



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

**LOS POSIBLES ABUSOS DEL ACREEDOR EN LA CREACIÓN UNILATERAL
DE UN DOCUMENTO QUE CONTIENE UNA OBLIGACIÓN DINERARIA,
CUYO PROCEDIMIENTO SE RIGE POR VÍA MONITORIA**

Autora

Samantha Katherine Tamayo Guerra

**Año
2017**



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LOS POSIBLES ABUSOS DEL ACREEDOR EN LA CREACIÓN UNILATERAL
DE UN DOCUMENTO QUE CONTIENE UNA OBLIGACIÓN DINERARIA,
CUYO PROCEDIMIENTO SE RIGE POR VÍA MONITORIA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía:

Mgt. Diego Alejandro Oviedo Polo

Autora:

Samantha Katherine Tamayo Guerra

Año

2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el (los) estudiante(s), orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Diego Alejandro Oviedo Polo

Magíster en Derecho Civil Patrimonial

C.C.1714366133

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Rosana Lorena Granja Martínez

Magister en Derecho Ambiental

C.C.1713443503

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi (nuestra) autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Samantha Katherine Tamayo Guerra

C.C. 171931043-3

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por su guía durante este camino,

a mi familia por su apoyo incondicional,

a mi novio por ser mi compañero y soporte,

a mi profesor guía Diego Alejandro Oviedo Polo, por compartir sus conocimientos;

y a todas las personas que han compartido conmigo esta experiencia,

y han sido mi apoyo durante este proceso

DEDICATORIA

A Dios, por su amor infinito y bendiciones

A mis padres Orlando y Cecilia, y a mi hermana María Belén, quienes me han guiado para ser cada vez una mejor persona.

RESUMEN

El procedimiento monitorio se implementa en la legislación ecuatoriana, en el 2016, a través del Código Orgánico General de Procesos. Este es un procedimiento nuevo que ha sido tomado de otras legislaciones, principalmente en la española.

En otras realidades legislativas, el procedimiento monitorio ha tenido buenos resultados, ya que permite el cobro de una deuda dineraria, vencida, exigible y determinada de una manera rápida y sencilla evitando los anteriores procedimientos que dilataban los procesos y no daban respuestas a obligaciones mínimas y concretas, siendo aquellos procesos desproporcionales a la deuda que se pretendía cobrar.

La novedad del proceso monitorio es que vuelva indispensable la generación de mecanismos y estudios para que se aplique de la mejor manera. Una duda que nace de su aplicación es la utilización de documentos unilaterales, reconocidos en la legislación, por lo que es menester conocer de qué se tratan dichos documentos y cómo resultan admisibles para ser conocidos por procedimiento monitorio.

La creación de documentos unilaterales para el cobro de una deuda es una gran ventaja para el acreedor porque le facilita el cobro de la misma, no obstante, también puede resultar perjudicial para el deudor, quien queda en un estado de indefensión por los abusos que se pueden presentar por parte del acreedor ante esta deuda; desde este punto de vista, esta investigación hace un análisis con el fin de llevar a cabo el cobro de una deuda contenida en un documento unilateral por procedimiento monitorio, pero evitando que se lleven a cabo abusos por parte del acreedor en la creación o en la reclamación nacida del documento unilateral.

ABSTRACT

The order for payment procedure is implemented in Ecuadorian legislation in 2016 through the General organic code of processes. This is a new procedure that has been taken from other legislation mainly the Spanish. In other legislative realities he has had good results since it allows the collection of cash, past due, payable and determined debt in a fast and easy way avoiding the previous procedures which extended processes and did not give answers to a minimum and specific obligations, being those processes disproportional to the debt that was intended to collect. The novelty of the order for payment procedure makes it essential that mechanisms and studies generated so that it applies in the best way; a doubt that is the result of your application is the use of unilateral documents recognized in the legislation, so it is necessary to know that these documents are treated and how they are eligible to be known by the order for payment procedure. Document creation unilateral for the payment of a debt is a great advantage to the creditor because it facilitates the payment of its debt, however they may also be detrimental to the debtor who is in a State of helplessness by abuses that can occur by the creditor to this debt, so that this research is an analysis in order to carry out the collection of a debt contained in a unilateral procedure document order for payment but avoiding that the creditor abuses carried out in the creation or claim born of the unilateral document.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Procedimiento monitorio	2
1.1. Antecedentes y concepto	2
1.1 Naturaleza jurídica	6
1.2 Características	7
1.3 Clases de procedimiento monitorio	10
1.3.1 Procedimiento Monitorio Puro	10
1.3.2 Procedimiento monitorio documental.....	10
2. Análisis de la procedibilidad del documento unilateral para el cobro de una obligación dineraria.....	11
2.1 Requisitos del documento	11
2.1.1 Verificación de la procedibilidad del documento	13
3. Abuso del derecho en la creación unilateral del documento por parte del acreedor	17
3.1 Antecedentes y concepto	17
3.2 Teoría abuso de derecho.....	19
3.3 Requisitos para la configuración del abuso de derecho.....	19
3.4 Formas en las que se podría constituir abuso del derecho..	20
3.5 Efectos del abuso de derecho.....	21
3.6 Derecho de buena fe	22
3.6.1 Antecedentes y concepto	22
3.6.2 Inobservancia del derecho de buena fe.....	24
3.7 Abuso de derecho y la buena fe	25
3.8 Posibles abusos del acreedor en la creación unilateral de un documento que contiene una obligación dineraria, cuyo procedimiento se rige por vía monitoria.....	25
REFERENCIAS	32

Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo determinar las posibles afectaciones que puede sufrir el deudor a través del cobro de una obligación que ha sido creada unilateralmente por el acreedor, la misma que se regirá vía monitoria, de este hecho se desprende que este accionar del acreedor generará un abuso del derecho y a su vez una perversión en el sistema jurídico.

Así el objetivo principal de esta investigación consiste en el análisis del mal uso del documento creado unilateralmente por parte del acreedor en el proceso monitorio, el mismo que puede generar un posible abuso del derecho de acción cuando las alegaciones son mal fundadas.

En relación al objetivo principal trazado se han planteado objetivos específicos los mismos que se desarrollarán a lo largo de esta investigación, como son: El alcance del documento unilateral que contiene una obligación dineraria, 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; y de igual manera se investigará el análisis de la procedibilidad del documento unilateral para el cobro de una obligación pendiente de pago, y finalmente demostrar que el abuso del Derecho pervierte el sistema jurídico y desnaturaliza el fin supremo del derecho que es la consecución de la justicia.

De esta manera se buscará analizar y entender si efectivamente la creación unilateral del título puede generar un posible abuso del derecho de acción, que posee todo ciudadano, mismo que, se ve deslegitimado por una reclamación insustentada o cuantificada de manera irracional, pervirtiendo el sentido de la norma por la creación de documentos unilaterales, teniendo de esta manera la necesidad de regular el abuso del derecho, con el fin de sancionar este acto ilícito, bajo la pregunta: ¿Podría constituir la creación de un documento unilateral que contenga una obligación de pago en un ejercicio de abuso del derecho de acción?

Además de lo antes expuesto dentro del presente trabajo se tratarán temas como las antecedentes de este procedimiento, su procedibilidad, los posibles abusos y soluciones a este abuso y finalmente, se plantean las conclusiones y recomendaciones a las que se ha llegado después del estudio, exposición y análisis de esta investigación.

