



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

Informe final de investigación.

Previo a la Obtención del Título de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR.**

Tema:

CASO N° 13334-2017-00318, por contrato de mutuo o préstamo de consumo
propuesto por Banco Pichincha C.A en contra de Loor Intriago José Sigifredo: “La
vulneración de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, en
el cobro de las obligaciones de plazo vencido”.

Autores:

Cruzatty Ramírez Xavier Alexander.

Vinces Chancay Rodrigo Jipson.

Tutor:

Abg. Chavarría Mendoza Carlos Alberto.

Portoviejo - Manabí – Ecuador.

2018.

Cesión de derechos de autor.

Cruzatty Ramírez Xavier Alexander y Vinces Chancay Rodrigo Jipson, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo de investigativo: “CASO N° 13334-2017-00318, por contrato de mutuo o préstamo de consumo propuesto por Banco Pichincha C.A en contra de Loor Intriago José Sigifredo: “La vulneración de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, en el cobro de las obligaciones de plazo vencido”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 26, julio, 2018.

Cruzatty Ramírez Xavier Alexander
C.C.
AUTOR.

Vinces Chancay Rodrigo Jipson
C.C.
AUTOR.

ÍNDICE

Cesión de derechos de autor.	II
INTRODUCCIÓN.	1
MARCO TEÓRICO.....	4
1.1. El título ejecutivo.....	4
1.2. Requisitos del título ejecutivo	5
1.3. Clases de títulos ejecutivos	6
1.4. Los documentos legalmente reconocidos, como títulos ejecutivos.....	7
1.5. Contrato de mutuo o préstamo de consumo como título ejecutivo.	10
1.6. El procedimiento ejecutivo.....	12
1.7. El debido proceso en los juicios ejecutivos.....	16
2. ANALISIS DEL CASO.....	19
2.1. Análisis del caso: hechos fácticos.	19
2.1.1. Resolución de primer nivel.....	22
2.1.1. Resolución de segunda instancia que declara con lugar la demanda.	39
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA	50

INTRODUCCIÓN.

En el presente estudio de caso se ejecuta un análisis profundo de los elementos para que opere el proceso ejecutivo dentro de lo procesal civil, la línea de investigación está enfocada en el estudio de la obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible del título ejecutivo, y del contrato de mutuo acuerdo o consumo como título ejecutivo; para la procedencia el mencionado procedimiento.

Es importante la realización del presente estudio de caso por cuanto, se estudia a varias figuras del derecho civil y procesal civil como lo son el contrato de mutuo y las obligaciones. Al celebrar un contrato como lo dice la definición de éste las partes que intervienen se obligan entre sí, así las obligaciones civiles según el Código Civil Ecuatoriano son las que dan derecho para exigir su cumplimiento.

Los contratos en materia civil se encuentran determinados en cuanto a las obligaciones y a los actos de declaración de voluntad de las partes contratantes. Siendo la materia civil de estricta aplicación en materia privada, rige en ellos la voluntad de las partes constituida de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1561 del C.C., es una ley para los contratantes, esta disposición como un efecto de las obligaciones.

Del mismo modo dentro del derecho privado constan las acciones ejecutivas, que como en este caso se originan por el contrato de mutuo o préstamo que al ser un documento reconocido legalmente se convierte en un título ejecutivo.

Es significativo realizar al análisis en el ámbito procesal de la procedencia de la acción ejecutiva, en el sentido de que la ley obliga a que los jueces analicen la acción que es la demanda y el título conjuntamente, y esto se debe, a que en este tipo de juicios generalmente no se adentra la cuestión de fondo, de las relaciones de carácter jurídico, lo que pretende esta vía, es hacer efectivo lo que consta en dicho título, que como menciona la ley posee fuerza ejecutoria. El juicio ejecutivo, como se establece en el Código procesal es de carácter sumario, es decir es un proceso que ha de ser corto, y no extenso, se sustenta en la celeridad procesal, no es extenso como un ordinario porque aquí se pretende hacer efectivo un documento con fuerza compulsiva especial.

Es por esta razón la exigencia de calificar el título y el mismo procede tal como lo determina el Artículo 348 del Código Orgánico General de Procesos, (COGEP). Es importante destacar que las obligaciones pueden tener diferentes fuentes, en el presente caso la obligación se encuentra contenido en el contrato de mutuo.

El Artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos, (COGEP) determina: “Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer... (...) 3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial”. El documento base de esta acción es el contrato de mutuo que contiene un contrato es ley para las partes.

El presente estudio de caso, a más de hacer un análisis respecto del contrato de mutuo como título ejecutivo, también se basa en analizar a la administración de Justicia, pues, si bien es cierto, en los estudios de caso no se busca analizar la

actuación de un Juez, no es menos cierto que con las actuaciones de éstos, cuando no lo hacen en derecho, se vulneran derechos y garantías.

Los operadores de Justicia, han de actuar según se los ordena la Constitución y la ley, para que se respete el derecho de las partes y las garantías que otorga la Norma Suprema. También se hace un enfoque a la valoración de la prueba en este proceso, que también, directamente tiene elación con los jueces.

Con el presente estudio se pretende llegar a los estudiantes y futuros egresados de la carrera, que sirva como fuente y pueda aportar de sus conocimientos en el camino de la formación académica y al culminarla, se expone como es la práctica de la justicia en este tipo de casos ahora en este nuevo sistema oral implantado con el Código Orgánico General de Procesos.

1. MARCO TEÓRICO.

1.1. El título ejecutivo.

El título ejecutivo es un documento, el cual cumple solemnidades o requisitos que le otorga la ley para que sea denominado y circulado como tal, este documento es un instrumento legal que acredita una deuda, es legal, por cuanto, ha sido creado por la ley y sus requisitos, características y procedencia como prueba a un juicio es regulado por el ordenamiento jurídico.

Doctrinalmente el título ejecutivo ha sido definido por varios juristas, para Velasco¹: “el Título Ejecutivo se ha creado a favor del Estado y de los acreedores, tendiente a facilitar la ejecución de las obligaciones de dar, o hacer alguna cosa” (Velasco, 1994, p.40).

De la definición anterior se tiene entonces, que, este instrumento contiene la obligación de dar o hacer, algo importante y característico del título ejecutivo, es que cuando cumple con todos los requisitos que determina la ley éste constituye prueba plena.

El jurista Carnelutti² respecto a lo manifestado, en una de sus obras ha impreso que: “Es una combinación de hecho jurídico y prueba, una prueba que vale como un hecho y un hecho que consiste en una prueba” (Carnelutti, s/f, p. 93).

¹ Velasco, Emilio. (1994). *Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo*. Primera Edición. Tomo III. Quito, Ecuador: Editorial S.A. Pudeleco.

² Carnelutti, F. (s/f). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas “Europa-America.

De lo antes expuesto se entiende que, en el ámbito jurídico el título ejecutivo no es considerado únicamente como un documento que evidencia una obligación, como lo menciona el autor es la prueba de un hecho, hecho que es jurídico, es decir, legal, del que se han obligado las partes.

El título ejecutivo legalmente es además, una herramienta por la cual, logra constatar la labor del órgano jurisdiccional que lo administra, pues, como se ha venido mencionando el título ejecutivo contiene una eficacia probatoria, la misma que permite el desarrollo de las funciones determinadas, para su cumplimiento y eficacia.

Para el jurista Espinosa³ (1965), título ejecutivo es:

Aquel documento que da cuenta de un derecho indubitable, el mismo que se halla revestido por la ley misma para que su cumplimiento sea exigido de forma coercitiva respecto de la obligación en él contenida. La ley confiere mérito ejecutivo a determinados títulos en atención al carácter de autenticidad que ellos revisten. (p.14).

Entonces de acuerdo con las aportaciones de los juristas queda en claro que los títulos ejecutivos presumen su autenticidad sin que sea necesario la comprobación de su valor, ya que, basta que se lo presente en un juicio y que reúna todos los requisitos como tal, para que la obligación que se halla contenida en él consiga ser ejecutada.

1.2. Requisitos del título ejecutivo.

Como se mencionó en el apartado anterior, un título es ejecutivo cuando cumple con ciertos requisitos que se encuentran establecidos en la ley para su

³ Espinosa, Raúl. (1965): *Manual de Procedimiento Civil: El Juicio Ejecutivo*. 6ta edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile.

procedencia en un juicio ejecutivo, el COGEP, norma procesal en donde se sustancia el cobro de títulos ejecutivos; en su artículo 348 claramente expresa que el título debe contener la obligación de dar o hacer.

Según el artículo mencionado, la obligación de dar o hacer debe de ser que esté contenida en el título presentado debe reunir los requisitos de: clara, pura, determinada y actualmente exigible. Concordando con ello, Ramírez⁴ (2008) expone:

Claras.- Es decir precisas que no ofrezcan dudas en cuanto a su elemento.

Determinadas.- es decir deben precisar que la obligación sea ejecutable, que se conozca con precisión cual es la prestación que debe el deudor.

Líquidas.- La obligación tiene que ser clara y cierta en su cantidad o valor.

Puras.- Obligación pura y simple es aquella que produce sus efectos desde que se contrae.

Actualmente exigible o de plazo vencido.- Puede existir plazo previsto para el cumplimiento de una obligación (p.23)

1.3. Clases de títulos ejecutivos.

Los títulos ejecutivos, los cuales son procedentes para un juicio ejecutivo; en la legislación ecuatoriana se encuentran perfectamente puntualizados y detallados en la normativa Civil y Procesal Civil, es así que, el artículo 347 del COGEP (2008)⁵ menciona que son Títulos ejecutivos, irrecusablemente siempre que contengan obligaciones de dar o hacer los siguientes:

1. Declaración de parte hecha con juramento ante una o un juzgado competente.
2. Copia y la compulsas auténticas de las escrituras públicas.
3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial.
4. Letras de cambio.
5. Pagarés a la orden.

⁴ Ramírez Carlos. (2008). *Curso de Legislación Mercantil*. 4ta edición. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Particular de Loja.

⁵ Código Orgánico General De Procesos. (2015). *Registro Oficial N° 506*. Quito: CEP.

6. Testamentos.
7. Transacción extrajudicial.
8. Los demás a los que otras leyes otorguen el carácter de títulos ejecutivos.
(p.82).

