



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**

**DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en  
procedimiento monitorio**

**AUTOR:**

**Alfonzo León, José Daniel**

**Componente práctico del examen complejo previo a la obtención del título de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL  
ECUADOR**

**TUTOR:**

**Dr. Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Mgs.**

**Guayaquil, Ecuador**

**A los 13 días del mes de mayo del 2022**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente componente práctico del examen complejo, fue realizado en su totalidad por **ALFONZO LEÓN, JOSÉ DANIEL**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

**TUTOR**

\_\_\_\_\_  
**Dr. Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Mgs.**

**DIRECTORA DE LA CARRERA**

\_\_\_\_\_  
**Dra. Lynch de Nath, Maria Isabel., Mgs.**

**Guayaquil, a los 13 días del mes de mayo del 2022.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Alfonzo León, José Daniel.**

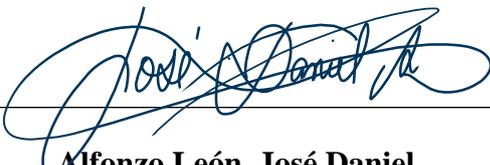
**DECLARO QUE:**

El componente práctico del examen complejo: **Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en procedimiento monitorio**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del componente práctico referido.

**Guayaquil, a los 13 días del mes de mayo del 2022.**

**AUTOR**



**Alfonzo León, José Daniel.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Alfonzo León, José Daniel.**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del componente práctico del examen complejo: **Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en procedimiento monitorio**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 13 días del mes de mayo del 2022.**

**AUTOR**



---

**Alfonzo León, José Daniel**



UNIVERSIDAD CATÓLICA

DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

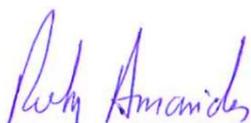
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

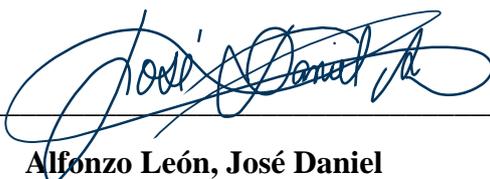
## REPORTE DE URKUND

The screenshot shows the URKUND interface. On the left, document details are listed: 'Documento: 1\_Tesis\_José Daniel Alfonso.docx (D136560927)', 'Presentado: 2022-05-14 11:45 (-05:00)', 'Presentado por: jose.alfonso@cu.ucsg.edu.ec', 'Recibido: maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com', and 'Mensaje: Trabajo de titulación WORD - JOSÉ DANIEL ALFONZO LEÓN'. A yellow box highlights '4% de estas 20 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.' On the right, a table titled 'Lista de fuentes' shows the following sources:

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Copia de Elaboración de examen complejo - José Luis Pérez Daguetto.docx
	Examen complejo Juan Garcia.docx
	KERLY MORANTE - TRABAJO DE TITULACIÓN.doc
	<a href="https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/criterios/Criterios%2...">https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/criterios/Criterios%2...</a>
	Tesis Joselyn Vinuesa.docx

f. 

**Dr. Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Mgs.  
Docente Tutor**

f.   
**Alfonzo León, José Daniel  
Autor**

## AGRADECIMIENTO

*A María y Atilio, mis padres; Génesis, Andrea, Lady y Armando, mis hermanos, quienes saben cuán duro ha sido el camino, les agradezco por ser mi motor y combustible, por animarme, aconsejarme, y reconfortarme en los momentos difíciles, agradezco el simple hecho de que sean mi familia.*

*A mi grupo cercano de compañeros quienes han formado parte de este largo viaje; hoy, con alivio podemos decir “hemos llegado”.*

*A Juvenal, Xavier y Alfredo Cuadros, por sus enseñanzas en las innumerables y prolongadas pláticas que despertaron mi interés en lo que hoy me apasiona, el Derecho Procesal.*

## DEDICATORIA

*Dedico este trabajo a mis padres, mis más entusiastas lectores.*

*A Pastora, mi abuela; por todos los días, tardes y madrugadas que se sentó a mi lado y me enseñó con amor, por su celosa preocupación hacia mi bienestar y mis estudios. Le dedico estas cortas palabras como muestra de mi perpetua admiración y cariño.*



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**Dr. Leopoldo Xavier Zavala Egas**

