propuesta de reforma.

5. HIPÓTESIS

“La reclamación de créditos por la vía del procedimiento monitorio genera inseguridad jurídica por falta de exigibilidad de una medida cautelar que garantice al pago de la obligación contraída”.

6. MARCO TEORICO.

Inseguridad jurídica: “La inseguridad jurídica se da cuando se ha violentado la seguridad jurídica que es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el poder público.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la certeza del derecho que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados”⁵⁴

Créditos: “Del latín, creditum, de credere, creer, confiar. Asenso, admisión de lo dicho por otro. Abono, comprobación. Reputación, fama, nombre, autoridad. Derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero. Opinión de que goza una persona cuando se espera que satisfará puntualmente los compromisos contraídos o las promesas formuladas. Libramiento, vale o abonaré de una cantidad, que se da en garantía para pagar más adelante, o bien para que la pague en otro lugar un corresponsal”⁵⁵.

Medidas cautelares: “Medidas adoptadas judicialmente, antes o durante un proceso, con la finalidad de evitar que el estado de las cosas se altere o modifique en perjuicio de la efectividad de la sentencia que haya de recaer”⁵⁶.

¹ INTERNET, http://works.bepress.com/martin_krause/36/. concepto de inseguridad jurídica, 04-05-16.

² CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires Argentina, pág. 77.

³ INTERNET, enciclopedia-juridica.biz14.com. Medidas cautelares, 04-05-16.

Son los instrumentos o mecanismos adoptados al iniciarse el litigio y destinados a suprimir los riesgos que conlleva la duración del proceso, la cual puede frustrar la realización del derecho reclamado que acoja la sentencia. Son medidas precautorias que se adoptan en un proceso principal, pero que no deben confundirse con las medidas ejecutivas basadas en títulos que llevan aparejada ejecución y por más que, en determinados puntos, puedan coincidir. Las medidas cautelares tienen la vigencia de su función: duran lo que el proceso principal cuyos fines garantizan en alguna medida.

Deudor: “El sujeto pasivo de una relación jurídica; más concretamente, de una obligación. El obligado a cumplir la prestación; es decir, a dar, a hacer, o a no hacer algo en virtud de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o disposición expresa legal. Más generalmente, se refiere al obligado a una prestación como consecuencia de un vínculo contractual”⁵⁷.

Acreedor: “El que tiene acción o derecho para pedir alguna cosa, o exigir el cumplimiento de alguna obligación. Cabe decir también, la persona con facultad sobre otra para exigirle que entregue una cosa, preste un servicio o se abstenga de ejecutar un acto”⁵⁸.

El acreedor es el sujeto activo, que puede requerir el cumplimiento de la obligación de su deudor, el sujeto pasivo de la relación jurídica de carácter personal.

Breve reseña histórica del proceso monitorio

“El proceso monitorio tiene sus orígenes en el derecho romano con el corpus iuris Canonici y posteriormente promulgando de las clementinas el 21 de marzo de 1314, el objetivo que perseguía este procedimiento era el de agilizar los procesos para la recuperación de obligaciones dineraria y que

⁵⁷ CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires Argentina, pág. 100.

⁵⁸ *Ibidem*, pág. 11.

fueren de menor cuantía. El procedimiento faculta al Juez para que mediante la aplicación de un procedimiento sin mayores exigencias de formalismos normativos se pueda tutelar efectivamente los derechos de los acreedores y facilitar un dinamismo en el movimiento económico de los partícipes de una transacción comercial.

El Procedimiento monitorio conforme está plasmado en nuestra legislación busca obtener un título de ejecución rápido y eficaz y orientado a satisfacer la necesidad de un reclamo ágil y oportuno de una acreencia.

El procedimiento monitorio tendrá su efectividad siempre y cuando exista la aceptación del requerido o demandado, ya sea con el allanamiento o reconocimiento insitu de la pretensión del demandante.

Con la instauración del procedimiento monitorio en nuestra legislación se busca hacer exigible una obligación que se encuentra en un documento que no reúna las condiciones de título ejecutivo y que por el valor no pueda iniciarse una acción ejecutiva, y con la resolución que el juez expida se pretende la declaratoria de la existencia de la obligación, o en otras palabras la creación de un título ejecutivo que sea exigible la ejecución de la obligación bajo este procedimiento”⁵⁹.