Dentro de éstos que son considerados títulos ejecutivos para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, en el numeral tres del artículo registrado se hallan los documentos privados legalmente reconocidos, uno de estos contratos y del cual se hará referencia más adelante es el contrato de mutuo o préstamo de consumo.

1.4. Los documentos legalmente reconocidos, como títulos ejecutivos.

La ley procesal es clara al indicar que estos documentos que son reconocidos legalmente, esto es por una autoridad como un Notario por ejemplo, si reúnen los requisitos y la obligación de dar o hacer, son considerados títulos ejecutivos, fehacientemente un contrato puede transformarse en un título ejecutivo, pues, los contratos se encuentran entre las fuentes de las obligaciones.

Lo antedicho se constata en lo establecido en el Libro Cuarto del Código Civil ecuatoriano, lleva por título “de las obligaciones en general y de los contratos.” Este indica claramente que son dos grandes capítulos que se estudian en éste libro: La Teoría General de las obligaciones: su concepto, sus fuentes, clasificaciones, efectos, modos de extinción y prueba.

La legislación ecuatoriana basándose en el Derecho Romano reconoce cinco fuentes de las obligaciones, estas fuentes son reconocidas no solamente por la ley, sino además por la doctrina y la jurisprudencia, pues, existen fallos de triple

reiteración que así lo establecen, las fuentes de las obligaciones mencionadas son las siguientes:

Los contratos.

Los cuasicontratos.

Los delitos.

Los cuasidelitos.

De estas fuentes registradas se hace un breve enfoque a los contratos, en razón de que, el estudio de caso analizado proviene de un juicio en donde el documento en que se basa el mismo es un contrato de mutuo o préstamo de consumo, que como lo establece el artículo mencionado del Código Orgánico General de Procesos, se encuadra al tipo de documento privado contenido en el numeral tercero para acreditarse como título ejecutivo.

Los contratos contienen obligaciones, pues su naturaleza jurídica es una fuente de obligación, generalmente los contratos suelen ser bilaterales es de decir, la obligación es de parte y parte y también los hay unilaterales donde solo una parte tiene obligaciones. El artículo 1454 del Código Civil el contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

Para Alessandri Alessandri⁶ (2011) “Es el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar,

⁶ Alessandri, Arturo. (2011). *De los Contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos S. A.

regular o extinguir obligaciones con contenido patrimonial y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia” (p.4).

Los contratos se dividen por su naturaleza, por su forma y demás especificación estos pueden ser:

- Contrato unilateral y bilateral.- Su definición y particularidades se hayan establecidas en el artículo 1455 del Código Civil.
- Contrato gratuito y oneroso, y este último es conmutativo o aleatorio.- Éstos tienen su fundamento legal en los artículos 1456 y 1457 del Código Civil.
- Contrato principal y accesorio.- Se encuentran en la normativa civil ecuatoriana en el artículo 1458.
- Contrato real, solemne y consensual, la normativa en materia de contratos hace referencia a éstos en el artículo 1459 del Código Civil.

Respecto del contrato oneroso, del cual se hace una pequeña referencia que va direccionada al estudio de caso, Borda⁷ (2008), menciona:

Contratos a título oneroso son aquellos que obligan a los contratantes a dar o hacer alguna cosa, en los cuales cada una de las partes estipula de la otra una prestación a cambio de la que ella le promete. Ejemplo: préstamo de consumo, mandato la misma compraventa, pues el vendedor recibe el provecho del precio y a la vez entrega la cosa, y viceversa, el comprador recibe el provecho de recibir la cosa y el gravamen de pagar. (p.26).

Los contratos contienen así mismo consecuencias jurídicas, que se originan desde el mismo momento en que son firmados por las partes que intervienen. Para Sánchez⁸ (1993):

⁷ Borda, G. (2008). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. 21 ed. S.L: Editorial Fondo Editorial de Derecho y Economía

Los efectos del contrato son las consecuencias jurídicas que dimanen de este, efectos que se producen ordinariamente al momento mismo en que se perfecciona el contrato (nacimiento o transmisión de obligaciones y transmisión o constitución de derechos reales); pero que también se generan en ocasiones hasta que se ejecuta el contrato, como ocurre, por ejemplo, en el caso en que las obligaciones quedan sujetas a un término o a una condición, o bien, en el contrato de fianza en el que el fiador adquiere ciertos derechos contra el deudor principal (las acciones de reembolso y de subrogación) solamente hasta que haga el pago el propio fiador al acreedor de dicho deudor. (p.14).

La obligación que se adquiere en un contrato entonces es obligatorio. El Código Civil Ecuatoriano, en el artículo 1561, establece que el contrato constituye ley para las partes por ende es de cumplimiento obligatorio al tratarse de una ley.

1.5. Contrato de mutuo o préstamo de consumo como título ejecutivo.

Una vez que se ha establecido que un contrato suele ser un documento legalmente reconocido y que puede transformarse en un título ejecutivo siempre y cuando contengan los requisitos y obligaciones ya mencionadas, es significativo hacer referencia al contrato de mutuo o préstamo de consumo como título ejecutivo, debido a que, el estudio en específico recae sobre éste como título ejecutivo.

Se considera importante entender el significado de la palabra mutuo, es decir, su etimología: Según Murillo⁹: “El término mutuum deriva de mutare (cambiar) y probablemente significa cambio, esto es, entregar ciertas cosas para recibir otras de igual valor” (Murillo, 1993, párr. 1).

⁸ Sánchez, R. (1993). *Teoría general del contrato*. México: Editorial Porrúa.

⁹ Murillo, Mónica. (2016). *La hipoteca y su incidencia como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la unidad judicial civil y mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015*. [en línea]. Consultado: [29, junio, 2018] en: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/2759/1/UNACH-FCP-DER-2016-0034.pdf>

El artículo 2099 del Código Civil¹⁰ ecuatoriano al definir al mutuo expone:
“Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad (C.C, 2015).

Revisando a Larrea Holguín¹¹ (2008), imprime que:

El mutuo puede ser gratuito u oneroso. Históricamente es posible que haya surgido primero el mutuo gratuito y sólo posteriormente se inventaron los intereses. Contra éstos, existió mucho tiempo un verdadero prejuicio: se solía decir que el dinero no pare dinero, que es de por sí improductivo.(p. 376)

Cabe indicar que el mutuo puede ser civil o mercantil, Cepeda¹², (2017)
menciona:

El contrato de mutuo civil y el comercial, comparten características similares en su esencia, como son la entrega de una cosa fungible por parte del mutuante y la obligación de restitución de una cosa de iguales características por parte del mutuario, luego de transcurrido el plazo estipulado. La legislación civil ecuatoriana, distingue la existencia del contrato de mutuo civil y el contrato de mutuo mercantil al punto que el primero es tratado en el Código Civil y el segundo en el Código de Comercio; la diferencia radica en que, para que sea mercantil debe estipularse en el mismo que será usado para actos de comercio.(p.47).

En el Ecuador, en práctica el contrato de mutuo generalmente es otorgado por los bancos para conceder préstamos, habitualmente el mutuo o préstamo de consumo es formalizado mediante un contrato, que es reconocido por un notario, en el mismo que se deja establecido el monto del préstamo, la tasa de interés, cláusulas respecto de

¹⁰ Ecuador. (2005). *Codificación del Código Civil: Registro Oficial, Suplemento, No. 46*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.

¹¹ Larrea, Juan. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen VIII. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

¹² Cepeda Pazmiño, Carmen. (2017). *La teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana*. [en línea]. Consultado: [29, junio, 2018]. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5458/1/T2170-MDEM-Cepeda-La%20teoria.pdf>

la forma de pago, terminación del contrato, etc., es decir, los derechos y obligaciones que adquieren al momento de firmarlo las partes, esto es; acreedor y deudor.

Citando nuevamente la obra de Larrea, de los contratos de mutuo hace un énfasis respecto de la obligación que tiene el mutuario de devolver el préstamo que ha adquirido, ello lo indica como parte esencial del contrato: Imprime Larrea¹³ “Esta devolución o pago debe hacerse en igual cantidad y calidad de las cosas recibidas, y debe hacerse al mismo mutuante o a quien le represente o suceda” (Larrea, 2008, p. 375).

Entonces, de las definiciones legales y doctrinales, se desprende que el mutuo es un contrato privado que contiene solemnidades y formalidades, al ser un contrato privado reconocido legalmente, pasa a ser un título ejecutivo, así lo determina la ley procesal.

Como título ejecutivo, contiene las obligaciones que ese carácter le exige, es decir, posee la obligación de dar o hacer, esta obligación que consecuentemente para que proceda por la vía ejecutiva ha de ser clara, pura y exigible o de plazo vencido como lo menciona la doctrina y la jurisprudencia.

1.6. El procedimiento ejecutivo.

¹³ Larrea, Juan. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen VIII. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

Por procedimiento varios autores han esclarecido que debe entenderse como tal al conjunto de acciones que se tramitan de acuerdo a la naturaleza de una acción, así, Alcalá¹⁴ (2013), enseña que:

El procedimiento se compone de la serie de actuaciones o diligencias sustanciadas o tramitadas según el orden y la forma prescritos en cada caso por el legislador y relacionadas y ligadas entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. (p.67).

En otras palabras, el procedimiento es la manera de proceder en justicia, o formalidades y diligencias revestidas de solemnidades con que se proponen, contienden y resuelven las pretensiones de las partes que litigan ante los las autoridades judiciales o administrativas.

Por esta vía o procedimiento se sustancian los casos específicos que establece la codificación procesal. Revisando en específico ahora, lo que es y significa doctrinalmente el proceso ejecutivo se menciona a Cornejo¹⁵ (2016), quien exterioriza que este es:

El Proceso que deviene de la estructura tradicional del Derecho de las obligaciones, ya que se construye sobre el postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual los particulares, personas, en tanto sujetos de derechos y obligaciones, pueden celebrar convenciones con sus semejantes, a efectos de regular las relaciones que los vinculan, en plano de igualdad. No obstante el procedimiento ejecutivo es un procedimiento de naturaleza contencioso de aplicación general o especial que tiene por objeto, velar por el pleno cumplimiento de una obligación indubitada, que el deudor no cumplió oportunamente. (p.1)

Revisando a Palacio¹⁶ (1997)

¹⁴ Alcalá, Z. (2013). *Derecho Procesal Civil*. S.L: Editorial Monsalve.