DECANO DE LA CARRERA DE DERECHO

f. \_\_\_\_\_

**Abg. Maritza Ginette Reynoso Gaute**

COORDINADORA DEL ÁREA DE LA CARRERA DE DERECHO

f.  \_\_\_\_\_

**Dr. Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Mgs.**

TUTOR



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**Facultad:** Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas  
**Carrera:** Derecho  
**Periodo:** C- 2022  
**Fecha:** A los 13 días del mes de mayo del 2022

**ACTA DE INFORME FINAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo del componente práctico del examen complejo denominado **Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en procedimiento monitorio** elaborado por el estudiante **ALFONZO LEÓN, JOSÉ DANIEL**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ (10)**, lo cual lo califica como **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN**.

---

**Dr. Benavides Verdesoto, Ricky Jack, Mgs.  
Docente Tutor**

## ÍNDICE

RESUMEN .....	XI
ABSTRACT.....	XII
INTRODUCCIÓN .....	2
DESARROLLO.....	5
1. Una aproximación al problema jurídico.....	5
1.1.Primer inconveniente: El caso concreto y el vacío normativo del COGEP.....	5
1.2.Segundo inconveniente: Confrontación entre la preclusión procesal y el ejercicio del derecho a la defensa .....	7
1.2.1. La ejecutoria del mandamiento de pago restringe el derecho a recurrir .....	8
1.2.2. La ejecutoria del mandamiento de pago restringe la posibilidad de exigir nulidad por falta de solemnidad sustancial.....	10
2. El procedimiento monitorio: Particularidades y diferencias sustanciales con otro tipo de procedimientos.....	13
2.1.Sobre el mandamiento de pago: concepto, momento procesal en que se emite y la naturaleza que adquiere frente a la no comparecencia del demandado .....	13
2.2.Falta de comparecencia del demandado: el inicio de la ejecución del mandamiento de pago .....	15
2.2.1. Naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución .....	16
3. Títulos de ejecución de procedencia jurisdiccional: Similitudes de la sentencia ejecutoriada y el auto que ejecutoria el mandamiento de pago en procedimiento monitorio.....	17
3.1.¿Cabe un planteamiento de nulidad mientras estos títulos son ejecutados? .....	18
4. La acción de nulidad de sentencia ejecutoriada como excepción a la cosa juzgada material .....	19
5. Remedios al problema jurídico planteado.....	20
5.1.Aplicación por analogía de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada al caso de estudio .....	21
5.2.Legislación comparada: Previsión normativa del problema .....	23
5.2.1. El caso de Alemania.....	23
5.2.2. El caso de Bolivia .....	24
5.2.3. El caso de Colombia.....	24
CONCLUSIONES.....	25
RECOMENDACIONES.....	27
BIBLIOGRAFIA.....	28

## RESUMEN

La expedición del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”) trajo consigo un nuevo paradigma en el sistema procesal ecuatoriano regido hasta ese entonces por el ahora derogado Código de Procedimiento Civil (“CPC”). Una nueva concepción, no solo por las materias incluidas en el COGEP que nuestra anterior norma adjetiva no regulaba, sino también, por la oportunidad de estructurar por primera ocasión un cuerpo normativo en el que se concentren todos y cada uno de los procesos en materia no penal; evitando de esta manera una excesiva remisión a otras leyes -tal como ocurría con el CPC- que no hacía más que dispersar la regulación normativa del proceso.

Este trabajo analiza una de las principales innovaciones del COGEP al régimen procesal civil ecuatoriano: el procedimiento monitorio, sus ventajas concretas en relación a otros procesos en materia civil y comercial; así como sus deficiencias, particularmente, la expedición del mandamiento de pago inicial, su ejecutoria ante la no comparecencia del demandado y los mecanismos de defensa del demandado ante una errónea citación con la demanda. Finalmente, se exponen los vacíos que presenta el COGEP entorno al caso en concreto expuesto en este trabajo, junto al planteamiento de posibles soluciones a fin de solventar los inconvenientes que se puedan derivar de este escenario.

***Palabras Claves:*** acción de nulidad de sentencia, proceso monitorio, auto de pago, citación, derecho procesal, analogía.