El presente trabajo hará un análisis exegético y sistemático de la norma legal pertinente que será el Código Orgánico de Procesos, para que, en base al problema planteado, a través de estos métodos se pueda verificar el alcance de la norma, los vacíos legales del mismo, además del respaldo que otorga esta, evaluando así la eficacia de la norma legal vigente, en relación a la creación unilateral del documento exigible.

1. Procedimiento monitorio

1.1. Antecedentes y concepto

El procedimiento monitorio se incorpora en la legislación ecuatoriana a través del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que entró en vigencia el 23 de mayo del 2016, derogando al Código de Procedimiento Civil, norma que no contemplaba dicho procedimiento; es principalmente por esta razón que su aplicación ha causado varias inquietudes entre los actores jurídicos, siendo una de estas dudas el abuso del derecho que puede darse por parte del actor ya que el COGEP le otorga la facultad de crear un documento unilateralmente.

El procedimiento monitorio tiene su origen en Europa, específicamente en Italia, donde la necesidad de un proceso innovador que permitiera cobrar de una manera rápida y eficaz los créditos dinerarios impagos, inicialmente derivados del comercio del siglo XVIII, se hacía cada vez más indispensable en función del crecimiento acelerado del comercio.

Al respecto Pérez (2017, pp. 229) señala:

La necesidad de tutela efectiva del crédito es y fue el objetivo del procedimiento monitorio en la actualidad y en su nacimiento en la Edad Media. En ambos momentos es acompañado por el crecimiento del tráfico comercial y la necesidad de instrumentos eficientes para la tutela de crédito. En el norte de Italia nació, se desarrolló y fue luego receptado por el derecho común alemán.

Así mismo, Gisbert Pomata (2010, pp. 33) establece que fue en la Edad Media, en donde se gesta la idea de un procedimiento monitorio, pensando en la eliminación de los procedimientos largos e innecesarios, con el fin de encontrar un procedimiento adecuado para aquellas obligaciones de escasa cuantía, esto en virtud de que el procedimiento aplicable es desproporcional a la obligación dineraria que se pretende cobrar.

Lo dicho anteriormente se consolidó con la expansión del tráfico comercial que hizo que el procedimiento sea aplicado en otros países de Europa como Alemania, España, Portugal; por ser un proceso que solventa de manera eficaz el pago de créditos dinerarios, trascendió fronteras hacia otros continentes, así es que se ha desarrollado en gran medida en Chile, Colombia y ahora se implementa en Ecuador.

Lo mencionado permite tener una idea del significado del procedimiento monitorio, planteando entre los elementos para su definición que sirve para el cobro de deudas dinerarias cuyo importe sea determinado, vencible y exigible. Además, este procedimiento surge para reemplazar los antiguos procesos que, incluso en obligaciones tan claras y cortas, demoraban el cobro del acreedor sin causa justa. Esto dejando de acudir a procesos judiciales largos y desgastantes, es decir, que ocasionen una seria pérdida de tiempo no proporcional a la obligación que se pretende cobrar.

Al respecto, Couture (1993, pp. 481) establece que el procedimiento monitorio es aquel que no comienza formalmente con la demanda sino con la

interpelación al demandado, para que oponga las objeciones de las que se crea asistido bajo el mandato de la demanda, alertándolo que, inicialmente, puede mediar una sentencia en su contra.

Para Colmenares (2012, pp. 345) el procedimiento monitorio: “Es un instrumento creado en Colombia para que los acreedores que carezcan de título ejecutivo puedan hacer valer el derecho de crédito mediante un procedimiento expedito, fácil, incluso sin abogado, para obtener el pago de una suma líquida de dinero proveniente de una relación de naturaleza contractual”.

Del concepto otorgado por Colmenares (2012, pp. 345), existe un nuevo elemento no mencionado anteriormente y es que la obligación provenga de una relación de naturaleza contractual, aunque no deja de ser un asunto sencillo en virtud de que todo cobro es una obligación que deviene de un contrato haya sido este verbal o escrito, pero con un elemento que prueba la existencia de esta relación.

Entre los varios elementos que dan los autores en relación al concepto del procedimiento monitorio, se encuentra un componente interesante de la legislación chilena:

En los distintos ordenamientos jurídicos que regulan el procedimiento monitorio, suelen enmarcarse dentro de su ámbito de aplicación, a un tipo de obligación determinada y a veces a una cuantía determinada. En el caso chileno, y no sin resultar una cuestión discutible, según se indica en el artículo 407 del Proyecto el procedimiento monitorio podría ser utilizado para reclamar el pago de obligaciones dinerarias o bien al cumplimiento de obligaciones consistentes en hacer una cosa determinada (Delgado, 2016, pp. 238).

De dicho concepto se deduce que en Chile se pretendería, además de reclamar el pago de una obligación dineraria, también se podría solicitar el

cumplimiento de una obligación de hacer una cosa determinada, que como el autor ha mencionado, es un asunto aún discutible pero que otorga más herramientas para conocer al procedimiento monitorio.

Ya en la legislación ecuatoriana, este elemento se contempla en el art. 356 del COGEP, que menciona: “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 (...)”

La definición otorgada por el COGEP coincide con la doctrina y con lo establecido en derecho comparado por otras legislaciones en relación al procedimiento monitorio, sin embargo, a la definición se agregan dos variantes:

La primera es que en la legislación ecuatoriana el monto de la deuda no puede ser superior a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, de lo contrario se deberá seguir de conformidad con el cuerpo normativo citado, un procedimiento ordinario para el cobro de la deuda.

La segunda variante que es aceptada en algunas legislaciones y en la doctrina, implica que debe tratarse de una obligación que no conste en un título ejecutivo, a saber y de conformidad con el COGEP, no debe constar la obligación en una declaración de parte hecha bajo juramento: en una escritura pública, en un documento privado legalmente reconocido, en letras de cambio, pagaré a la orden, testamentos, ni transacciones extrajudiciales.

Dejando de lado estas variantes, la definición de este procedimiento monitorio en la legislación ecuatoriana se apega, en gran medida, a lo señalado por la doctrina y el derecho comparado, es decir, la variedad de países a nivel mundial que han acogido en sus legislaciones al procedimiento monitorio, de tal manera que a través del análisis de las antes mencionadas legislaciones podemos apreciar de mejor manera este procedimiento.

1.1 Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica es un tema controversial, no solo en el procedimiento monitorio si no en general en las instituciones del derecho puesto que, este tema no siempre es bien entendido y por ello varios autores han dedicado investigaciones para darle un significado.

Al tenor de dichas investigaciones, es necesario también en el presente trabajo tratar sobre el concepto de naturaleza jurídica como tal, para después entender que implica la naturaleza jurídica del procedimiento monitorio.

En ese sentido, existe una tendencia errónea por parte de tratadistas, profesionales del derecho y en general actores del mismo, de confundir la naturaleza jurídica de una institución con cualquier elemento de la misma, y no analizándola como un todo.

La naturaleza jurídica, en términos generales, se refiere a la razón de ser de una institución jurídica, la que no se debe confundir con la esencia pues esta es inherente a todo el ordenamiento jurídico, ni con el género que hace referencia a una parte de la institución, sino únicamente entenderla como la “ratio essendi” que aclara el porqué de esa institución jurídica. (Estevez, 2017, pp. 178-179).