¹⁵ Cornejo Aguilar, Sebastián. (2008). *El procedimiento ejecutivo en el COGEP*. [en línea]. Consultado: [01, julio, 2018] en: <https://www.derechoecuador.com/el-procedimiento-ejecutivo-en-el-cogep>

¹⁶ Palacio, Enrique. (1997). *Manual de derecho procesal civil*. 13ra edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.

El procedimiento ejecutivo está ubicado dentro de los procesos de ejecución, en virtud de que a través de este procedimiento no se pretende que el órgano jurisdiccional dilucide o declare, mediante la aplicación de normas de derecho pertinentes a los hechos expuestos y discutidos, el alcance de la situación jurídica existente entre las partes, las cuales son características propias del proceso de conocimiento. (p.7).

En el COGEP, del artículo 348 al 355 se encuentra establecido las normas como ha de sustanciarse el procedimiento ejecutivo desde su procedencia, como ha de contestarse la demanda, las excepciones propias de este procedimiento, que son muy diferentes a las previas, como debe efectuarse la audiencia, hasta la denegación de la acción por esta vía.

El procedimiento ejecutivo que se enmarca en el COGEP, radica o tiene su naturaleza a raíz del título ejecutivo, es tanto así que la misma norma ordena que el Juzgador previo a calificar una demanda ejecutiva revise si el título que se apareja a la demanda contiene los requisitos de ejecutivo para su procedencia.

Dentro del derecho civil y mercantil encontramos a los títulos ejecutivos, tales como letras de cambio, pagares a la orden, documentos privados, entre los demás que se detallan en el COGEP, para realizar el cobro de uno de estos títulos se deben cumplir con las reglas que se establecen en la ley sobre como sustanciar el proceso ejecutivo.

Para poder iniciar un juicio ejecutivo, se debe tener el documento denominado “título ejecutivo” que indique claramente la existencia de una deuda vencida. En la práctica se requiere ser especialmente cuidadoso revisando un título ejecutivo, esta

revisión antes de la admisión a trámite le corresponde únicamente al Juez que conoce de la causa.

El título ejecutivo, tiene determinadas características exigidas por la ley; a falta de cualquiera de ellas, se pierde la ventaja de poder plantear un juicio ejecutivo, o como la misma ley lo menciona se deniega el procedimiento, la demanda a trámite, es decir de desnaturaliza al documento aparejado como título.

El procedimiento ejecutivo, como todos los procedimientos única con la demanda, que como publica Couture¹⁷: “es el acto procesal introducido de la instancia por virtud del cual el actor somete a su pretensión al Juez, con las formas requeridas por la ley, pidiendo una sentencia favorable a su interés” (Couture, 1997, p.68).

La demanda pues, es donde comienza el ejercicio de la acción. Gómez¹⁸ señala que la demanda es “el primer acto de ejercicio de la acción, mediante el cual, el pretensor acude ante los tribunales persiguiendo que se le satisfaga su pretensión” (Cipriano, 2013).

El Juez civil al que le llega el conocimiento de la demanda ejecutiva, previo a calificar y admitirla a trámite se asegura que el título que se adjunta cumpla con los requisitos, una vez que la admite dispone a citar al demandado con la demanda.

La calificación se la hace dentro de los cinco días luego de presentada la demanda, se cita y se le da un término de quince días al demandado para que conteste

¹⁷ Couture, Eduardo. (1997). *Fundamentos del Derecho Procesal*. 3era edición. S.L: Editorial Depalma.

¹⁸ Gómez, Cipriano. (2013). *Derecho procesal Civil*. 2da edición. Bogotá: Editorial Temis.

la demanda y deduzca sus excepciones, sean previas o las determinadas para este tipo de procedimiento.

Cumplida estas diligencia, el Juez procede a convoca a la audiencia única en que consta de dos fases, en la misma que se resuelve el litigio respecto del título ejecutivo de y de la obligación que se encuentra contenida en él, cualquiera que sea el título que éste dentro de los que señala la ley.

1.7. El debido proceso en los juicios ejecutivos.

1.7.1. Garantía del cumplimiento de las normas.

El debido proceso es un garantía de carácter constitucional que se debe aplicar en todos los procedimientos judiciales, independientemente de la vía o la materia que sea, el titulo menciona a el debido proceso en los juicios ejecutivos en razón de que una de las garantías de éste es el cumplimiento de las normas, garantías que se considera se ha vulnerado en este caso.

La garantía del cumplimiento de la normas, hace referencia a que las autoridades deben cumplir lo que una norma ordena, lo que esta descrita en ella. La Constitución¹⁹ en su Artículo 76, ordena que:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

¹⁹ Asamblea Nacional Consituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi. Editorial Jurídica del Ecuador.

Cabanellas²⁰ (2010), en su diccionario jurídico ha impreso que:

La aplicación de las normas del debido proceso responde a una garantía de carácter constitucional que ordena que en todos los procesos se respeten y apliquen principios básicos inmersos en estas garantías. Las garantías constitucionales han sido definidas como: “Conjunto de declaraciones, medios y recursos con que los textos Constitucionales aseguran a todos los individuos o ciudadanos el disfrute y ejercicio de los derechos públicos y privados fundamentales que se les reconocen (p. 178).

Entre estas garantías tenemos la del debido proceso enmarcadas en la Constitución en su art 76. El concepto de Debido Proceso, como ha enseñado el jurista García²¹: “presupone el derecho de toda persona a recurrir al juez, mediante un proceso en el que se respeten todas las garantías, con el fin de obtener una resolución motivada, que sea conforme a derecho (p. 216).

El debido proceso es un derecho constitucional, así lo expone la misma Constitución, en este sentido; Cueva²² (2001) expresa:

El debido proceso actúa en forma universal dentro de todo el sistema jurídico y puede ser invocado por los ciudadanos que se consideran afectados por los órganos del poder. Es un derecho establecido, no a favor del Estado, sino de los sujetos que lo conforman. El debido proceso es el escudo protector de los ciudadanos y del sistema jurídico. Debe ser observado y practicado en los procesos judiciales, legislativos y administrativos para que una sentencia, una ley o una resolución tengan validez jurídica. (p.62).

Para Zambrano²³ (2005):

Admitimos que el principio del debido proceso es un principio general del derecho y por tanto fuente de derecho procesal y del derecho sustantivo o material, informador de todos los órganos jurisdiccionales, y vinculante al legislador y a la jurisprudencia constitucional y ordinaria (p.48.).

²⁰Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

²¹ García Morillo. (1994). *Derecho Constitucional*. Vol. 1. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch

²² Cueva, Luis. (2001). *El Debido Proceso*. Quito, Ecuador: Editorial Ediciones Cueva Carrión.

²³ Zambrano Pasquel, Alfonso. (2005). *Proceso penal y garantías constitucionales*. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.

Para Sarango²⁴ (2008), en sentido de las normas del debido proceso como pertenecientes a la garantía Constitucional ha dicho:

Cuando se habla del debido proceso como garantía constitucional hay que insistir en que apareció junto con la protección de los derechos humanos; esto es, el derecho a tener jueces imparciales, a ser oído en todas las instancias y a tener un proceso justo y observando el respeto a todas las garantías fundamentales (p.15).

El debido proceso ha de estar presente en todos los casos, en todas las etapas, en todas las diligencias, pruebas, etc., pues, la aplicación del debido proceso refleja una verdadera justicia por parte de la administración, y supone el respeto de los derechos de los sujetos procesales.

Según los autores mencionados, el debido proceso no es considerado únicamente como una garantía procesal, sino que también es denominada como un principio de derecho en general, se considera que es la fuente misma del derecho procesal, por ello su importancia y observación en todos los procesos.

²⁴ Sarango Aguirre, Hermes. (2008). *El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones/sentencias judiciales*. Tesis de Maestría. [en línea]. Consultado: [02, julio, 2018] en:<http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/422/1/T627-MDE-Sarango-El%20debido%20proceso%20y%20el%20principio%20de%20motivaci%C3%B3n%20de%20las%20re-soluciones....pdf>

2. ANALISIS DEL CASO.

2.1. Análisis del caso: hechos fácticos.

En el presente capítulo, se hace el respectivo análisis jurídico del caso elegido por estos investigadores, para ello se procede en primer lugar a indicar los hechos fácticos del caso sin emitir en este apartado ningún juicio de valor, hasta entrar en el análisis concreto.

El presente caso inicia con la interposición de la demanda ejecutiva con fecha 17 de abril de 2017, el accionante es el Banco del Pichincha que por medio de su procurador jurídico manifiesta que demanda al señor José Sigifredo Loor Intriago, en la narración de los hechos de su demanda indica que:

Con el demandado suscribieron un contrato de Mutuo o Préstamo que se acompaña en original, el cual se encuentra reconocido y legalizado por Notaria Pública por la suma de \$45.000,00, obligándose a pagarlos en 2535 días más los intereses legales pactados, y en la actualidad se encuentran vencidos desde la cuota 39 de fecha 25 de agosto del 2016, del monto dado en crédito.

La entidad bancaria, como pruebas anexa:

1. El contrato de mutuo firmado entre las partes
2. La tabla informativa del contrato suscrita por las partes.
3. Solicitud de crédito firmada por el accionado
4. La liquidación de cartera.

La mencionada demanda, fue aceptada a trámite mediante auto dictado el 25 de abril del 2017 a las 09h14, en donde la Juez manifiesta que acepta la demanda a

trámite por constituirse el título aparejado como ejecutivo por contener la obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible, disponiéndose citar concediéndole el término de 15 días para que diera contestación a la demanda.

El accionado fue legal y debidamente citado, y en su contestación sobre los hechos manifiesta que no está en mora, que ha cancelado 38 dividendos mensuales, deduce como excepciones: 1) la acción no es ejecutiva ya que no existe la declaratoria de plazo vencido, 2) extinción parcial de la deuda ya que no se ha tomado en cuenta los abonos que suman la cantidad de \$2.000,00 realizados el 25 de mayo del 2017 que fueron depositados en el Banco del cual anuncia que mostrará los depósitos como prueba.