ANALISIS CONSTITUCIONAL RESPECTO A LA TUTELA EFECTIVA.

Art. 75 “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 ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales les será sancionado por la ley”⁶⁰

⁵⁹ CALAMANDREI, P. El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, Art. 75.

La Constitución de la República del Ecuador es la ley suprema que rige nuestro país, otorga derechos, deberes y garantías a los ciudadanos, en su artículo 75 establece el derecho de todo ciudadano sin distinción alguna a tener un acceso libre a la justicia, de la misma manera garantiza el derecho a la tutela efectiva, que se enfrasca en una justicia oportuna, imparcial, respetando el debido proceso y otorgando igualdad de condiciones, promoviendo de esta manera no exista la inseguridad jurídica.

Para tutelar efectivamente el derecho de los acreedores, se hace necesario que la norma también prevea mecanismo que garantice hacer efectivo este derecho y así lo establece Art. 87, el mismo que textualmente dice.

Art. 87.- “Se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o Independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”⁶¹.

Analizando brevemente la naturaleza jurídica de las medidas cautelares constitucionales, la esencia de esta figura de protección de derechos podemos señalar que las medidas cautelares, por su naturaleza, constituyen un instrumento importante que permite la protección de los derechos que se encuentran reconocidos en nuestra carta magna, cuya finalidad es evitar o cesar la violación de un derecho en caso de haberse producido, por esta razón las medidas cautelares juegan un doble papel. El primero se refiere a la posibilidad que tenemos todas las personas de que no sean interrumpido el ejercicio de nuestros derechos constitucionales, ya sea por una actuación irregular de un particular o de una autoridad pública. El segundo papel que desempeñan estas medidas, es que le permiten al Estado contar con una herramienta de alerta para evitar una actuación irregular que pueda vulnerar los derechos constitucionales, y de esta manera impedir que se genere un daño que afecte el ejercicio de un derecho, por lo tanto al acreedor le garantiza la norma constitución obtener una garantía para hacer efectiva su

⁶¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 87.

derecho a través del procedimiento monitorio señalado el Art. 356 y siguientes del COGEP y me permito señalarlo para una mejor comprensión.

ANÁLISIS DEL COGEP.

Artículo 356.- Procedencia. “La persona que pretenda cobrar una deuda determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que no conste en título ejecutivo, podrá iniciar un procedimiento monitorio, cuando se pruebe la deuda de alguna de las siguientes formas:

1. Mediante documento, cualquiera que sea su forma y que aparezca firmado por la deudora o el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente de dicha deudora o dicho deudor.
2. Mediante facturas o documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o comprobante de entrega, certificación, telefax, documentos electrónicos, que sean de los que comprueban la existencia de créditos o deudas que demuestren la existencia de la relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor. Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por la o el acreedor, para acudir al proceso deberá acompañar prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor.
3. Mediante la certificación expedida por la o el administrador del condominio, club, asociación, establecimiento educativo, u otras organizaciones similares o de quien ejerza la representación legal de estas, de la que aparezca que la o el deudor debe una o más obligaciones, cuando se trate 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.

4. Mediante contrato o una declaración jurada de la o del arrendador de que la o el arrendatario se encuentra en mora del pago de las pensiones de arrendamiento por el término que señala la ley, cuando se trate del cobro de cánones vencidos de arrendamiento, siempre que la o el inquilino esté en uso del bien.
5. La o el trabajador cuyas remuneraciones mensuales o adicionales no hayan sido pagadas oportunamente, acompañará a su petición el detalle de las remuneraciones materia de la reclamación y la prueba de la relación laboral”⁶².

El espíritu de esta disposición amplía la gama que el acreedor tiene para lograr de parte de deudor el ,reconocimiento de una acreencia, dicha disposición no se circunscribe ni se limita a formalismos propios de los títulos ejecutivos sino que es a través de ella se amplía las oportunidades de cobro de una deuda, y no permite que el deudor a través de suspicacias trate de negar dichas acreencia, es decir con el contenido de esta norma se amplía el abanico para que el titular de los derechos crediticios pueda recuperar los valores sujetos a litigio.