## ABSTRACT

The issuance of the de Ecuadorian Procedural Code for non-criminal matters or “COGEP” for its acronym in Spanish, brought with it a new paradigm in the procedural system governed until then by the repealed Code of Civil Procedure. A new conception, not only for the matters includes in the COGEP, that our previous procedural law did not regulate, but also, for the opportunity to structure a law that concentrates each and every one of the procedures in non-criminal matters, thus avoiding an excessive referral to other laws that only dispersed the normative regulation of the process.

This paper analyzes one of the main innovations of the COGEP to the Ecuadorian civil procedural regime: the payment order procedure, its specific advantages in relation to other civil and commercial proceedings, as well as its deficiencies, particularly the issuance of the initial payment order, its enforceability in the event of the defendant's non-appearance and the defense mechanisms of the defendant in the event of an erroneous summons with the claim. Finally, the gaps presented by the COGEP in the specific case described in this paper are presented, as well as the proposal of possible solutions in order to solve the problems that may arise from this scenario.

**Key words:** action for annulment of judgment, payment order procedure, payment order, summon, procedural law, analogy.

## INTRODUCCIÓN

Si bien la expedición del COGEP significó un cambio radical en nuestro sistema procesal, también ha implicado el desafío de enfrentar innumerables dudas y vacíos relacionados a la forma en cómo debe ser aplicado en situaciones concretas, y es que, debido a que se trata de un cuerpo normativo relativamente reciente; seis años desde su entrada en vigencia, no puede afirmarse que existe un amplio repertorio jurisprudencial sobre cada uno de los puntos de derecho que requieren ser aclarados.

Cabe mencionar que, de manera similar nuestra Corte Nacional de Justicia (“CNJ”) no cuenta con un extenso catálogo de resoluciones con fuerza de ley que absuelvan cuestionamientos sobre el debate jurídico provocado por los vacíos existentes en el COGEP.

Por este motivo, las reglas de la actividad procesal que adolecen de oscuridad pueden llegar a generar incertidumbre, tanto a las partes intervinientes en el proceso, como al propio operador de justicia, quien por expresa disposición legal, no tiene permitido evadir la responsabilidad de resolver la controversia puesta a su conocimiento a pretexto de falta de norma u oscuridad de esta; al contrario, debe emitir su decisión, obligándose a subsanar los defectos normativos existentes con la aplicación de fuentes del derecho pertinentes a cada caso concreto.

Este último aspecto se desarrolla en detalle en el artículo 28 del Código Orgánico de la Función Judicial (“COFJ”), que menciona:

Art. 28.- Principio de la obligatoriedad de administrar justicia. Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del

ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Sin dejar de estimar lo antes indicado, esta situación supone al juzgador un primer inconveniente de carácter interpretativo, que surge al confrontar un conjunto de normas que no tiene un adecuado tratamiento sistemático e integrador a una situación jurídica determinada; el segundo inconveniente se enfoca en los vacíos propios de nuestra norma procesal, en otras palabras, si el proceso carece de un eslabón importante que delimite su hoja de ruta, evidentemente hay mayores posibilidades de un razonamiento judicial equivocado en perjuicio de las partes.

Todas estas consideraciones serán objeto de estudio en el presente trabajo, y estarán dirigidas a analizar un caso que, si bien no ha tenido un extenso debate, es parte de los inconvenientes prácticos de la aplicación de las reglas del procedimiento monitorio determinadas en el COGEP. En síntesis, la investigación analizará los mecanismos de defensa permitidos por nuestra norma procesal, frente a la ejecutoria del mandamiento de pago dictado en el procedimiento monitorio, como consecuencia de la falta de comparecencia del demandado, desde luego incluyéndole un matiz adicional, su incorrecta citación con la demanda.

Del mismo modo se analizarán los efectos procesales de la ejecutoria del mandamiento de pago en este caso en particular, y los resultados de continuar el proceso con ausencia del demandado; se examinará en detalle la mutación del procedimiento monitorio en uno de ejecución, y cómo debido a las características propias de este último no pueden incluirse discusiones de fondo que tiendan a un ulterior pronunciamiento constitutivo de derechos, al contrario, debe limitarse únicamente a ejecutar el título de ejecución puesto a disposición del juzgador.