Menciona que además no está en mora por la Disposición Transitoria séptima de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana que se dio después del terremoto donde se indica que se diferirán al final del período originalmente pactado los pagos y cuotas de capital e intereses que correspondan a los meses de abril, mayo y junio del 2016 por concepto de obligaciones financieras que hayan sido contraídas en el sistema financiero nacional por personas naturales o jurídicas.

Contestada la demanda, se convocó a audiencia única a la cual acudieron ambas partes procesales la que se dio en sus dos etapas, en la etapa probatoria el actor practica como prueba principalmente el original del contrato de mutuo, la tabla informativa del contrato que contiene las cuotas, valores y fechas en las que debían ser

canceladas y la liquidación de cartera que declara el saldo insoluto del capital absoluto que se determina luego de la declaratoria de plazo vencido de la obligación.

La juez de primer nivel resuelve declarar sin lugar la demanda indicando que el título no constituye de ejecutivo por cuanto no existe la declaratoria de plazo vencido, aunque hace referencia a lo que se estipula en la cláusula dos del contrato aparejado a la demanda.

Sobre la cláusula dos del contrato aparejado a la demanda, dice que si el Banco Pichincha podrá declarar anticipadamente de plazo vencido la totalidad del préstamo y demandar, mas sin embargo de autos, ni se ha presentado ningún documento ni se ha alegado declarando de plazo vencido el documento materia de la Litis a más que de la documentación.

Indica que, se puede evidenciar que a la fecha de presentación el señor Loor no se encontraba adeudando, según en primera instancia, por mandato de una disposición transitoria de la emitida Ley de Solidaridad por el terremoto del 16^a, al deudor no se le podría constituir mora.

Menciona que efectivamente, la parte actora justificó los abonos parciales realizados una vez declarado en mora el crédito esto de fecha 25 de agosto del 2016, dice además, que es importante tomar en cuenta que cuando existe declaración anticipada de plazo vencido, la fecha del vencimiento es la de la declaración lo que es particularmente importante para efectos de liquidación. Lo que en el caso en particular no ha ocurrido, ya que no existe la declaratoria de plazo vencido.

Posteriormente el Banco al no estar de acuerdo con el fallo de primera instancia propone recurso de apelación a los jueces de la sala de lo civil de la Corte de Manabí, en la Sala los jueces desechan las expresiones propuestas por el demandado y en su lugar declara con lugar la demanda y revoca la sentencia, determinando que el contrato de mutuo que es aparejado a la demanda si constituye un título ejecutivo, por cuanto contiene todos los requisitos establecidos en el art 348 del COGEP y los pertinentes del código de Comercio.

2.1.1. Resolución de primer nivel

Se considera significativo analizar las partes expositiva, considerativa y dispositiva de la desilusión de primera instancia en este caso, ya que, es en este nivel en donde se ha encontrado la vulneración de derechos y garantías. La jueza de primer nivel inicia la emisión de su fallo haciendo la respectiva identificación de las partes:

(...) LA IDENTIFICACION DE LAS PARTES: Las partes que han intervenido en este proceso ejecutivo No. 13334-2017-00303, son: en calidad de actor el señor abogado HUMBERTO DANILO RUIZ MOREIRA en calidad de Procurador Judicial del Doctor JAIME MANUEL FLOR RUBIANES representante Jurídico de BANCO PICHINCHA C.A; y, en calidad de demandado el señor JOSE SIGIFREDO LOOR INTRIAGO (Contrato de mutuo o prestamo, 2017)

Continúa la operadora de justicia haciendo una enunciación breve de los hechos y circunstancias y el objeto de la demanda, la sentencia imprime:

(...) comparece el señor abogado HUMBERTO DANILO RUIZ MOREIRA en calidad de Procurador Judicial del Doctor JAIME MANUEL FLOR RUBIANES representante Jurídico de BANCO PICHINCHA C.A, manifestando que, el demandado señor JOSE SIGIFREDO LOOR INTRIAGO han mantenido relaciones financieras con el BANCO PICHINCHA C.A desde hace varios años atrás y por ello suscribieron un contrato de Mutuo o Préstamo N°8000052786 que se acompaña en original, el cual se encuentra reconocido y legalizado por la Dra. Vicenta Alarcón Castro Notaria Pública Cuarta del

cantón Portoviejo con fecha 29 de mayo del 2013, en esta ciudad de Portoviejo por la suma de cuarenta y cinco mil dólares americanos (\$45.000,00), obligándose a pagarlos en 2535 días más los intereses legales pactados, y en la actualidad se encuentran vencidos desde la cuota 39 de fecha 25 de agosto del 2016, del monto dado en crédito. La mencionada demanda, fue aceptada a trámite mediante auto dictado el 25 de abril del 2017 a las 09h14, conforme consta a fojas 55, disponiéndose citar al accionado señor JOSE SIGIFREDO LOOR INTRIAGO, concediéndole el término de quince días para que diera contestación a la demanda incoada en su contra. El accionado fue legal y debidamente citado, en persona, conforme se aprecia del acta que obra a fojas 67, habiendo comparecido a juicio y dado contestación a la demanda, a través de memoriales constantes desde fojas 69 a 76 vta., manifestando que, alegamos que la acción no es ejecutiva ya que no existe la declaratoria de plazo vencido, extinción parcial de la deuda ya que no se ha tomado en cuenta los abonos que suman la cantidad de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (\$2.000,00) realizados el 25 de mayo del 2017 y que fueron depositados en el Banco Pichincha Portoviejo, con el número de documento 8000052786 en la cuenta #BP-VR1101 del actor. Contestada la demanda, se convocó a audiencia única correspondiente en este proceso, la cual se celebró el día jueves 28 de septiembre del 2017, a las 11h00, diligencia a la cual acudieron ambas partes procesales, y realizada la misma en sus diferentes etapas, se determinó que la suscrita Jueza es competente para conocer y resolver este proceso, en virtud de lo establecido en los artículos 240 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, 9 y 10 numeral 4 del Código Orgánico General del Proceso, declarándose además la validez del proceso, por no haberse incurrido en omisión de las solemnidades establecidas en el artículo 107 del Código Orgánico General de Procesos, ni en violación de trámite que afectara el procedimiento, se admitieron las pruebas solicitadas por las partes y una vez practicadas las pruebas anunciadas y admitidas en la audiencia, así como también, escuchados los alegatos de las partes, se dictó resolución de manera oral en dicha audiencia, misma que es reducida a escrito (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

En el punto cinco de la sentencia, la juez hace la mención con respecto a las excepciones previas que dedujo la parte demanda en este caso judicial, las mismas que en este proceso no existieron, por cuanto, como se ha indicado en el marco teórico, en los procesos ejecutivos no se deducen solo excepciones previas, sino que este procedimiento tiene sus propias excepciones, que son llamadas también excepciones de fondo, las que se resuelven más adelante.

En el punto seis, se expresa la juzgadora en relación con los hechos probados que han servido según su criterio para llegar a su decisión, donde menciona que del análisis del expediente de esta causa, se determina primeramente que esta Juzgadora, debe resolver esta controversia, garantizando el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, aplicando las normas de derecho previamente establecidas, así como el principio de la debida diligencia.

En este punto expresa que, en concordancia con todo lo cual, esta Sentencia debe resolver las peticiones realizadas por las partes y decidir sobre los puntos litigiosos del proceso, que en el presente caso y de acuerdo al objeto de la controversia fijado previamente.

El objeto de la controversia para cada parte fue determinar si es procedente que el señor José Sigifredo Loor Intriago, paguen al Banco Pichincha C.A., la suma de \$31.782.88 de capital que presuntamente adeudan en virtud de la suscripción de un contrato de mutuo, más intereses y comisiones de Ley, o si por el contrario, no procede por no ser título ejecutivo al no estar de plazo vencido por no encontrarse de declarado total o parcialmente el pago de la suma reclamada, de la obligación contenida en el mismo (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

En este punto la juzgadora ya menciona a las excepciones de fondo que ha deducido la parte demanda que en este caso son las contempladas en el numeral uno y 3 del artículo 353 del COGEP, esto es la primera “título no ejecutivo” y la tercera, “pago total o parcial de la obligación.

(...) Conforme determina el Artículo 94 del Código Orgánico General de Procesos, pronuncio sobre el objeto de esta controversia y una vez que las

partes procesales han evacuado las pruebas solicitadas en su orden y presentado además sus alegatos final, la parte demandada dedujo excepciones de fondo tocando a la misma parte demandada justificarlas en la etapa probatoria como era la de título no ejecutivo, y extinción parcial de la deuda, como alegó. El artículo 347 del Código Orgánico General de Procesos, determina y señala cuales son los títulos ejecutivos, expresando que estos deben mantener siempre una obligación de dar o hacer, así en su numeral 3, reconoce a los documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial como un título ejecutivo (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

En el mismo punto que sigue de la sentencia, para desechar o aceptar la excepción de título no ejecutivo, menciona la juzgadora que procede a revisar, si el contrato de mutuo (QUE YA ACEPTÓ COMO TITULO EJECUTIVO) contiene los requisitos para su procedencia.

Enuncia la Juez que, considera que del documento de fojas 01, es imperativo establecer que para que este título sea aceptable su procedencia en la vía ejecutiva debe contener cuatro elementos indispensables que se encuentran señalados en el artículo 348 del mismo cuerpo legal, esto es que la obligación contenida en el título sea clara, pura, determinada y actualmente exigible (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

Aquí cabe recalcar algo, así como el artículo 348 del COGEP indica los requisitos para que proceda un título ejecutivo a la acción ejecutiva, más adelante el artículo 350 establece cuando ha de denegarse el procedimiento, lo que ordena el mencionado artículo es que si el Juez; como conocedor de ley y operador de justicia considera que el título que apareja el actor en la demanda no presta mérito ejecutivo, es decir, que no tiene los requisitos antes indicados, denegará de plano la acción ejecutiva.

Se hace énfasis de esto porque al momento de calificar la demanda, la Juez ya indica que la acepta a trámite por cuanto el documento que apareja constituye título ejecutivo, en palabras de la propia providencia emitida por esta juzgadora y que consta en el expediente.