Con ese argumento (Estevez, 2017, pp. 178-179) plantea que la naturaleza jurídica es la comprensión del origen y desarrollo de una institución, de como esta se ha formado a partir de una forma jurídica primitiva.

En relación a la naturaleza jurídica del procedimiento monitorio, las primeras ideas de la Edad Media, de un procedimiento célere para cobrar obligaciones dinerarias mínimas, son las formas jurídicas primitivas del procedimiento monitorio, comprendiendo ese origen, el procedimiento monitorio se fue

fortaleciendo como institución por la costumbre y posteriormente se expandió positivamente. Por lo tanto, parte de entender la naturaleza jurídica del procedimiento monitorio, es saber cómo esta institución se ha posicionado actualmente en las diversas legislaciones en el mundo, sus elementos, características, procesos y todo lo concerniente a su desarrollo.

Como se ha mencionado el procedimiento monitorio tiene como fin facilitar al acreedor de un crédito el cobro del mismo, de no poseer el acreedor un título de ejecutivo este puede obtenerlo a través del procedimiento monitorio, de una manera rápida y eficaz evitando seguir un procedimiento de cognición y ahorrando tiempo y dinero (Delgado & Morales, 2016, pp. 335).

Esta premisa ha sido incluida en la legislación chilena y colombiana, pero tiene como base la legislación europea, específicamente la española, donde este procedimiento se ha desarrollado con evidente rapidez y efectividad, llegando a ser estadísticamente el juicio civil más utilizado en el País Vasco. (Picó, 2014, pp. 2)

Ahora bien, es necesario mencionar como se conceptualiza al juicio monitorio, si como un procedimiento o proceso, se ha mencionado que es un procedimiento monitorio sin embargo es necesario indicar la razón de ser, teniendo en cuenta que un proceso es el conjunto de actos coordinados para un objetivo, a diferencia del procedimiento que es el conjunto de actuaciones que es netamente en ámbitos jurídicos.

1.2 Características

Tomando en cuenta que estas tres legislaciones acogen la misma finalidad del procedimiento monitorio, también comparten muchos elementos más, a saber, sus características, que se describen a continuación.

El procedimiento monitorio es un 'procedimiento declarativo', ya que el derecho que posee el acreedor no constituye un título ejecutivo, sino que, mediante sentencia, se reconoce como tal y se ordena su cobro.

Además, es un 'procedimiento especial', por cuanto es un procedimiento diferente y con una cuantía determinada, así las diversas legislaciones han planteado montos de dinero que no pueden sobrepasar la obligación dineraria para que pueda ser accionada mediante procedimiento monitorio.

Al respecto, en España, el monto máximo no puede superar los 250 000 euros; en Colombia, el monto máximo es de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes; en Chile se habla de que no puede sobrepasar de 30 unidades tributarias mensuales. Sin embargo, en la Unión Europea, el procedimiento monitorio no tiene un monto determinado, sino que sea cual sea el valor de la obligación dineraria se lo puede plantear.

Otra característica es la 'inversión del contradictorio', lo que significa que solo se vuelve un procedimiento netamente conflictivo si existe una oposición expresa del deudor, de lo contrario, tiene la posibilidad incluso, si no acude el deudor, de constituir sin más reparo y por sentencia un título ejecutivo.

Estas características también son aplicables a lo determinado sobre el procedimiento monitorio, de conformidad con el Código Orgánico General de Procesos de Ecuador. Si se habla de que es un procedimiento declarativo, especial y con inversión del contradictorio, no hay ninguna diferencia con la legislación ecuatoriana.

De hecho, la legislación ecuatoriana, en el Código Orgánico General de Procesos, ha acogido en gran parte el Código colombiano del mismo nombre, que a su vez ha tomado como base la legislación española. En ese sentido, el procedimiento monitorio en Ecuador también tiene como fin saldar deudas menores en un tiempo prudente. (Corporación MYL, 2015, pp. 293).

Por lo expuesto, se puede plantear que el procedimiento monitorio en Ecuador cumple con la característica de ser declarativo. En cuanto a la característica de ser un procedimiento especial, el COGEP, dentro del capítulo del Procedimiento Ordinario, plantea: “Art. 289.- Procedencia. Se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”.

Con ello se puede corroborar que el procedimiento monitorio es un procedimiento especial en razón de que se ha previsto un trámite propio para su sustanciación. No obstante, cuando se hace referencia a que el Código otorga esta característica de especial al procedimiento monitorio, es necesario saber que también existe otro elemento que denota su especialidad y es la cuantía.

En relación a la cuantía que ha sido explicada con método comparativo en líneas anteriores, se debe expresar que también en Ecuador se ha fijado una cuantía y al respecto, el COGEP plantea: “Art. 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 (...)”.

Por lo tanto, existe una cuantía determinada que no debe sobrepasar la obligación dineraria para poder ser sustanciada por procedimiento monitorio, es decir: cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general. Actualmente el salario básico unificado del 2017 es de trescientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América (USD \$375,00) por lo tanto la cuantía que no debe sobrepasar la obligación dineraria es de dieciocho mil setecientos cincuenta dólares de los Estados Unidos de América (USD \$ 18.750,00).

Cabe aclarar que esta cuantía no debe ser confundida con la cuantía fijada por el COGEP de tres SBUTG, puesto que esta implica que, si la cuantía no

excede de 3 SBUTG, el actor no requiere la defensa técnica de un abogado, si no que puede llenar un formulario creado para el efecto, sin embargo, no tiene ninguna relación con los requisitos para la sustanciación de una deuda dineraria por procedimiento monitorio.

1.3 Clases de procedimiento monitorio

Las clases de procedimiento monitorio se relacionan directamente con la documentación que se debe adjuntar o no a la demanda, es decir, es un aspecto más procesal. En ese sentido existen dos clases de procedimiento monitorio: procedimiento monitorio puro y procedimiento monitorio documental.

1.3.1 Procedimiento Monitorio Puro

Este procedimiento implica que a la demanda no se debe adjuntar un documento habilitante de la obligación de pago, por lo que la sola palabra del acreedor basta para suponer en la existencia de la deuda.

Sin embargo, este procedimiento no es el adecuado en vista de que se deja al demandado sin elementos sobre los cuales defenderse, esto, al no existir una obligación dineraria fundamentada en un documento, ni con las pretensiones claras puede ocasionar varios problemas también al actor en virtud de lo explicado.

1.3.2 Procedimiento monitorio documental

Esta clase de procedimiento tiene como fin verificar la existencia de la obligación, es decir, requiere adjuntar un documento que permita comprobar que la obligación es cierta (Picó, 2014, pp. 5).

Con este elemento, el juez puede verificar la existencia de la obligación, además, este se convierte en la causa fuente y consecuentemente en el medio de prueba para la decisión que tomará el juez sobre el asunto principal.

Por este motivo se puede decir que el procedimiento monitorio documental otorga seguridad jurídica al procedimiento, al basar las aseveraciones de las partes en un medio de prueba tangible, esto sin desmerecer al procedimiento monitorio puro, pero sí dejando en claro que el procedimiento monitorio documental puede generar mayores facilidades a las partes en el momento del litigio.