Se explicarán los criterios de interpretación y aplicación por analogía de las reglas de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada establecidas en el artículo 112 del COGEP al procedimiento monitorio. La tesis de cómo la ejecutoria del mandamiento de pago, siendo un auto interlocutorio que da por finalizado el proceso puede ser objeto de esta acción, se justificará en la medida de que se cumplan las condiciones inherentes a la acción de nulidad.

Finalmente, se planteará la solución al problema jurídico partiendo de la base de las herramientas existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, sin perjuicio de mencionar casos análogos en países con tendencia del *civil law*, en las que, de manera práctica se han encontrado soluciones al vacío que hoy por hoy se encuentra en nuestra norma.

## DESARROLLO

### 1. Una aproximación al problema jurídico

El propósito de esta sección, como su título expone, es efectuar una aproximación concreta del problema jurídico planteado en esta investigación, con la única finalidad de que sirva como *advertencia preliminar* respecto a la delimitación de la materia abordada a lo largo de su desarrollo.

Una segunda advertencia se justifica en el ámbito de investigación, este es un trabajo inclinado a identificar, esclarecer y finalmente resolver un problema *de la praxis* vinculada a la aplicación del COGEP, por tanto, no se indagarán aspectos históricos de las instituciones objeto de estudio, ni se esbozarán amplios criterios doctrinarios más allá de los necesarios para resolver dudas conceptuales. Es en tal sentido que se presentan los puntos medulares que forman parte del ya anunciado problema jurídico.

#### 1.1. Primer inconveniente: El caso concreto y el vacío normativo del COGEP

El *deber ser* de todo ordenamiento jurídico o sistema normativo con "plenitud o integridad del Derecho" (p. 123) tal como lo menciona (Prieto Sanchís, 2014) es justificado en función de la cantidad de hipótesis fácticas y consecuencias jurídicas por ellos regulados. En ese sentido, a cada situación de hecho se le debe asignar una consecuencia o en su defecto una estructura lógica completa, aunque para esta labor se recurra a otro cuerpo normativo o a casos análogos en la norma donde se origina la laguna, el mismo autor explica que:

Dicho de otro modo, un sistema es pleno si cualquier caso puede ser calificado como prohibido, obligatorio o permitido según alguna norma del sistema. Cuando falta esa norma decimos estar en presencia de una laguna: un cierto caso representa una laguna de un determinado sistema cuando éste no correlaciona dicho caso con alguna calificación normativa. (p. 123)

Naturalmente no puede afirmarse que existe en la actualidad un ordenamiento jurídico perfectamente instrumentado o *pleno*, considerando que las lagunas

normativas pueden presentarse con regularidad tal como ocurre en nuestra norma procesal, y como se evidenciará durante el desarrollo de este trabajo.

Ahora bien, aterrizando este orden de ideas concretamente hacia el primer planteamiento del problema jurídico, conviene separar cada una de las situaciones previstas en el COGEP con las que podrían vulnerarse los derechos del demandado, puntualmente, las reglas que rigen el procedimiento monitorio.

Partamos del escenario propuesto: se presenta una demanda monitoria que es calificada como admisible por el juzgador competente, en consecuencia, se ordena la citación del demandado con la *demand* y el *mandamiento de pago* sobre la obligación que ha sido reconocida por el juzgador como “determinada de dinero, líquida, exigible y de plazo vencido” en arreglo con lo dispuesto en el artículo 356 del COGEP.

Sin necesidad de incorporar mayores detalles relacionados con la *forma* de la diligencia, se cita indebidamente al demandado, por lo que éste no toma conocimiento del proceso iniciado en su contra ni propone excepciones. Posteriormente, como resultado de la razón de citación realizada, el juzgador continúa el proceso en rebeldía y declara la no comparecencia del demandado para lo cual dicta un auto interlocutorio que termina por ejecutoriarse bajo lo dispuesto en el tercer inciso del artículo 358 del COGEP que indica:

Si la o el deudor no comparece dentro del término concedido para el efecto o si lo hace sin manifestar oposición, el auto interlocutorio al que se refiere el inciso primero quedará en firme, tendrá el efecto de cosa juzgada y se procederá a la ejecución, comenzando por el embargo de los bienes de la o del deudor que la acreedora o el acreedor señale en la forma prevista por este Código. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

En definitiva, las circunstancias de este caso en particular generan severos inconvenientes de naturaleza procesal, debido a que el COGEP no prevé mecanismo impugnatorio alguno con el que pueda atacarse el auto que otorga el efecto de cosa juzgada al mandamiento de pago dictado inicialmente por el juzgador, impidiendo que se restablezca el *status quo* de la demandada de manera legítima.