La providencia mencionada expresa: “al tenor de lo previsto en los artículos 347 y 348 del mismo código, ya que contiene una obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible; por lo que se califica y admite a trámite mediante procedimiento ejecutivo” (Contrato de mutuo o préstamo, 2017). Luego de esto se ordena la citación del demandado.

Entonces, si ya considero que cumple con los artículos mencionados, ¿por qué volver a analizar el documento? Cabe indicar además, como consta en el expediente que la Juez incurre en un error gravísimo de entrada, califica la demanda primero mencionando que el documento es un “pagaré a la orden”.

De este error en el que señala que el “pagaré” contiene las obligaciones antes mencionadas, el Abogado de la parte actora quien le hace conocer ese error y de ahí corrige, lo que hace pensar a estos investigadores que desde que llegó la causa a su conocimiento, nunca hizo un análisis del documento aparejado.

De lo anterior se tiene entonces que, de haber ocurrido lo que estos investigadores consideran en el análisis del primer error de la Juez estaría vulnerando de entrada la seguridad jurídica, pues al parecer solo copió y pegó, o transcribió de

alguna otra providencia lo que calificó en ese momento, pues, la diferencia entre un contrato de mutuo y un pagare a la orden es bastante.

Ahora siguiendo con el análisis del fallo, respecto al análisis que hace de los elementos del contrato de mutuo como título ejecutivo menciona que se va a referir a estos cuatro elementos esenciales, (obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible).

Explica la Juzgadora que la vía ejecutiva no se la puede pactar, sino que solamente procede en virtud de un título ejecutivo. Por ejemplo, si se tratase de un contrato verbal de mutuo, el pago de dicha obligación podría ser demandado en juicio ejecutivo, debido a que consta por documentos privados en los que conste la celebración del mutuo.

Lo anterior significa que, procede la acción si el contrato como documento privado se ha reconocido judicialmente, o que se encuentre entre los que la ley reconoce como títulos ejecutivos Artículo 347 numeral 3 COGEP, en este caso, el contrato anexo sí cumple con lo que determina la ley, porque como consta en el expediente de la causa fue formalizado legalmente por un notario público, lo que lo reviste de fe pública.

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

Menciona al respecto la sentencia que las normas jurídicas supeditan la producción de sus efectos a la existencia de determinada situación de hecho. Por ello que la parte que afirma la existencia de un hecho al que atribuye alguna consecuencia jurídica debe, ante todo, justificar la coincidencia de ese hecho con el presupuesto fáctico de la norma o normas invocadas en apoyo de su postura procesal (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

Lo antedicho, que ha sido parafraseado de la sentencia de primer nivel, ya hace referencia a la prueba, que es la razón por la que la actividad meramente alegatoria debe de completarse con una actividad distinta cuyo objeto consiste en verificar la exactitud de los datos fácticos que las partes incorporan al proceso a través de sus afirmaciones, esta actividad distinta es la práctica de los medios probatorios o los tipo de pruebas que se alegan y se practican en un juicio.

La sentencia enuncia;

Esta actividad se denomina prueba, entendida como “la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

Es significativo en este punto hacer una referencia sobre esta actividad probatoria que menciona la Juzgadora en teoría, porque en la práctica no ha aplicado lo que reza en la sentencia, esta actividad en efecto es la que le corresponde efectuarla únicamente el operador de justicia como garantista de la misma.

Lo antedicho en razón de que, la denominada actividad probatoria es considerada o expuesta por la jurisprudencia y doctrina como la piedra angular que

sustenta y justifica la existencia de la causa en cualquier tipo de procedimiento judicial y/o administrativo en el que estén en conflicto intereses y derechos de las partes, ya que la doctrina que menciona a la actividad probatoria como piedra angular del derecho que hace relación a los diferentes medios probatorios, esto es, documentos, testimonios y pericias, Sentis²⁵ expone que: “es la que forma la convicción plena del juzgador, convicción ésta que resulta necesaria para resolver definitivamente. Pero, no siempre es posible contar con la prueba plena”. (Sentis, 1979, p.112).

El reconocido, Echandía²⁶ (2006), también enseña que:

Por objeto de la prueba ha de entenderse lo que se logra probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba; es una noción puramente objetiva y abstracta, no limitada a los problemas concretos de cada proceso, ni a los intereses o pretensiones de la diversas partes, de idéntica aplicación en actividades extraprocesales, sean o no jurídicas, es decir, que, como la noción misma de prueba, se extiende a todos los campos de la actividad científica e intelectual. (p.136).

Entonces, con la actividad probatoria es que subsiste el derecho, en la causa motivo del análisis, una vez que menciona la Juez que analiza la obligación contenida en el contrato como prueba, procede a indicar respecto de la celebración del contrato de mutuo.

Lo antedicho, lo efectuá la juzgadora de primer nivel con la finalidad de establecer si éste es o no es un documento reconocido legalmente, que lo convierte en un título ejecutivo como lo menciona la ley. Expone la Juzgadora:

(...) El contrato de Mutuo materia del controvertido fue válidamente celebrado por lo que tuvo fuerza obligatoria para las partes, Artículo 1561 del Código

²⁵ Sentis Melendo, Santiago. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. 1era edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial EJE.

²⁶Devis Echandía Hernando. (2006). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Civil y debió ejecutarse de buena fe y por tanto obligó no sólo a lo que en él se expresó, sino a todas las cosas que emanaron de la naturaleza de la obligación que voluntariamente contrajo el recurrente, Artículo. 1562 ídem. Por ello su obligación de declarar la resolutoria de aceleración de pagos o declaración de plazo vencido tal y como así lo estipula el Artículo 348 del Código Orgánico General de Proceso, en su inciso segundo, sin embargo aunque esta **juzgadora está en la obligación de revisar si se cumplen los requisitos de procedibilidad**, es también cierto que dentro de las excepciones con las que se pueden sustentar la oposición en su Art 353 se encuentra en el numeral 1.-la de título no ejecutivo, la cual se valora al final es decir en sentencia por el principio de la unidad de la prueba resaltado en el art 164 del COGEP, ya que el juzgador no tiene que hacer la suerte de investigador, sino que las partes son las llamadas a través de las pruebas de llevar al Juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos (Artículo 158 COGEP). Constancia que, precisamente, hubiese generado efectos jurídicos para los contratantes (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

Lo negrito se ha subrayado en razón de lo ya mencionado, si bien es cierto como lo menciona la Jueza, ella como autoridad está en la obligación de revisar si se cumplen los requisitos de procedibilidad, esto ya lo hizo, o por lo menos así lo manifestó en la providencia que califica e ingresa a trámite la demanda.

En el punto siguiente de la sentencia, la Juzgadora hace mención respecto de las cláusulas que contiene el contrato de mutuo y alude que el supuesto fáctico es correctamente entendido e interpretado por ella a la luz del precepto de la cláusula segunda, expone:

EL BANCO PICHINCHA PODRA DECLARAR ANTICIPADAMENTE DE PLAZO VENCIDO LA TOTALIDAD DEL PRESTAMO Y DEMANDAR... más sin embargo de autos, **ni se ha presentado ningún documento ni se ha alegado declarando de plazo vencido el documento materia de la Litis** a más que de la documentación se puede evidenciar que a la fecha de presentación el señor JOSE SIGIFREDO LOOR INTRIAGO no se encontraba adeudando ya que Por mandato de la Disposición Transitoria SÉPTIMA de la Ley Orgánica de Solidaridad y de Corresponsabilidad Ciudadana, publicada en Registro Oficial Suplemento 759 de 20 de Mayo del 2016 Séptima.- Se diferirán al final del período originalmente pactado los pagos y cuotas de

capital e intereses que correspondan a los meses de abril, mayo y junio del 2016 por concepto de obligaciones financieras que hayan sido contraídas en el sistema financiero nacional por personas naturales o jurídicas, registradas en la respectiva entidad financiera en la provincia de Manabí, el cantón Muisne y otras circunscripciones de la provincia de Esmeraldas afectadas por el terremoto que se definan mediante Decreto. Las entidades del sistema financiero nacional no reportarán en el registro de datos crediticios, las operaciones de crédito vigentes registradas en la respectiva entidad financiera en la provincia de Manabí, el cantón Muisne y otras circunscripciones de la provincia de Esmeraldas afectadas por el terremoto que se definan mediante Decreto en todos los segmentos durante el periodo establecido en el presente artículo (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

Nuevamente, se coloca en **negrito** lo manifestado por la operadora de justicia en sentido de que, ésta hace referencia de la cláusula que consta en el contrato de mutuo, la misma que indica que efectivamente la entidad bancaria puede declarar el plazo vencido por anticipado la totalidad del crédito y demandar, sin embargo se contradice indicando lo subrayado, esto es, que dice que no se ha presentado ningún documento o se ha alegado el plazo vencido en el proceso.

Hay que tener en cuenta que, la entidad bancaria no solo adjuntó como prueba en este proceso el contrato de mutuo, sino que además adjunta el documento donde constan la cantidad de cuotas y las fechas en las que debía cancelarse.

Lo anterior se adjunta como pruebas con la finalidad de probar que el demandado estaba atrasado desde la letra 38, y también se encuentra adjuntada como consta en el expediente la liquidación de la cartera que en su parte pertinente dice que “ésta liquidación se hace luego de la declaración de plazo vencido”, por lo que se evidencia que estos elementos probatorios no han sido tomado en cuenta por la juzgadora.

Lo dicho en el párrafo anterior entonces, indica que la Juez aquí comete otro error que vulnera garantías y derechos como lo es la omisión a una norma, pues, hace caso omiso a lo determinado en el art 162 del COGEP respecto de la necesidad de la prueba y también a lo establecido en el artículo 164 del mismo cuerpo legal que se refiere a la valoración de la prueba.

El profesor y experto en derecho procesal, Sada Contreras²⁷, (2000), en su obra recalca que:

Hablar de un procedimiento judicial, es hablar de pruebas, esto es así, en consideración a que deberán las partes aportar todos los medios de convicción al juez, a fin de, precisamente “convencerlo” de que tienen la razón en cuanto a lo que pretenden en el juicio, pues al resolutor no le constan los hechos narrados por los participantes en el juicio, pues si por alguna circunstancia le constan tales hechos, por ello estará impedido para conocer del asunto que le es planteado. (p.79).