Para que dé lugar el procedimiento monitorio, es que tratándose de cualquier acción que persiga el pago de una suma de dinero determinada, líquida, exigible y de plazo vencido, cuyo monto no exceda de cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general y que además estuvieren fundadas en antecedentes escritos suficientes que permitan por sí mismo determinar al juzgador la existencia de la obligación a la que debe condenar al demandado y siempre cuando se cumpla cualquiera de las cinco formas que establece el Art. 356 del COGEP, da lugar al procedimiento monitorio.

Artículo 357.- Demanda. “El procedimiento monitorio se inicia con la presentación de la demanda que contendrá además de los requisitos generales, la especificación del origen y cantidad de la deuda; o con la

⁶² Código Orgánico General de Procesos, art. 356.

presentación del formulario proporcionado por el Consejo de la Judicatura. En cualquiera de los casos, se acompañará el documento que prueba la deuda. Si la cantidad demandada no excede de los tres salarios básicos unificados del trabajador en general no se requerirá el patrocinio de un abogado”⁶³.

Cuando se pruebe la existencia de una deuda constante en un documento que no sea título ejecutivo y en la que conste únicamente la firma del deudor, un sello, o impronta o marca o con cualquier otra señal, es susceptible del cobro bajo esta vía, es decir que el espíritu de la norma es apelar a la buena fe de las partes obligadas.

Artículo 358.- Admisión de la demanda de pago. “La o el juzgador, una vez que declare admisible la demanda, concederá el término de quince días para el pago y mandará que se cite a la o al deudor. La citación con el petitorio y el mandamiento de pago de la o del juzgador interrumpe la prescripción. Si la o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes de la o del deudor que la acreedora o el acreedor señale en la forma prevista por este Código”⁶⁴.

Como se manifiesta en el Art. 358 del COGEP el juzgador debe dictar un auto interlocutorio cuando declara admisible la demanda, concediendo el término de quince días para el pago y disponiendo que se cite al deudor.

Artículo 359.- Oposición a la demanda. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas

⁶³ Ibídem, art. 357.

⁶⁴ Código Orgánico General de Procesos, art. 358.

anunciadas, luego de lo cual, oír los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación. En este proceso no procede la reforma a la demanda, ni la reconvencción”⁶⁵.

El procedimiento monitorio conforme está concebido en el Código Orgánico General de Procesos señala que cuando se pruebe la existencia de una deuda constante en un documento que no sea título ejecutivo y en la que conste únicamente la firma del deudor, un sello, o impronta o marca o con cualquier otra señal, es susceptible del cobro bajo esta vía, es decir que el espíritu de la norma es apelar a la buena fe de las partes obligadas, pero cuando hay oposición la celeridad para el cobro de obligaciones dineraria de menor cuantía, se sujeta a lo señalado en el Art. 359 del COGEP.

Como he analizado de las disposiciones transcritas en los párrafos que anteceden en ninguna de ellas se advierte que se le otorgue al juzgador la facultad de dictaminar una medida cautelar, en favor del acreedor y que este vea garantizada el cobro efectivo de su acreencia, si bien es cierto que el procedimiento monitorio busca celeridad en el cobro de las acreencias, pero esta garantía considero que se encuentra insuficientemente normada dado que el acreedor no cuenta con un mecanismo seguro que le permita garantizarse el cobro de la deuda, esto es mediante el establecimiento de una garantía provisional.

La medida cautelar es parte efectiva de la tutela judicial efectiva, por lo que negar la aplicabilidad de una medida cautelar en el procedimiento monitorio sería permitir la renuncia de un derecho y por lo tanto a una renuncia tacita de hacer efectiva el crédito dinerario liquido pretendido mediante la acción monitoria consagrada en el Código orgánico de procesos.

⁶⁵ Ibídem, art. 359.

Las medidas cautelares debe ser considerado como un acto procesal del órgano jurisdiccional adaptada al concurso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, ha pedido de los interesados a fin de asegurar bienes que permitan la seguridad al cobro de alguna acreencia. Bajo esta premisa podemos asegurar que las medida cautelares es un medio que ha pedido de parte le permite proteger el objeto de la pretensión patrimonial que se encuentra sometida a litigio. La medida cautelar como su nombre le indica, es cautelar, es decir que está a la espera de un resultado del fallo principal, dicha medida pretende contrarrestar los peligros de daño que puedan causar la negligencia del deudor en el incumplimiento de su obligación. Y esta falta regulación puede volver ineficaz la actuación del operador de justicia, y por lo tanto engendra inseguridad jurídica.