Es quizá el motivo expuesto el que impulsó a que, en la legislación ecuatoriana, a saber, en el Código Orgánico General de Procesos, se incorporará el procedimiento monitorio documental, el mismo que además posee en detalle los tipos de documentos que admite este procedimiento y las características que estos deben poseer, de lo cual surge un análisis que se detallará en siguiente capítulo.

2. Análisis de la procedibilidad del documento unilateral para el cobro de una obligación dineraria

2.1 Requisitos del documento

De conformidad con cada legislación, los documentos que servirán como base para cobrar una obligación por medio del procedimiento monitorio, deben contener ciertos requisitos; en esta investigación, por motivos prácticos, el análisis de la procedibilidad y requisitos partirá desde la perspectiva de la legislación ecuatoriana, la misma que se ha basado principalmente en las legislaciones española y europea.

En ese sentido, la legislación ecuatoriana, a través del Código Orgánico General de Procesos, prevé cinco tipos de documentos que contienen una obligación dineraria y que sirven para probar la existencia de esta deuda:

- 1) Documento firmado por el deudor o con cualquier otra señal del mismo.
- 2) Facturas o documentos que aparezcan firmados por el deudor y que comprueben la existencia de créditos o deudas, y que permitan demostrar la existencia de una relación previa entre el deudor y el acreedor.
- 3) Certificación expedida por el administrador de un condominio u otras organizaciones que demuestren que el deudor debe una o más cuotas.
- 4) Contrato o declaración jurada del arrendador que demuestre que el arrendatario adeuda cánones de arrendamiento.
- 5) Remuneraciones mensuales o adicionales del trabajador no pagadas oportunamente y acompañadas de la prueba de la relación laboral.

En virtud de lo mencionado, el Código Orgánico General de Procesos plantea en el numeral 2 del artículo 356: “Cuando el documento haya sido creado unilateralmente por la o el acreedor, para acudir al procedimiento deberá acompañar prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre acreedora o acreedor y deudora o deudor”.

Ya que la legislación ecuatoriana se basa, en gran medida, en la legislación colombiana y de manera especial en la legislación española, cabe decir que la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero de España, establece los mismos requisitos de procedibilidad del documento para el procedimiento monitorio en su artículo 812, con la aclaración de que la legislación ecuatoriana plantea tres nuevos casos que son la falta de pago de condominio, la deuda de arrendamiento y la deuda de remuneración del trabajador.

Sin embargo, las legislaciones no plantean requisitos específicos que debe contener el documento que va a ser objeto de un procedimiento monitorio pues

el fin de este procedimiento es generar mayor eficacia y celeridad que otros procedimientos, lo que no se lograría si en principio se le exige al documento una serie de parámetros y demás requerimientos.

Siguiendo lo planteado por Picó (2014, pp. 8), la ley es antiformal ya que es abierta al momento de admitir documentos, señalando de manera general los documentos que pueden dar paso a un procedimiento monitorio, por lo que al ser tan abierta en la documentación queda establecer que el único requisito primordial es que el documento contenga una deuda dineraria, vencida y exigible de una cantidad determinada que no exceda la establecida por la legislación de cada país.

No obstante, si bien la ley es bastante abierta en relación a los documentos que pueden ser materia de un procedimiento monitorio, en que el requisito clave para la procedibilidad es que contenga una obligación dineraria, vencida y exigible, es importante conocer que existen documentos cuyas obligaciones tienen un origen unilateral, el mismo que sí requiere mayor verificabilidad que cualquier otro documento.

Es por esto que se debe analizar en qué consiste un documento unilateral, sus requisitos de procedibilidad y qué prueba es necesaria adjuntar para que el juez pueda establecer el cobro de la deuda sobre dicho documento.

2.1.1 Verificación de la procedibilidad del documento

Verificar la procedibilidad del documento es verificar la procedibilidad de la prueba, ya que el procedimiento monitorio parte del presupuesto de que el documento que contiene la obligación de pago hace prueba en sí mismo. Es por esto que, para admitir un documento unilateral se revisará la admisibilidad de la prueba documental.

La prueba documental para ser admitida debe tener los requisitos de la prueba en general, pero además tiene algunas particularidades propias (Abel & Pico, 2006, pp. 327). En el caso de España, con relación a la admisión de documentos, estos se admiten adjuntos a los alegatos en la audiencia previa o con la demanda o la contestación, es decir, existen varios momentos oportunos para poder proponer prueba. En el caso de Ecuador, la prueba con el COGEP puede ser presentada únicamente con la demanda y la contestación a la demanda, ya que en audiencia únicamente se evacua la prueba ya presentada.

Por lo expuesto, el primer presupuesto procesal para la admisión de un documento unilateral en el procedimiento monitorio es que sea presentado en el momento oportuno, es decir, con la presentación a la demanda, más aún en el procedimiento monitorio, en que el documento constituye prueba plena de la existencia de la obligación (Picó, 2014, pp. 4) y si el deudor no comparece se convierte, incluso, en un mandato de ejecución, puesto que se trataría de un derecho ya reconocido.

En líneas anteriores se mencionó que el requisito primordial de un documento unilateral es que contenga una deuda dineraria líquida, vencible y exigible, al momento de verificar la procedibilidad del documento y, por lo tanto, admitirlo; este requisito se divide en otros requisitos que implican verificar que la deuda contenida cumpla con los presupuestos que la permitan ser admitida.

Por lo tanto, es importante también verificar cada una de las categorías de la deuda, a saber, que esta sea dineraria, vencida, exigible y determinada. Una deuda es dineraria cuando se contrae en dinero, en una moneda de cualquier país (Picó, 2014, pp. 5).

Una deuda vencida es aquella en la que el plazo de tiempo para su vencimiento ya transcurrió y por lo tanto se debió pagar hasta esa fecha determinada, sin embargo, el deudor no hizo el pago. En esta categoría también se pueden tomar en cuenta las deudas que nacen de una cláusula de

vencimiento anticipado por falta de liquidez (Picó, 2014, pp. 4). Además, cabe explicar que una deuda adquiere el carácter de exigible cuando esta se vence, evidentemente durante el plazo para el pago es exigible, pero puede ser exigida mediante procedimiento monitorio una vez que se ha vencido, por lo tanto, si es vencida también es exigible.

Finalmente, la deuda contenida en el documento unilateral debe tener el carácter de determinada que implica que la cantidad de la deuda no sobrepase la determinada por la legislación de cada país (cantidades monetarias que ya han sido explicadas en el capítulo anterior). No obstante, cabe mencionar, a manera de ejemplo, que en el caso de Ecuador y de conformidad con el COGEP, la deuda contenida en el documento unilateral no puede sobrepasar los 50 salarios básicos unificados, si la deuda sobrepasa esta cantidad, el documento no puede ser admitido por medio del procedimiento monitorio.

En relación al documento unilateral, su nombre viene de la concurrencia a su elaboración de una parte, en el caso del procedimiento monitorio, aunque este documento sea elaborado por una parte, implica obligaciones de dos partes, por lo que la obligación contenida puede ser conocida por esta vía.