De acuerdo a lo manifestado por estos actores la prueba es parte esencial de un proceso judicial, con ella es que el Juez se convence de los hechos ocurridos, en el presente caso, la Juez ha admitido como pruebas documental de parte de la parte actora tres documentos que son:

- 1.) El contrato de mutuo,
- 2.) La liquidación de cartera y;
- 3.) la tabla de amortización.

De estos tres documentos que presenta la entidad bancaria, como se observa en la sentencia, la Juzgadora solo medio ha hecho la revisión del contrato de mutuo, el

²⁷ Sada, Carlos. (2000). “Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil”. Editorial de la Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología. Pág. 79

que se repite en la causa dos señala claramente cuando el Banco puede declarar por vencido el crédito de manera anticipada.

Esta operadora de justicia no ha analizado o tomado en cuenta para su resolución la tabla de amortización adjuntado, donde consta desde que letra se halla vencido el crédito, y la fecha del vencimiento de cada una, pues de hacerlo podría haber constatado que la entidad bancaria respetó lo ordenado por la ley de Solidaridad, ya que al momento de plantear la demanda había pasado casi un año de la mora del deudor.

Tampoco se pronuncia, es decir, no valora ni revisa el otro documento como lo es el documento de la liquidación de la cartera, donde, se recalca también consta la declaratoria de plazo vencido, por lo que, de acuerdo a este documento el mutuo si tiene la obligación de “exigible”.

El documento es una prueba que está dentro de la clasificación de las mismas, es un elemento probatorio que, como menciona Monter²⁸ son: “Elementos legales que valen para exponer en forma demostrativa los hechos asentados por las partes en conflicto, si no se demuestran hechos alegados, éstos quedarán como simples afirmaciones” (Montero, 2012, p. 16).

Hay que manifestar también lo indicado en el segundo párrafo del artículo 164 respecto de la valoración de la prueba que ordena que ésta como tal ha de ser

²⁸ Montero Aroca, Juan. (2012). *“La prueba en el proceso civil”*. 7ma edición. S.L: Editorial Civitas Ediciones.

apreciada por el juzgador en conjunto, y además aplicando las reglas de la sana crítica, cosa que se inobserva en el caso.

Continuando con el análisis del fallo de primer nivel, se llega al punto en donde la Juez habla de los elementos para aceptar la segunda excepción de fondo deducida, esto es “la Extinción total o parcial de la obligación”, en la resolución dice la Juez que, la parte actora justificó los abonos parciales realizados una vez declarado en mora el crédito esto de fecha 25 de agosto del 2016.

Agrega de manera enfática la juzgadora que, es importante tomar en cuenta que cuando existe declaración anticipada de plazo vencido, la fecha del vencimiento es la de la declaración lo que es particularmente importante para efectos de liquidación. Dice: “Lo que en el caso en particular no ha ocurrido, ya que no existe la declaratoria de plazo vencido” (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

La Juez menciona este punto como elemento importante por lo cual, expone ella que se ha garantizado a los sujetos procesales un debido proceso, con observancia plena a sus derechos fundamentales consagrados en el art 76 de la Constitución; haciendo efectiva la tutela judicial determinada en el Artículo 23 del Código Orgánico de la Función Judicial, y con ello resuelve:

8. LA DECISIÓN QUE SE PRONUNCIA SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO, DETERMINANDO LA COSA, CANTIDAD O HECHO AL QUE SE CONDENAN, SI CORRESPONDE: Por todo lo expuesto, sin otras consideraciones que realizar, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, declara sin lugar la demanda. Se resuelve cancelar y levantar todas las providencias preventivas y el embargo que se hayan dictado dentro del proceso- 9. LA PROCEDENCIA O NO DEL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y COSTAS: No ha lugar

al pago de costas, dado que no se cumple con lo establecido en el artículo 284 del Código Orgánico General de Procesos, esto es, que no se observa que la parte accionada haya litigado de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad. En USD \$562,50 QUINIENTOS SESENTA Y DOS DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA CON 50/10010, se regula los honorarios del Depositario Judicial designado en esta causa Ing. Gonzalo Vélez Delgado SOBRE RECURSOS INTERPUESTOS EN AUDIENCIA: Habiendo la parte accionante interpuesto el Recurso de Apelación de la Sentencia dictada en esta causa, el cual, por ser legal y oportuno, se concedió para ante el Superior, esto es la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en efecto no suspensivo. En virtud de lo indicado, y de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 354 inciso tercero del COGEP, se dispone que la parte accionada fundamente el Recurso interpuesto, en el término de 10 días, contados a partir de la notificación de este fallo. NOTIFIQUESE Y CUMPLASE (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

Como se observa vuelve a mencionar la juzgadora que el documento no cumple con el requisito de “plazo vencido” es decir que la obligación no es actualmente exigible, en razón a lo ya mencionado, por otro lado acepta la otra excepción de extinción parcial de la deuda.

La segunda excepción la acepta, porque menciona que constata que el demandado pagó con cheques y se le descontó de su cuenta bancaria valores que constan en el expediente, sin embargo no ha hecho una revisión de dichos documentos anexados tampoco, pues, como consta en el expediente, estos valores fueron cancelados un mes después de que ya se había planteado esta demanda.

Entonces el problema jurídico encontrado en este caso específico en el cual hemos determinado que ha existido una vulneración de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, en el cobro de las obligaciones de plazo vencido en la presente causa se basa en cuatro puntos específicos que radican de la actuación de la administración de justicia.

Cuando califica la demanda la admite a trámite diciendo que se fundamente en un “pagaré” el Abogado del banco le hace dar cuenta este error y rectifica la juzgadora, admite y califica la demanda indicando que: la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura, determinada y actualmente exigible, es decir como lo ordena la Ley ella ha revisado el contrato de mutuo y ha determinado que es un documento privado legalmente reconocido por lo que constituye título ejecutivo según el numeral 3 del art 347 del COGEP.

Luego de admitirla a trámite por considerar que es procedente; de manera contradictoria resuelve declarar sin lugar la demanda por no constituirse como título ejecutivo, por según su criterio, no tener la declaratoria de plazo vencido, es decir, indica que la obligación no es actualmente exigible.

Con esta conducta contradictoria estaría vulnerando la garantía del cumplimiento de las normas, pues desde un principio, como se ha venido indicando, de no haber sido título ejecutivo el contrato de mutuo la Juzgadora no debió aceptarlo a trámite, sino que por el contrario manifestó que reunía los requisitos indicados.

La Juez de primera instancia señala que en el contrato si bien es cierto se encuentra la cláusula de “vencimiento anticipado” el Banco no ha presentado ningún documento ni ha alegado el plazo vencido a más que de la documentación, si revisamos el expediente ahí está el contrato original donde está la cláusula clara que indica por qué el banco puede declarar el vencimiento anticipado.

Además consta la liquidación de la cartera que en su parte pertinente dice que “esta liquidación se hace luego de la declaración de plazo vencido”, por cuanto, si existe dicha documentación, de la cual la liquidación de cartera no ha sido tomado en cuenta por la Juzgadora, por lo que también hace caso omiso a lo determinado en el artículo 162 del COGEP respecto de la necesidad de la prueba y 164 de la valoración de la prueba.

Acepta la excepción de “No título ejecutivo” por que no hay declaratoria de plazo vencido, indicando que el demandado no está en mora por mandato de la ley de solidaridad que dice que las cuotas de abril, mayo y junio deben cobrarse a fin de año (2016), sin embargo revisando el expediente en la tabla de información consta que la mora es desde la cuota 38 que debió cancelarse el 25 de julio, por lo que ni si quiera está dentro del periodo que establece la ley de solidaridad.

Además de que, si se observa la fecha de la demanda, ha pasado un año aproximadamente desde el vencimiento de la cuota 38, por lo que la entidad bancaria ha respetado lo ordenado por la disposición transitoria de la ley de solidaridad que fue emitida por el terremoto, el demandado tuvo todo ese tiempo para ponerse al día con la obligación.

La juez acepta la excepción de pago parcial por cuanto con los comprobantes demuestra el demandado y no niega el banco que se hizo un depósito y débitos de \$2.000, el demandado manifiesta que esa cantidad corresponde al dividendo 38 y 39

que tenía que se ha pagado en julio y agosto 2016 y recién lo paga en mayo 2017 después de presentada la demanda (17 de abril).

De lo analizado, tenemos entonces que, la Juzgadora acepta que la demanda basada en que la documentación adjuntada reúne los requisitos indispensables para ser tramitada en la vía ejecutiva, sin embargo hace un análisis vago de la documentación, pues:

- 1) En el contrato de Muto que presenta el Banco se encuentra declarado de plazo vencido desde de la cuota 39 que corresponde al 25 de agosto del año 2016.
- 2) Según liquidación de cartera de fecha 17 de enero del 2017, demanda que se presenta el 17 de abril del 2017, y se lo la cita el 09 de agosto se tiene la certeza que la obligación a la fecha de liquidación de cartera y de presentación de la demanda se encontraba vencida en nueve cuotas, más de las que exige la cláusula séptima del contrato.

Lo señalado y sostenido por el accionado no es aceptable, de que se encontraba al día en el pago de la obligación para que se declare de plazo vencida la obligación por parte del acreedor, por lo que el documento materia de la litis reúne los requisitos de ley señalados en el Artículo 347, 348 del COGEP.

En vista de todas las inobservancias vulneraciones en derecho que ha cometido esta juzgadora de primer nivel, el procurador del Banco como conocedor de las leyes y al no estar de acuerdo con esta resolución, interpone recurso de apelación.

El recurso de apelación en materia procesal es el recurso que se interpone a la sentencia de primera instancia, en donde un Juez de segunda instancia ratifica o absuelve la sentencia venida en grado. De acuerdo al artículo 298 la admisión por la o el juzgador del recurso de apelación oportunamente interpuesto da inicio a la segunda instancia.