7. METODOLOGÍA:

7.1. METODOS:

Para el desarrollo de la presente investigación utilizare los siguientes métodos y técnicas que se proporcionan en el campo de la investigación jurídica, las cuales las detallo a continuación.

METODO INDUCTIVO: El método inductivo es un “proceso que parte del estudio de casos o hechos singulares para llegar a principios generales, lo que implica pasar de un nivel de observación y experimentación a un sustento científico de categoría, o sea a la formulación de leyes o teorías. Expresado en forma más simple la inducción parte de casos o hechos particulares a lo general”⁶⁶.

METODO DEDUCTIVO: El método deductivo “parte de un principio general ya conocido para inferir en él consecuencias particulares, expresado

⁶⁶ IZQUIERDO, Arellano Enrique, Investigación Científica, Guía de estudio y técnicas de investigación, Tercera edición, Editorial Cosmos, Loja Ecuador, pág. 99

de una forma más sencilla, la deducción consiste en partir de una teoría general para explicar hechos o fenómenos particulares”⁶⁷.

METODO HISTORICO: Nos permite estudiar los hechos del pasado con el fin de encontrar explicaciones causales a las manifestaciones propias de las sociedades actuales. Este tipo de investigación busca reconstruir el pasado de la manera más objetiva y exacta posible.

METODO SINTETICO: Consiste en sintetizar la información obtenida para alcanzar ideas centrales y concretas de definición, de conclusiones y recomendaciones.

7.2. TECNICAS:

En el presente trabajo de investigación utilizare las siguientes técnicas: la encuesta y la entrevista.

La encuesta: “Serie de preguntas que se hace a muchas personas para reunir datos o para detectar la opinión pública sobre un asunto determinado”⁶⁸.

La misma que será aplicada a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Loja con el fin de comprobar y fundamentar el problema social y el vacío jurídico que se encuentra en la ley.

La entrevista “Reunión de dos o más personas para tratar algún asunto, generalmente profesional o de negocios”⁶⁹.

La cual será realizada a 3 funcionarios del Consejo de la Judicatura de Loja, en su calidad de jueces civiles.

⁶⁷ IZQUIERDO, Arellano Enrique, Investigación Científica, Guía de estudio y técnicas de investigación, Tercera edición, Editorial Cosmos, Loja Ecuador, pág. 99

⁶⁸ INTERNET, <http://deconceptos.com/>,Concepto de encuesta, 09-05-2016.

⁶⁹ INTERNET, <http://www.definicionabc.com/comunicacion/entrevista-2.php>.Concepto de entrevista, 09-05-2016.

8. CRONOGRAMA

TIEMPO ACTIVIDADES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Selección y Definición del Problema Objeto del Estudio	X	X	X	X																																
Elaboración del Proyecto de Investigación y aprobación.					X	X	X	X																												
Investigación Bibliográfica.									X	X	X	X																								
Investigación de campo													X	X	X	X																				
Confrontación de los resultados de la investigación con los objetivos e hipótesis																	X	X	X	X																
Conclusiones y Recomendaciones y propuesta jurídica.																					X	X	X	X												
Redacción del informe final, revisión y corrección.																									X	X	X	X								
Presentación y socialización de los informes finales (TESIS																													X	X	X	X	X	X	X	X

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

• Material de Escritorio	\$ 300.00
• Bibliografía Especializada	\$ 200.00
• Contratación de servicios de Internet	\$ 150.00
• Transporte y Movilización	\$ 150.00
• Reproducción del Informe Final de la Investigación	\$ 300.00
• Imprevistos	\$ 200.00
TOTAL	\$ 1.200.00

El Total de gastos asciende a la suma de Mil Doscientos Dólares Americanos, que serán financiados con recursos propios del autor.