Ya se han explicado anteriormente varios documentos que pueden ser conocidos por la vía monitoria, pero dentro de los documentos, exclusivamente unilaterales, se encuentran: facturas, albaranes de entrega, telegramas, telefax. Los documentos mencionados justifican créditos y deudas de los que se deriva que existen relaciones entre el acreedor y el deudor (Picó, 2014, pp. 7).

A pesar de que el documento unilateral es admitido esto no rompe directamente el principio de contradicción (Martínez, 1990, pp. 528) puesto que, el deudor dentro del procedimiento monitorio tiene los mecanismos necesarios para ejercer su defensa, aunque muchas veces del documento unilateral puedan derivarse una serie de abusos que se revisan en el capítulo III.

En razón de que las normativas legales de cada país son abiertas en relación al documento que puede ser conocido por vía monitoria, para ejemplificar el desarrollo de la procedibilidad de un documento unilateral se tomará el caso de la factura.

Cabe decir que en principio, para la admisión del documento unilateral, la ley no prevé un documento determinado, sin embargo, sí debe contener las características de validez de una prueba documental y las características derivadas de la deuda.

La factura es un documento que registra la operación mercantil de despacho de mercadería, tiene únicamente la firma del acreedor (Picó, 2014, pp. 8), por lo tanto, al no contener la firma del deudor es necesario incluir más documentos que prueben la relación existente entre el acreedor y deudor.

En conclusión, la verificación de la procedibilidad de un documento y su admisibilidad se da cuando el documento unilateral contiene una deuda dineraria, vencida, exigible y determinada; el documento unilateral debe contener los requisitos de la prueba documental como ser presentado oportunamente; y, por ser unilateral se debe adjuntar documentos que justifiquen la relación previa entre el acreedor y el deudor.

A través de la obtención de estas condiciones dentro del documento, podemos contar con los requisitos básicos para poder hacer exigible una obligación dineraria de una cuantía determinada a través de este procedimiento.

Por otro lado, el Código Orgánico General de Procesos en su Artículo 356, establece que la deuda dineraria debe probarse a través de ciertos documentos limitando así la subsunción de las situaciones jurídicas a la norma, y dejando de lado los documentos que constituyen en sí mismo títulos ejecutivos como letras de cambio, pagarés y otros de la misma naturaleza.

Por lo tanto, los documentos susceptibles de procedimiento monitorio son: cualquier documento físico que tenga la firma del deudor o que contenga cualquier señal que genere un nexo entre esta y el deudor; facturas firmadas por el deudor; certificación expedida por el administrador de una organización; contrato o declaración jurada con la que se demuestre que el arrendador se encuentre en mora con el arrendatario; documentos que prueben que el trabajador mantiene una relación laboral con su empleador y que demuestren que el empleador le adeuda sus remuneraciones.

No obstante de lo mencionado, si bien la norma limita la procedencia de los documentos susceptibles de procedimiento monitorio, la clasificación realizada por el COGEP, dentro de cada categoría deja una gran abertura al referirse a los documentos como un genérico quedando así a la sana crítica del juez establecer que documentos que contengan una obligación dineraria impaga pueden considerarse como base para un procedimiento monitorio y cuáles no, lo que debe derivar en la aceptación o en el rechazo de la demanda por procedimiento monitorio.

3. Abuso del derecho en la creación unilateral del documento por parte del acreedor

3.1 Antecedentes y concepto

En el Ecuador, el abuso del derecho es incorporado mediante artículo 7 del Registro Oficial Suplemento 797 de 26 de septiembre del 2012, a continuación del artículo 36, en un artículo innumerado que establece lo siguiente:

“Art. ...- Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico.”

Respecto a lo que establece el Código Civil ecuatoriano, no podemos afirmar que el mismo es incorporado con el fin de ampararlo, claramente es importante esclarecer para el lector del presente proyecto, que mediante esta norma lo que se busca es tener un concepto claro de lo que constituye el abuso de derecho.

Asimismo, el artículo 26 en concordancia con el artículo 130 numeral 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece las sanciones que deben realizarse cuando exista, por parte de las partes procesales, abuso de derecho.

Partiendo de lo antes mencionado, estableceremos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha previsto sanciones, con el fin de frenar a las partes procesales cuando las mismas, por medio de artimañas jurídicas, busquen desviar el fin para el que fue creada una norma.

Para entender el siguiente capítulo es importante referirnos a la reflexión que hace Ordoqui (2010 p.p. 10), respecto al derecho, en cuanto se menciona que no podemos entender al Derecho, solo a partir del conjunto de leyes, ya que, como estudiantes de derecho, tenemos al igual que este autor una definición más amplia para el derecho y que podemos entenderlo como el conjunto de leyes, normas, principios y preceptos entregándonos a partir de esta definición.

El abuso de derecho es una teoría prescrita por el Francés Josserand al inicio del siglo XX. En el Ecuador, el abuso de derecho es sancionado mediante cuerpos normativos en los ámbitos civil, administrativo y penal. En términos generales, la definición de abusar es usar mal o indebidamente una cosa. Respecto a derecho debemos mencionar que el abuso del derecho es usar mal o indebidamente un derecho. Dentro de la teoría del abuso del derecho, uno de los preceptos importantes para que exista es la tipicidad, es decir, que se encuentre establecido dentro de lo que dispone el Derecho.

3.2 Teoría abuso de derecho

Prosigamos con el abuso del derecho desde su teoría, la misma que es acogida por varios autores las cuales se resumen en tres:

3.1.1. Teoría subjetiva. - Dentro de la teoría subjetiva se establece que hay abuso de derecho cuando el sujeto, en uso de su derecho subjetivo, ejerce una conducta procesal, con la intención de o con ánimo de perjudicar a otro sujeto.

3.1.2. Teoría objetiva. - En la teoría objetiva, el sujeto procesal ejerce un derecho subjetivo de forma irregular o anormal, mediante acciones abusivas dentro del procedimiento, las mismas que presentan una desviación del fin por el cual fue reconocido este principio.

3.1.3. Teoría mixta. - La teoría mixta, desde el punto de vista de la doctrina, busca considerar o inmiscuir aspectos tantos subjetivos como objetivos. A partir de esta teoría se busca establecer que no existen contraposiciones entre lo subjetivo y objetivo, en virtud de que se pueden complementar.

A continuación, es importante mencionar que cada derecho subjetivo es reconocido con el fin de poder exigirlo y cumplir cierta función; sin embargo, en muchos casos existe una desviación de este fin logrando que se configure lo que se denomina como abuso de derecho.

3.3 Requisitos para la configuración del abuso de derecho

Los requisitos que deben presentarse para que exista abuso de derecho, es la existencia de un derecho objetivo, es decir, la existencia de un derecho reconocido por el Derecho, teniendo a un titular que pueda ejercerlo.

Del mismo modo, podemos establecer que el abuso del derecho debe producir un daño que vaya en contra del derecho objetivo, este puede afectar a un tercero. La conducta que se ve reflejada en la configuración del abuso del derecho es que se actúa con dolo o culpa.

3.4 Formas en las que se podría constituir abuso del derecho

El abuso de derecho se puede presentar en la creación unilateral de un documento dentro del juicio monitorio, siempre que exista un nexo causal entre el uso del derecho y el daño ocasionado, con lo antes expuesto, mencionaremos que el abuso del derecho se puede ver configurado cuando:

Se ha hecho uso del derecho actuando con dolo o culpa, ya sea creando un documento con el fin de dañar a un tercero, usando el derecho más allá de la necesidad o fundamentando aspectos que desvíen los fines de la institución y que provocan un daño excesivo.