Para la Dra Jaramillo²⁹ (2016):

El recurso de apelación en la doctrina del Derecho Procesal es el acto jurídico procesal de la parte agraviada o que ha sufrido un gravamen irreparable con la dictación de una resolución judicial por medio del cual solicita al Tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al Tribunal superior jerárquico con el objeto de que este le enmiende con arreglo a derecho. El recurso de apelación puede ser definido como un mecanismo de impugnación jerárquico mediante el cual el juez a-quem o superior reforma o revoca el acto jurisdiccional emitido por el juez a-quo o inferior. Ello implica que cuando se interpone el recurso de apelación las partes vuelven a discutir el caso con toda amplitud, esto sucede porque el recurso de apelación dimana de una de las garantías del debido proceso como es que el fallo o resolución sea revisado por un tribunal superior <<doble instancia>>. De tal manera que el recurso de apelación en el ámbito jurisdiccional no es otra cosa que la revisión de los tribunales o jueces superiores respecto de las actuaciones de los jueces a-quo o de primer nivel. (párr.1)

2.1.1. Resolución de segunda instancia que declara con lugar la demanda.

El recurso de apelación, en este caso es aceptado por los jueces de la Sala de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, aquí los jueces revocan la sentencia venida en grado que declaraba sin lugar la demanda y acepta la misma, como consecuencia ordena al demandado a cancelar los valores por la celebración del contrato de mutuo, admitiendo este como un título ejecutivo.

²⁹ Jaramillo, Verónica. (2016). *El recurso de apelación en el Cogep*. [en línea]. Consultado: [05, julio, 2018] en: <https://www.derechoecuador.com/el-recurso-de-apelacion-en-el-cogep>

La parte demandada interpone el recurso de apelación principalmente bajo la siguiente fundamentación:

1. Que comparece como Procurador judicial del Banco Pichincha.
2. Que el contrato de Mutuo o Préstamo tiene los requisitos indispensables que se encuentran determinados en los Artículo 2099, del Código Civil; y 486, 487, y 533 del Código de Comercio.
3. Que el documento es título ejecutivo conforme lo determinan los Artículos 347, 348, 349, y 351 del Código Orgánico General de Procesos, el que está declarado de plazo vencido contiene una obligación ejecutiva que se acepte el recurso y declare con lugar la demanda.
4. Que ha probado que al momento de accionar el señor se encontraba en mora.
5. El documento era de plazo vencido, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se declare con lugar la demanda.

Como es de esperarse, el demandado realiza la contestación de este escrito de recurso de apelación por el actor. En el escrito de contestación a la fundamentación del Recurso de Apelación que obra de 91 a 92 vueltas entre otras cosas manifiesta:

Que probó su excepción del contrato de Mutuo que es materia de este procedimiento, contrato que no reúne las condiciones y requisitos de título ejecutivo, que no contiene una obligación clara, determinada, líquida, pura. Por lo que solicita se rechace el recurso de apelación se confirme la sentencia

El abogado del demandado en su argumentación en la audiencia de recurso de apelación expresa que el juicio ejecutivo tiene sus propias solemnidades sustanciales y no formalidades sino solemnidades, una de ellas es acompañar a la demanda título ejecutivo.

El Abogado del demandado dice que: en la demanda materia de esta causa se señala que se había cancelado hasta la cuota 30, en el mes de junio se canceló la suma

dos mil dólares y se lo hizo mediante deposito el 25 de mayo del 2017, la demanda fue presentada en el mes de abril de 2017 y el pago se lo realizo el 20 de mayo del 2017 es decir un mes antes, conforma consta en los documentos de fojas 69 a 72 del proceso.

Lo que dice el Abogado del demandado es que, el pago realizado que menciona correspondía a la cuota 39, 40, 41, y que el Banco como actor; incurre en un error al declarar de plazo vencido un crédito que a la fecha no se encontraba en mora, y que; si no estaba mora no podía el actor declararlo de plazo vencido y ejecutarlo como título ejecutivo, por lo que solicita a los jueces que rechacen el recurso de apelación por no haber sido fundamentado en debida forma y se confirme la sentencia.

A continuación se registra la motivación por el cual los Jueces de la Sala tienen un criterio diferente al Juez de primer nivel, en el punto sexto de la sentencia de segunda instancia se halla el análisis y fundamentos que llevaron a los jueces a tomar su decisión sobre el caso:

(...) SEXTO. ANÁLISIS Y FUNDAMENTOS. Los parámetros legales en que se rige los contratos en materia civil se encuentran determinados en cuanto a las obligaciones y a los actos de declaración de voluntad de las partes contratantes. Siendo la materia civil de estricta aplicación en materia privada, rige en ellos la voluntad de las partes constituida de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1561 Código Civil, es una Ley para los contratantes, esta disposición como un efecto de las obligaciones contraídas se remonta al nacimiento de las obligaciones consignadas en el Artículo 1453 ibídem cuya fuentes la originan por la voluntad de dos o más personas cuando se trata de contratos. Es decir que los jueces estamos obligados analizar la acción que es la demanda y el título conjuntamente (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

En este punto, los Jueces señalan lo que ya se ha dicho, que es obligación de ellos como autoridad judicial analizar la acción que es la demanda y el título que se apareja a ella, y como lo establece el artículo 350 del COGEP, desde la presentación de

la demanda con el título, si el Juzgador considera que no reúne los requisitos de ejecutivo debe denegar el procedimiento, en razón de que, en estos procesos lo que se trata es hacer efectivo lo que consta en el título que se presenta.

En la parte pertinente de la sentencia de segunda instancia, los jueces a diferencia de la Juez de primer nivel, hace referencia de forma inmediata a los documentos que se han anexado al proceso, no únicamente al contrato de mutuo, sino que también valoran como prueba la tabla informativa del contrato y la liquidación de cartera que fue anexada por el procurador de la entidad bancaria.

(...).De fs. 1 a fojas 2 obra el contrato de mutuo firmado entre las partes, así como también la tabla informativa del contrato suscrita por las partes de fojas 3, Liquidación de fojas 04 firmada por el accionado, solicitud de crédito fojas 06 suscrita por el accionado, la liquidación de cartera de fojas”. Al respecto este Tribunal analiza: a) El Artículo 347 ibídem determina: “Títulos ejecutivos. Son títulos ejecutivos siempre que contengan obligaciones de dar o hacer... (...) 3. Documentos privados legalmente reconocidos o reconocidos por decisión judicial (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

En este punto los jueces reconocen que el documento base de esta acción es el contrato de mutuo, el que como anuncian contiene un contrato que es ley para las partes, esto último que ha sido ratificado durante toda la sustanciación de esta causa. Siguiendo con la revisión:

(...) Al ser entonces el contrato de mutuo un título ejecutivo y cumplir los preceptos que exige el Artículo 348 ibídem, para que la obligación sea ejecutiva, disposición que textualmente determina: “Procedencia. Para que proceda el procedimiento ejecutivo, la obligación contenida en el título deberá ser clara, pura determinada y actualmente exigible. Cuando la obligación es de dar una suma de dinero debe ser, además líquida o liquidable mediante operación aritmética...” Claras: Que no tengan que ser sujeto de interpretación. Determinadas: Que expresen de manera exacta qué es lo que se debe o que pueda determinarse, Líquidas: Significa que debe ser tangible, valorable, apreciable en numerario, por lo general dinero. Puras: Esto significa que no estén sujetas a condición ni restricción alguna, y que la obligación haya nacido

de manera natural, no forzadamente. De plazo vencido: Que se determine el plazo para el pago de la obligación (Contrato de mutuo o prestamo, 2017)

Más adelante en la resolución los jueces mencionan que la parte actora, al haber reproducido en la etapa probatoria el documento aparejado a la demanda justifica lo determinado por la ley y lo manifestado en su demanda, y hace un énfasis al indicar que si se revisa el contrato de mutuo o préstamo aparejado a la demanda en la cláusula primera, inciso final, textualmente dice: “después del período de gracia, el capital y los intereses se pagarán mediante dividendos mensuales, de acuerdo a la tabla de amortización que se acompaña y forma parte integrante de este contrato”. Ante ello manifiesta:

(...) En consecuencia, siendo que ha sido reconocido el contrato de mutuo o préstamo ante el notario Cuarto del Cantón Portoviejo, y siendo la tabla de amortización parte integrante del contrato, está de acuerdo con los artículos 347 y 348 del Código General de Procesos”. En la especie el documento base de esta acción cumple con los requeridos en la normas citadas ut supra (Contrato de mutuo o prestamo, 2017).

Como se observa, los jueces indican que el contrato de mutuo si reúne los requisitos de un título ejecutivo de acuerdo al numeral 3 del artículo 347 del COGEP, resuelve entonces de acuerdo a la fundamentación del recurso de Apelación por la parte accionante, el mismo que se centra en que en el convenio de pago es título ejecutivo y que este cumple con el Art, 347 numeral 3 del COGEP.

Por otro lado el tribunal observa que efectivamente la parte accionante fundamenta su apelación en que el documento contrato de mutuo es título ejecutivo que reúne los requisitos de los artículos 347, 348, 349 del código Orgánico General de Procesos y el artículo 225 del Código Monetario.

La parte accionada desde su contestación de la demanda ha sostenido que el documento no es título ejecutivo por no estar de plazo vencido y el Tribunal conformado por los jueces de la Sala constata que el documento que se acompaña a la demanda y base de la presente acción es un Contrato de Mutuo.

El Contrato de Mutuo o Prestamos según la legislación Civil se halla definido en el Artículo 2099 del código civil que en palabras propias es el contrato en que una parte en este caso el Banco, entrega a otra, en este caso el deudor, cierta cantidad de cosas fungibles, las cosas fungibles aquí es el dinero, el que se entrega y es recibido por el mutuario con la obligación de restituirlo.

El contrato de Mutuo o Préstamo se lo considera uno de los títulos ejecutivos señalados en el Artículo 347 del Código General de Procesos, es el numeral 2 de ellos, en razón de que los que lo suscribieron con reconocimiento de firmas ante Notario Público Cuarto del cantón Portoviejo el mismo reúne los requisitos del artículo 348, ibídem, y en los ámbitos doctrinarios y jurisprudencial coinciden señalando que el título ejecutivo es un documento del cual resulta declarada o legalmente cierta la tutela que el derecho concede.