El concepto de *status quo* de las partes procesales podría insinuarse de gran complejidad, pero es más sencillo de lo que parece, así lo ha descrito la Corte Suprema

de Nueva Zelanda (High Court of New Zealand (Asher J), 2010) en sentencia, a la cual se hará referencia únicamente a efectos de aclarar el alcance del concepto aludido:

Esto indica que la expresión “status quo” debe enfocarse de la misma manera flexible en que se aborda en los casos de medidas cautelares. Considero que la expresión se utiliza en el sentido de mantenimiento o restablecimiento de un estado de cosas ya sea pasado o presente. (p. 9-10)

Ciertamente existe un riesgo potencial y real de afectación a la situación jurídica de la parte demandada al no preverse en el COGEP la vía de impugnación pertinente para que el juzgador declare la nulidad del mandamiento de ejecución, es más, existe una alta probabilidad de que el proceso siga su curso hasta llegar a la ejecución de medidas cautelares contra la parte demandada, aún, sin su conocimiento por haber sido indebidamente citada, lo que traslada la argumentación al cuestionamiento inicial. ¿Cuál sería el mecanismo idóneo para proteger sus derechos? ¿Cómo se garantiza su ejercicio al derecho a la defensa?

Esta interrogante presenta sus dificultades por el engranaje del proceso, los principios que lo rigen y las etapas con las que se encuentra constituido en nuestra norma procesal. No puede escapar a la vista que el proceso está cimentado, desde luego, sobre la preclusión procesal, trasladándonos al segundo elemento del problema jurídico.

## **1.2. Segundo inconveniente: Confrontación entre la preclusión procesal y el ejercicio del derecho a la defensa**

Una segunda problemática surge ante la pérdida de oportunidad del demandado para presentar recursos, así como acciones que tiendan a declarar la nulidad del mandamiento de pago luego de haberse ejecutoriado.

En virtud de la naturaleza del procedimiento monitorio y la forma cómo fue estructurado por el legislador, las reglas procedimentales están ya establecidas, aunque supongan en algún punto de la *litis* el surgimiento de incidentes dirigidos a determinar la validez del proceso.

Es importante no olvidar el enfoque del caso concreto y el matiz adicional incorporado; la indebida citación del demandado. Siendo así, la explicación de este segundo inconveniente involucra dos aspectos de suma importancia:

### ***1.2.1. La ejecutoria del mandamiento de pago restringe el derecho a recurrir***

No es intención de este trabajo discutir los principios cardinales que rigen en todo proceso como es el caso de la *preclusión procesal*; no obstante, sí es primordial resaltar las deficiencias del procedimiento monitorio en cuanto impide *-bajo el supuesto planteado-* el ejercicio del derecho a la defensa del demandado desde que el mandamiento de pago es expedido junto a la calificación de la demanda hasta su ejecución.

Las críticas a la construcción legislativa del procedimiento monitorio se realizan, sin perjuicio de la debida cautela y respeto al principio de *preclusión*. Conscientes de que se trata de un principio procesal transversal, mal se haría en cuestionar su instrumentación ya que es parte implícita y elemental del proceso.

Continuando el razonamiento propuesto, la crítica antes referida está dirigida a la estructura del procedimiento monitorio, en cuanto a la forma en cómo cada etapa está relacionada entre sí, y culmina con la limitación del demandado para ejercer su derecho a la defensa a través de mecanismos impugnatorios; de manera más exacta, su derecho a recurrir.

La distinción entre recursos verticales y horizontales es diversa y amplia, sin embargo, para simplificar su explicación, la CNJ (2017a) propone una conceptualización práctica bajo nuestro sistema normativo:

Sobre los medios de impugnación previstos en el COGEP, siendo recursos horizontales: aclaración, ampliación, reforma y revocatoria; y verticales: apelación, casación y de hecho (...)

La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.