Asimismo, cuando por medio de artimañas jurídicas proceda a crear documentos que carezcan de validez, con el fin de cobrar una deuda o cuando el acreedor utilice documentos falsos, como por ejemplo los correos electrónicos, los cuales no pertenezcan al deudor para el cobro de dicha deuda u otros medios probatorios que por no encontrarse establecidos claramente en la norma puede permitir que un procedimiento se vea retardado o que sea innecesario.

En fin, el abuso de derecho que se da en toda prueba alterada, ya sea por el empleo de artimañas, alteración de documentos o con dolo, puede retardar indebidamente el progreso de la Litis.

3.5 Efectos del abuso de derecho

Partiendo de lo antes mencionado podemos establecer que al presentarse el denominado “abuso de derecho” se producen ciertos efectos los cuales se mencionan a continuación (García, 2016 p.p.136):

- a) El pago de costas procesales
- b) La responsabilidad civil por daños y perjuicios provenientes de dicho abuso
- c) La responsabilidad administrativa regulada en el COFJ
- d) La responsabilidad penal regulada en el COIP

Para la doctrina, el abuso de derecho se presenta cuando hay ejecución culposa de un derecho, cuando existe intención de dañar o cuando se ejerce el derecho sin interés para su titular.

En consonancia con lo antes expuesto y refiriéndonos al tema central, es importante mencionar que el artículo 356 del Código Orgánico General de procesos numeral dos inciso segundo, de una manera amplia establece que el acreedor podrá acudir al procedimiento con un documento creado unilateralmente como es el caso de la factura, siempre que esté acompañado de la prueba que haga creíble la existencia de una relación previa entre el acreedor y el deudor.

Se debe considerar como primer punto relevante la existencia del documento unilateral, que por mal uso del derecho puede traer consigo varias irregularidades por carecer de ciertas condiciones impidiendo que en este tipo de casos pueda ser aceptada la acción monitoria.

El procedimiento monitorio, tal y como lo hemos mencionado con anterioridad, es un procedimiento judicial, ya que su reclamo es ante un juez, el mismo que puede ser presentado según lo establece el artículo 357 del Código Orgánico General de Procesos mediante la demanda cumpliendo con los requisitos que

establece este cuerpo normativo o un formulario emitido por el Consejo de la Judicatura.

Este procedimiento tiene como fin exigir el pago de deudas de dinero, la cuales deben ser **líquidas** (debe ser una suma de dinero concreta); **exigible** la misma que no debe estar sujeta a condición alguna, y de **plazo vencido** que quiere decir que el plazo de pago está fuera de la fecha establecida. Dicho procedimiento debe cumplir estos requisitos de procedibilidad los cuales permitirán su avance, y que no conste dicha obligación en un **título ejecutivo**. En resumen, se supone que existe una “apariencia de deuda” donde uno de los aspectos fundamentales del procedimiento monitorio es la base documental la cual es requisito indispensable para establecer el vínculo jurídico y así demostrar la deuda.

En el numeral dos inciso segundo del artículo 356 del Código Orgánico General de Procesos, se establece la creación unilateral de un “documento”. Los documentos unilaterales son los que podrían considerarse dentro de la acción monitoria; asimismo, es importante tomar en cuenta que no hace referencia a una aceptación del deudor sino a la prueba que el acreedor debe presentar en este tipo de casos, partiendo de esto: ¿cabe establecer si basta con un indicio otorgado por el acreedor para que el juez pueda declarar que existe una obligación?

3.6 Derecho de buena fe

3.6.1 Antecedentes y concepto

En el Ecuador, la buena fe procesal se encuentra inmersa dentro de varios ámbitos jurisdiccionales, ya que no es un principio establecido para una materia específica. Podemos decir que la buena fe es un límite de relevancia jurídica para el ejercicio de los derechos, consecuentemente, la buena fe

busca evitar que de manera arbitraria, fraudulenta, engañosa o injustificada que se lleven a cabo actos de injusticia.

El derecho de buena fe está prescrito en Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 174 estableciendo que en el caso de incurrir en una conducta con mala fe procesal o un litigio malicioso, el mismo será sancionado de acuerdo con la ley. El Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 26 establece el Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal dentro de los procesos judiciales exigiendo a las juezas y los jueces, así como a los abogados y a sus partes mantener una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad.

El principio de buena fe procesal busca evitar que en un procedimiento exista cualquier artimaña o una actuación maliciosa de las cuales se puedan valer las partes procesales para obtener a toda costa la victoria del mismo. Dicho de otra manera, el derecho de buena fe busca siempre encontrar la verdad, la cual deberá siempre ser obtenida por medio de actos éticos, sin ningún engaño. (Romero, 2003 p.p 169 y 170).

Ese principio observa, de cierta manera, una lealtad hacia el juez, en vista de que el juez confía en los argumentos de las partes, así como de las pruebas que se aportan dentro del procedimiento, las mismas que permiten que se esclarezcan los sucesos o hechos que dieron inicio a la Litis y, en consecuencia, permitan la resolución certera del juez.

Asimismo, el autor García (2016 p.p 268) sostiene que tanto las partes como el juez deben ajustarse de cierto modo a una conducta de dignidad y justicia. Uno de los aspectos importantes que se busca bajo este principio es que el juez tenga la autoridad para impedir y sancionar cualquier conducta ilícita, cuando se falte el respeto por parte de cualquiera de las partes.

Todo este tipo de conductas están sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años dentro del Código Orgánico Integral Penal en su artículo 272 donde establece que la persona que con el fin de inducir a engaño a la o al

juez, en este caso dentro de un procedimiento civil por ser dentro del caso monitorio, oculte cualquier instrumento o pruebas.

3.6.2 Inobservancia del derecho de buena fe

El derecho de buena fe es un límite de orden público (Ordoqui, 2010 p.p. 65), así como es una dirección para que se lleve a cabo una conducta debida dentro de un procedimiento. Uno de los aspectos que se presentan cuando se inobserva el principio de buena fe, es que exista el uso de falsos argumentos, artimañas o cualquier medio procesal ilegítimo o en su efecto antiético que impida la defensa correcta de las partes, evitando que se dé el curso normal del desarrollo del procedimiento.

La mala fe en el campo jurídico se presenta tanto en relaciones de ámbito civil, desde la celebración de un contrato hasta su ejecución, así como la fe se puede enmarcar dentro de otras figuras jurídicas como en el caso de algunos delitos. Es importante destacar que no en todos los ámbitos se encuentra presente el principio de la buena fe, de por sí se requiere indispensablemente el ejercicio de un derecho.

Partiendo de lo antes expuesto, podemos establecer que al inobservar este principio encontramos lo que llamamos “mala fe” y que se pueden presentar ciertos actos que vulneren este principio como puede ser la afirmación de hechos que se saben que son contrarios a la realidad, así como obstrucción de alguna prueba enunciada en cualquier parte del procedimiento. De igual modo, se utilice un acto procesal fraudulento o se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del procedimiento.