Lo antedicho, concuerda con lo expuesto por los jueces de la Sala, quienes en su análisis determinan que éste sí se encuentra declarado de plazo vencido desde la cuota 39 según la liquidación de cartera que si fue tomada en cuenta y valorada por los Jueces de la Sala, que en su resolución exponen:

(...) El Contrato de Mutuo que en la demanda que presenta la entidad financiera se encuentra declarado de plazo vencido desde de la cuota 39 que corresponde al 25 de agosto del año 2016, según liquidación de cartera de fecha 17 de enero del 2017, demanda que se presenta el 17 de abril del 2017, y se cita

el 09 de agosto del 2017, lo que da la certeza que la obligación a la fecha de liquidación de cartera y de presentación de la demanda se encontraba vencida en nueve cuotas, más de las que exige la cláusula séptima del contrato, por lo que lo señalado y sostenido por el accionado no es aceptable de que se encontraba al día en el pago de la obligación para que se declare de plazo vencida la obligación por parte del acreedor, por lo que el documento materia de la Litis reúne los requisitos de ley señalados en el Artículo 347, 348 del COGEP, para ser considerado título ejecutivo como su obligación, el que se encuentra suscrito por los accionados (Contrato de mutuo o préstamo, 2017)

El tribunal respecto a la alegación de abonos en la suma de dos mil dólares que manifiesta el accionado haber realizado, confirman los jueces que éstos se efectuaron con fecha 25 de mayo del año 2017, después de presentada la demanda. Por lo que no acogen la excepción de pago total o parcial de la obligación. Los jueces de la Sala manifiestan:

(...) Habiéndose motivado debidamente la presente resolución en base a la disposición de rango Constitucional determinada en el Artículo 76.7 literal l) de la Constitución del Ecuador y 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí. “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”. SE ACEPTA EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR el accionante Banco del Pichincha C.A. EN CONSECUENCIA SE REVOCA LA SENTENCIA VENIDA EN GRADO, y se declara con lugar la demanda SE ORDENA QUE LA OBLIGACION DEMANDADA SEA PAGADA por el accionado JOSE SIGIFREDO LOOR INTRIAGO, desde el saldo capital de la cuota 39, más los intereses legales y los de mora, los abonos que se encuentran justificados con los documentos que obran de fojas 69 a fojas 72, se los considera atento el art 1611 del Código Civil, en la suma de 1.418, dólares se regulas los honorarios del defensor de la parte accionante (Contrato de mutuo o préstamo, 2017).

La Sala ha hecho una correcta valoración del contrato de mutuo o préstamo de consumo, la Sala le da al documento la naturaleza que éste tiene, la de ser un instrumento legal, que como título ejecutivo respalda una obligación, este contrato que

al ser un documento autónomo, consigue que se cobre una deuda eficazmente, lo que fue inobservado por la Juez de primer nivel.

Para terminar se indica que a criterio personal, luego del análisis realizado se han vulnerado las normas y garantías del debido proceso, que como es de conocimiento son de rango Constitucional, no hay una garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, esta inexistencia o falta de aplicación de esta garantías se evidencia en la no valoración de la prueba aportada por la parte demandada.

Por otro lado, hay que tener en claro cuando en un título se halla la obligación de plazo vencido, que es esencial para el cobro de las mismas, en este caso el plazo vencido estaba establecido en el contrato de mutuo, en el mismo que se indicaba que el banco podría declarar dicho plazo de forma anticipada con el atraso de una sola letra.

CONCLUSIONES.

Del estudio se han podido cumplir con los objetivos planteados al inicio del análisis, esto es, se ha podido determinar que si ha existido una vulneración de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, en el cobro de las obligaciones de plazo vencido en la presente causa.

Existe una vulneración de la garantía del cumplimiento de las normas y derechos de las partes, cuando el Juzgador califica una demanda como ejecutiva indicando que la obligación contenida en el título es clara, pura, determinada y actualmente exigible y posteriormente en su fallo resuelve declarar sin lugar la demanda por considerar que el título no es ejecutivo.

En la sentencia de primer nivel, o primera instancia, no se ha aplicado correctamente las normas, en relación a que no se ha hecho una valoración de la pruebas en conjunto, esto es, todos los documentos presentados no fueron valorados, sino únicamente el contrato de mutuo, que igualmente no fue minuciosamente analizado.

Los Jueces de la sala en apelación hacen la valoración de los documentos que no valoró la jueza de primera instancia, es inaudito que se haya tenido que llegar hasta segunda instancia rompiendo la celeridad y economía procesal por un mal desempeño de un operador de justicia.

La juez de primera instancia contraviene lo determinado por la ley que declara que el operador de justicia como concedor de ley tiene la obligación de valorar la prueba que ha sido legalmente anunciada y practicada, esta valoración se ha de efectuar además en conjunto con las reglas de la sana crítica, que es el razonamiento en razón a su experiencia.

En la sentencia de primer nivel además se puede observar que no se aplica el principio dispositivo, este principio que le pertenece al Juez, pues, como ya se ha indicado, esta Juzgadora no ha hecho la valoración de todos los documentos, y en su resolución no los ha mencionado.

Puede decirse también, en cuestión de principios que además de la vulneración de la garantía de las normas, se evidencia una inobservancia de la inmediación procesal que también atiende a la valoración de la prueba que son los hechos procesalmente relevantes.

La línea de investigación se enfocó en el estudio de la obligación clara, pura, determinada y actualmente exigible del título ejecutivo, para la procedencia del procedimiento ejecutivo. El contrato de mutuo acuerdo o préstamo de consumo puede ser utilizado legalmente para respaldar obligaciones civiles y mercantiles como también mercantiles; esto es, entre los particulares o entidades financieras.

El contrato de mutuo o préstamo de consumo, como título ejecutivo debería facilitar el cobro de una deuda, más aun con el COGEP en donde el procedimiento sumario debe ser bastante rápido, ya que, es un procedimiento de una sola audiencia.

El problema jurídico encontrado en la presente causa se da en la primera instancia y tiene relación con los requisitos que ha de tener un título ejecutivo para que proceda el procedimiento ejecutivo, la Juez de primera instancia ha cometido una serie de acciones y errores que no han permitido la correcta administración de justicia en este caso, errores que fueron analizados en todo el desarrollo del informe final.

Haciendo referencia de la obligación de plazo vencido dentro de un título ejecutivo, esto ocurre cuando en un contrato se irrespetan o no se cumplen las fechas establecidas para el pago de las especies, en este caso la especie era dinero que debía ser cancelado en la fecha de la tabla de amortización, la misma que fue incumplida y por ello se ejerció la acción por la vía ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá, Z. (2013). *Derecho Procesal Civil*. S.L: Editorial Monsalve.
- Alessandri, Arturo. (2011). *De los Contratos*. Bogotá, Colombia: Editorial Nomos S.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi. Editorial Jurídica del Ecuador.
- Borda, G. (2008). *Manual de Derecho Civil. Contratos*. 21 ed. S.L: Editorial Fondo Editorial de Derecho y Economía
- Cabanellas, G. (2003). *Diccionario de derecho usual*. 10ma Edición. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.
- Cabanellas, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Carnelutti, F. (s/f). *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas “Europa-América.
- Cepeda Pazmiño, Carmen. (2017). *La teoría de la imprevisión en los contratos de mutuo en la legislación ecuatoriana*. [en línea]. Consultado: [29, junio, 2018]. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5458/1/T2170-MDEM-Cepeda-La%20teoria.pdf>
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). *Registro Oficial N° 506*. Quito: CEP.
- Cornejo Aguilar, Sebastián. (2008). *El procedimiento ejecutivo en el COGEP*. [en línea]. Consultado: [01, julio, 2018] en: <https://www.derechoecuador.com/el-procedimiento-ejecutivo-en-el-cogep>
- Cueva, Luis. (2001). *El Debido Proceso*. Quito, Ecuador: Editorial Ediciones Cueva Carrión.
- Devis Echandía Hernando. (2006). *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

- Ecuador. (2005). *Codificación del Código Civil: Registro Oficial*, Suplemento, No. 46. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Espinosa, Raúl. (1965). *Manual de Procedimiento Civil: El Juicio Ejecutivo. 6ta edición. Santiago de Chile*: Editorial Jurídica Chile.
- García Morillo. (1994). *Derecho Constitucional*. Vol. 1. Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch
- Jaramillo, Verónica. (2016). *El recurso de apelación en el COGEP*. [en línea]. Consultado: [05, julio, 2018] en: <https://www.derechoecuador.com/el-recurso-de-apelacion-en-el-cogep>
- Larrea, Juan. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen VIII. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Larrea, Juan. (2008). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Volumen VIII. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Montero Aroca, Juan. (2012). *La prueba en el proceso civil*. 7ma edición. S.L: Editorial Civitas Ediciones.
- Murillo, Mónica. (2016). *La hipoteca y su incidencia como garantía del contrato de préstamo de mutuo en las sentencias dictadas por la unidad judicial civil y mercantil de la ciudad de Riobamba periodo 2015*. [en línea]. Consultado: [29, junio, 2018] en: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/2759/1/UNACH-FCP-DER-2016-0034.pdf>
- Palacio, Enrique. (1997). *Manual de derecho procesal civil*. 13ra edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Ramírez Carlos. (2008). *Curso de Legislación Mercantil*. 4ta edición. Loja, Ecuador: Editorial de la Universidad Particular de Loja.

- Sada Contreras, Carlos. (2000). *Apuntes elementales de Derecho Procesal Civil*. Editorial de la Universidad Autónoma de Nuevo León Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología. Pág. 79
- Sánchez, R. (1993). *Teoría general del contrato*. México: Editorial Porrúa.
- Sarango Aguirre, Hermes. (2008). *El debido proceso y el principio de motivación de las resoluciones/sentencias judiciales*. Tesis de Maestría. [en línea]. Consultado: [02, julio, 2018] en:<http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/422/1/T627-MDE-Sarango-El%20debido%20proceso%20y%20el%20principio%20de%20motivaci%C3%B3n%20de%20las%20resoluciones....pdf>
- Sentis Melendo, Santiago. (1979). *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. 1era edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial EJEA.
- Velasco, Emilio. (1994). *Teoría y Práctica del Juicio Ejecutivo*. Primera Edición. Tomo III. Quito, Ecuador: Editorial S.A. Pudeleco.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. (2005). *Proceso penal y garantías constitucionales*. Quito, Ecuador: Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.