RECURSOS HUMANOS	COSTO
Encuestas	Sin costo
Profesionales del Derecho	Sin costo
Docentes de la Universidad Nacional de Loja	Sin costo

10. BIBLIOGRAFIA:

- CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Editorial Heliasta, 1979, Buenos Aires Argentina.
- CALAMANDREI, P. El Procedimiento Monitorio (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.
- Código Orgánico General de Procesos.
- Constitución de la República del Ecuador.
- IZQUIERDO, Arellano Enrique, Investigación Científica, Guía de estudio y técnicas de investigación, Tercera edición, Editorial Cosmos, Loja Ecuador.
- INTERNET, <http://works.bepress.com>.Concepto de inseguridad jurídica.
- INTERNET, enciclopedia-juridica.biz14.com. Medidas cautelares.
- INTERNET, <http://deconceptos.com>.Concepto de encuesta.
- INTERNET, <http://www.definicionabc.com>.concepto de entrevista.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
"CARRERA DE DERECHO"
ENCUESTA PARA PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor Doctor:

En la finalidad de contar con elementos científicos, aplicados a la realidad de la práctica social, me permito solicitarle se sirva responder las preguntas formuladas en la presente encuesta, sobre mi tema de investigación: "AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDO EN EL COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA", por lo que desde ya le anticipo mis más sinceros agradecimientos.

1. Considera usted a las medidas cautelares como un mecanismo para garantizar la efectividad de la tutela judicial al acreedor en el procedimiento monitorio?

Si ()

No ()

Porqué?

.....
.....
.....

2.- Considera usted, que una medida cautelar dictada por el Juzgador garantizaría la ejecutabilidad de una resolución del Juez en la recuperación de una acreencia:

Si ()

No ()

Porqué?

.....
.....
.....

3.- Cree usted que negar la aplicabilidad de una medida cautelar en el procedimiento monitorio imposibilitaría hacer efectivo el cobro de un crédito dinerario al acreedor?

Si ()

No ()

Porqué?

.....
.....
.....

4.- Cree usted que la exigibilidad de una medida cautelar que garantice al pago de la obligación contraída genera seguridad jurídica y asegura el cobro de un derecho dinerario al acreedor?

Si ()

No ()

Porqué?

.....
.....
.....

5.- Como profesional del derecho cual considera usted, que es la naturaleza jurídica del proceso monitorio establecido en el código general de procesos?.

.....
.....
.....

6.- Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico General de Procesos, que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio.

Si ()

No ()

Porqué?

.....
.....
.....

GRACIAS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA
"CARRERA DE DERECHO"
ENTREVISTA PARA PROFESIONALES DEL DERECHO

Señor Doctor:

En la finalidad de contar con elementos científicos, aplicados a la realidad de la práctica social, me permito solicitarle se sirva responder las preguntas formuladas en la presente entrevista, sobre mi tema de investigación: "AL NO INCORPORARSE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESTABLECIDO EN EL COGEP, GENERA INSEGURIDAD JURIDICA", por lo que desde ya le anticipo mis más sinceros agradecimientos.

- 1. Un mecanismo que ofrece el Código Orgánico General de Procesos para la recuperación de acreencias de ínfima cuantía es el procedimiento monitorio, cuál es su criterio frente a esta innovación que el legislador introduce en nuestra legislación procesal.**

.....

- 2. Una parte de dinamismo de la economía en el mercado es el crédito, considera usted que la falta de previsibilidad en el procedimiento monitorio de medidas cautelares para garantizar la recuperación de acreencias genera desconfianza y por lo tanto inseguridad jurídica?**

.....

- 3. Las medidas cautelares es un mecanismo que permite garantizar el cobro de una acreencia principal, considera usted que al no encontrarse normado las resoluciones del juez se vuelven inejecutables en la recuperación de la acreencia.**

.....

- 4. Considera usted necesario introducir una reforma en el Código Orgánico de Proceso que faculte al operador de justicia dictar medidas cautelares preventivas que aseguren la ejecución de sus fallos en el procedimiento monitorio.**

.....

GRACIAS

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	IV
DEDICATORIA.....	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	62
6. RESULTADOS.....	66

7. DISCUSIÓN	88
8. CONCLUSIONES	94
9. RECOMENDACIONES	95
9.1 PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	96
10. BIBLIOGRAFÍA	98
11. ANEXOS	102
INDICE	122