Concluyendo diremos que la buena fe y el abuso de derecho son conceptos relacionados, sin embargo, no son lo mismo y donde cabe aclarar que el abuso de derecho debe estar dentro de las ramas propias del Derecho.

3.7 Abuso de derecho y la buena fe

Brevemente es importante aclarar que el abuso de derecho y la buena fe se relacionan, pero no son lo mismo por lo que no hay que confundirlos. El abuso de derecho establece sus bases, como sus límites en la buena fe, es decir, lo que supone la buena fe es proceder honesta y lealmente, lo contrario a este tipo de conductas traería consigo la mala fe, que en términos jurídicos significa ir en contra de principios, es decir, atenta contra ellos y vulneran el sentido del derecho en sí.

Existen autores que afirman “que la buena fe y el abuso son parientes ya que responden a idénticas finalidades o muy similares”. La primera distinción, pues si bien ambos conceptos se relacionan, la buena fe tiene ámbitos de aplicación que no necesariamente implican ejercicio de un derecho, cuestión que es necesaria para que se configure el abuso del derecho.

Galopini (p.p 1398), menciona que la buena fe tiene relevancia para cooperar con la determinación del alcance de la norma codificada, es decir, que la buena fe se convierte en una herramienta para cumplir la función por la que ha sido creado un derecho, limitando su desviación.

3.8 Posibles abusos del acreedor en la creación unilateral de un documento que contiene una obligación dineraria, cuyo procedimiento se rige por vía monitoria

El Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano no es muy claro en lo referente a las formas en las que se puede justificar la obligación entre acreedor y deudor cuando el documento sea creado unilateralmente, es decir, cuáles son los documentos que tienen que ser acompañados a la demanda para que el juzgador, al momento de calificar la demanda, defina que esta es clara completa, y proceda dar trámite.

El juez, dentro de un procedimiento monitorio, puede encontrarse con varios escenarios jurídicos, con base en las afirmaciones realizadas del acreedor, donde el deudor, mediante su contestación a la demanda, debe desvirtuar la relación jurídica, por ejemplo, el pago parcial de la deuda que se encuentra dentro de una factura.

En el caso mencionado al demandado al oponerse a la demanda, esto es formular excepciones, permite que el juzgador convoque 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, donde se buscará que exista un acuerdo de las partes, que en el caso de que claramente existiere abuso de derecho por parte del acreedor no sería factible el llegar a un acuerdo total o parcial, dando paso a que en la misma audiencia se disponga se practiquen pruebas anunciadas, sin embargo, es aquí que el demandado puede quedar expuesto cuando el documento que fue creado unilateralmente por el acreedor, o cuando por medio de artimañas jurídicas proceda a crear documentos que carezcan de validez, con el fin de cobrar una deuda o cuando el acreedor utilice documentos falsos, como pueden ser los correos electrónicos, los cuales no pertenezcan al deudor para el cobro de dicha deuda u otros medios probatorios que por no encontrarse establecidos claramente en la norma puede permitir que un procedimiento se vea retardado o en su efecto sea realizado innecesariamente como se lo menciono anteriormente, debiéndose demostrar la validez del documento o un pago parcial, en tal caso, en muchos casos al reflejarse este escenario y al no tener las pruebas necesarias para esto, puede permitir que el demandado se allane a la demanda o que luego de que el juzgador escuche los alegatos de las partes en la misma diligencia dicte sentencia estableciendo la procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

En base a lo mencionado en el párrafo anterior, al establecerse el pago de una deuda, que ha sido forjada a partir de artimañas jurídicas creadas por el acreedor, dejan en indefensión al supuesto deudor lo que da paso a que el

mismo deba realizar el pago o en su efecto interponer los recursos de la ampliación, aclaración y el recurso de apelación.

Cabe mencionar que, al ser condenado al pago de la deuda, también el supuesto deudor deberá pagar los intereses convencionales y de mora permitidos en el Ecuador. Asimismo, con el fin de no encontrarse en este escenario el supuesto deudor, puede realizar el pago para que ordene el archivo de este procedimiento y sus bienes no sean seas retenidos, secuestrados o embargados.

Por último, el juez al establecer que los documentos presentados por el acreedor carecen validez y que fueron forjados por medio de artimañas jurídicas, da paso a que un procedimiento se haya realizado innecesariamente por falta de regulación.

Dentro de este punto, podemos establecer como relevante que el legislador tiene un rol importante en la regulación de las normas, donde se deben configurar las normas probatorias que regirán el campo sobre el cual se realizará la actividad probatoria. Por ejemplo en la práctica de las pruebas dentro del procedimiento monitorio, evitando el abuso de derecho que puede presentarse al no existir parámetros previamente establecidos que permitan que el deudor no tenga herramientas de defensa contra el acreedor en este tipo de casos; la llamada “deuda monitoria” se encuentra condicionada a un soporte documental, la misma que versa sobre las pruebas que puedan evidenciar que existe un vínculo jurídico previo y que se encuentra en la relación al objeto de la Litis.

En el caso de los documentos creados unilateralmente por su acreedor podemos denotar que existen, de manera muy vaga, exigencias que permitan que se cumpla con este precepto, se sustituye la aceptación del deudor, como puede ser una firma o un sello, lo cual deja el camino abierto a que el acreedor pueda abusar de una manera extraordinaria del derecho a exigir de cualquier

forma el cobro de su deuda, aun invocado la norma, no con el fin de dar cumplimiento a la misma, sino con el fin de afectar a la otra parte (Martín, 2011 p.p 15).

Con base en los preceptos antes mencionados, podemos establecer que el juez, dentro del juicio monitorio, debe valorar la prueba que se ha obtenido y cómo se la ha obtenido, ya que no se puede aceptar cualquier prueba practicada dentro del procedimiento. Para ilustrar mejor el actuar del juez, debemos dirigirnos al mandato constitucional que menciona que “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación en la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Constitución de la República del Ecuador 2008 en su artículo 76 numeral 4), es decir, en el caso de que una prueba que presenta el acreedor, fuera actuada con base en la violación de lo que establece la ley carecerá de esta eficacia.

Por consiguiente, en el procedimiento monitorio existen documentos que pueden ser creados unilateralmente por el acreedor y, que de una u otra forma, puede presentar un peligro para el deudor, si no se llegase a demostrar que no son veraces.

Dentro de un procedimiento monitorio, al existir, por parte del acreedor, la creación de un documento unilateral, podemos encontrar que se puede presentar, sin duda alguna, el *Post scriptum* o también llamado ‘después de lo escrito’, que permite que el acreedor realice cualquier modificación, alteración o pueda aumentar cualquier dato que altere el documento, permitiendo que dentro del juicio monitorio pueda establecerse una relación jurídica, es decir, se realiza un acto que se cubre con apariencia jurídica, dando respuesta a una situación e interés del deudor y no de la norma.

Del mismo modo, el acreedor puede ser partícipe de invocar, dentro de un procedimiento monitorio, un derecho que solo tiene de apariencia al tener un documento previsto y amparado por la ley, pero que él no goza y que ha

sobrepasado el interés que la norma busca proteger, como es el cobro de la deuda.

En el procedimiento monitorio, puede presentarse el caso en que cualquier persona en calidad de “acreedor” ejerza un derecho subjetivo, sin tener dicha calidad y, que, a partir de esta supuesta calidad, configura un daño que puede establecerse a partir de un acto ilícito.

En el Ecuador el procedimiento monitorio, se ha incorporado a nuestro ordenamiento como una novedad jurídica, con el fin de realizar un cobro de una obligación que no se encuentra garantizada en un título ejecutivo, sin embargo es muy importante establecer y limitar el abuso de derecho a fin de que el procedimiento brinde la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica,

Con base en todos los antecedentes expuestos, puede afectarse el principio de verdad procesal, en vista de que el acreedor, en este caso, está afectando de manera directa a los elementos probatorios y de convicción que busca el juez con el fin de encontrar la verdad, tanto así, que puede darse el caso en el que el demandado tenga un derecho reconocido, pero que no pueda demostrarlo, dejando que el juez resuelva con base en lo probado.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

El procedimiento monitorio es una entelequia del derecho europeo, iniciado en Italia y perfeccionado en España. Sin embargo en el Ecuador es una novedad jurídica incorporada a través del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que entró en vigencia el 23 de mayo del 2016, derogando al Código de Procedimiento Civil, razón por la cual existe el riesgo de que al no existir regulación alguna, en los casos que el acreedor crea un documento unilateral da paso a que se presente abuso de derecho. Consecuentemente se presenta la siguiente hipótesis: Iniciar una acción sin tener una causa real y lícita para hacerlo, genera un real abuso del derecho y consecuentemente un daño a la persona que falsamente fue imputado tal calidad, como lo es en el caso del procedimiento monitorio en los casos que el acreedor hace uso indebido del derecho, con el fin de reclamar una deuda "no existente", desnaturalizando el fin de la norma.

Para que una acción pueda solicitarse por medio del procedimiento monitorio, refiriéndonos específicamente a los documentos creado unilateralmente por el acreedor, tema de este ensayo, debe dicho documento contener una obligación dineraria, 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, sin embargo, actualmente al no existir, una regulación clara sobre cuáles serían las pruebas o documentos que permitan establecer la relación jurídica, para reclamar por medio de este procedimiento, permite que se vea violentado el derecho a la seguridad jurídica, así como da paso a que se presente el abuso de derecho.

Respecto a la procedibilidad del documento unilateral para el cobro de una obligación pendiente de pago, es importante establecer que ningún procedimiento estará exento de que se soliciten peritajes, con el fin de que se esclarezca si el documento, no tiene modificación lo que dará paso a que se

presenten en reiteradas ocasiones dilatorias al proceso, así mismo al no existir regulación en las pruebas que puedan utilizarse, con el fin de demostrar la relación jurídica, cuando un documento haya sido creado unilateralmente por el acreedor, permitirá que en muchos casos se abuse del derecho, permitiendo que acto procesal fraudulento entorpezca el desarrollo normal del proceso.

Dentro del presente ensayo académico se pudo demostrar que dentro del procedimiento monitorio, cuando el acreedor crea un documento unilateral, por no existir una regulación respecto a este tema da paso a que se den varios escenarios jurídicos, que pueden confundir al juzgador y en su efecto perjudicar al deudor corre el riesgo de que el acreedor realice cualquier modificación, alteración, o pueda aumentar cualquier dato que altere el documento, permitiendo que dentro del juicio monitorio, pueda establecerse una relación jurídica.

4.2 Recomendaciones

- Se regule las pruebas que puedan presentarse dentro del procedimiento monitorio, cuando el documento ha sido creado unilateralmente por el acreedor.

Se solicite Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador que emita una resolución respecto a las pruebas que deben presentarse , en los casos en que el acreedor cree unilateralmente un documento, dentro de un procedimiento monitorio, en base a la facultad establecida en numeral 6 del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial para expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Referencias

- Abel, X., & Pico, J. (2006). Aspectos Prácticos de la Prueba Civil. España: BOSCH EDITOR.
- Abel, X., & Pico, J. (2007). Objeto y Carga de la Prueba Civil. España: BOSCH EDITOR.
- Calamandrei, P. (1946). *El Procedimiento Monitorio*, Bs. As. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina.
- Cedeño, M. (2007). El proceso monitorio en el ordenamiento español: un cauce para la eficaz protección del crédito. En A. Oliva. (Coor.). *Proceso civil: hacia una justicia civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Couture, E. (1993). Vocabulario Jurídico. Buenos Aires: Ed. Palma.
- Corporación MYL. (2015). *MANUAL PRÁCTICO LEGAL ECUATORIANO*. Quito: Ediciones Legales.
- Código Civil*. (2005). Registro Oficial 46, Suplemento, de 10 de mayo de 2005. Reformas en Registro Oficial 526, Suplemento, de 19 de junio de 2015. Quito.
- Código Orgánico General de Procesos*. (2015). Registro Oficial 506, Suplemento, de 22 de mayo de 2015. Quito.
- Código de Procedimiento Civil*. (2005). Registro Oficial 58, Suplemento, de 26 de abril de 2005. Derogado en Registro Oficial 506, Suplemento, de 22 de mayo de 2015. Quito.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Reformas en Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011. Montecristi.
- Delgado, J., & Morales, P. (2016). *Problemas de diseño del monitorio civil chileno: lecciones para compartir*. Medellín: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.
- Devis, E (2015) *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Estevez, J. (2017, Abril 14). *Sobre el Concepto de "Naturaleza Jurídica"*. Retrieved from Dialnet - Universidad de la Rioja: Recuperado el 15 de

mayo de 2017 de

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>

- García J. (2016). Análisis Jurídico Teórico Práctico del Código General de Procesos.
- Gisbert Pomata, M. (2010). *Los Procesos para el cobro de deudas: Monitorio, Cambiario, Monitorio Europeo y Europeo de Escasa Cuantía*. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Ley de Enjuiciamiento Civil*. (2000). Boletín Oficial del Estado de 8 de enero de 2000. España.
- Manassero, A. (2010). Procedimiento monitorio. Una alternativa a la celeridad procesal. En P. de la Fuente. (Coor.). Estudios de derecho procesal civil. Chile: Librotecnia.
- Martínez, J. (1990). *El Procedimiento Monitorio en el Código Procesal Civil, Modelo para Iberoamérica*. La Plata: Revista JUS.
- Ordoqui.G (2010). *Abuso de Derecho. Civil, Comercial, Procesal, Laboral y Administrativo*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Pérez, Á. (2017, 02 28). *Revista De Derecho: Valdivia, Universidad Austral De Chile*. Retrieved From En Torno Al Procedimiento Monitorio Desde El Derecho Procesal Comparado Europeo: Caracterización, Elementos Esenciales Y Accidentales: recuperado el 15 de mayo de 2017 de http://www.derecho.uach.cl/documentos/REVISTA_DERECHO_XXIX_N2.pdf
- Picó, J. (2014, 3 25). *Revista Páginas de Direito*. Retrieved from El Procedimiento Monitorio, una Visión Española y Europea de la Tutela Rápida del Crédito: Recuperado el 14 de mayo de 2017 de <http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6458-el-procedimiento-monitorio-una-vision-espanola-y-europea-de-la-tutela-rapida-del-credito>
- Romero, E (1993) *El Abuso del Derecho*. Guayaquil: ED. Edino
- Saiz, M (1981) *El Abuso del Derecho*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