Estos recursos buscan emendar algún defecto de la decisión judicial, cuando se ha omitido pronunciarse sobre algún aspecto de la litis, o no está clara la decisión sobre cómo se ha de ejecutar la sentencia (...)

Los recursos de reforma o revocatoria, solo se los puede interponer respecto de providencias que sustancian el proceso, buscan corregir algún error procesal, como cuando el juez dicta alguna orden en forma prematura, o se equivoca al señalar a la persona que debe cumplir una orden judicial. (...)

Apelación es el recurso concedido a favor de todo litigante, tercero o persona a quien una sentencia o auto definitivo e interlocutorio ocasione un perjuicio, con el objeto de que el tribunal de apelación lo revoque, reforme o anule. (p. 59-61)

Sin necesidad de ahondar en el recurso de casación o de hecho limitándonos a los que han sido mencionados, como se evidencia, nuestra norma procesal a pesar de reconocer recursos de carácter vertical y horizontal limita su admisibilidad dependiendo de las circunstancias en las que son interpuestos.

En el presente caso, la explicación concreta de la restricción del derecho a recurrir se resume bajo las siguientes circunstancias:

- i.* Una interpretación literal del tercer inciso del artículo 358 del COGEP, sumado al razonamiento de los operadores de justicia en este tipo de procedimientos, permite afirmar que el auto que ordena la ejecutoria del mandamiento de pago y su posterior ejecución, no admite recurso de apelación, siendo un caso excepcional en nuestra legislación procesal.
- ii.* El auto anteriormente referido, al tratarse de una providencia interlocutoria no admite revocatoria o reforma, dado que estos recursos están reservados únicamente a los autos de sustanciación, por lo que mal podría requerirse al juez, que el auto sea revocado.
- iii.* Las circunstancias del caso de estudio, evidentemente, determinan que el demandado no tiene conocimiento del proceso; sin embargo, admitamos por un momento la hipótesis de que por una eventualidad se informe del él, aún en ese supuesto, su derecho a recurrir está limitado; el porqué de esta situación encuentra respuesta una vez más en el texto del tercer inciso del artículo 358 del COGEP, el auto está ejecutoriado y tiene calidad de cosa juzgada, por tanto, aún en este escenario el

demandado no podría apelar con ocasión a una nulidad por falta de citación como lo prevé el artículo 111 del COGEP.

Cabe reiterar que no se desconoce la competencia del legislador para configurar a través de la norma, bajo su criterio y las condiciones que estimen pertinentes, las etapas en las que se divide al proceso, concordamos en este sentido, con el lúcido concepto dado por (Palacio, 1986):

De acuerdo con el principio de preclusión, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos periodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquellos que se ejecutan fuera del periodo que les está asignado. (p. 278-279)

Sin embargo, como se ha anotado en esta sección, existe una desnaturalización del derecho a la defensa, no solo porque vuelve ineficaz todo medio de impugnación a los que naturalmente la parte procesal afectada tendría acceso, sino también, porque la norma no mitiga estas deficiencias con soluciones alternativas que permitan su ejercicio.

Es bajo este entendido, y con plena seguridad que se afirma que todos los recursos que se planteen ante la ejecutoria del auto de pago se entienden automáticamente extemporáneos, ya que el procedimiento monitorio está diseñado para que el mandamiento de pago que se dicta con la calificación de la demanda se ejecutorie contra la razón de no comparecencia del demandado iniciando por consiguiente su ejecución de manera inmediata.

### ***1.2.2. La ejecutoria del mandamiento de pago restringe la posibilidad de exigir nulidad por falta de solemnidad sustancial***

Bajo la misma línea argumentativa expuesta *ut supra* resulta necesario delimitar una vez más nuestro caso de estudio, en el que la parte afectada no ha sido debidamente citada con la demanda ni el mandamiento de pago; además, dado que no ha propuesto excepciones, el mandamiento de pago se encuentra ejecutoriado y ha iniciado su ejecución.

La primera consecuencia lógica de aquello no es otra que no poder ser parte del contradictorio que pudo formularse ante la oposición del demandado bajo las reglas del artículo 359 del COGEP que expresa:

Art. 359.-Oposición a la demanda. Si la parte demandada comparece y formula excepciones, la o el juzgador convocará a audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final. Si no hay acuerdo o este es parcial, en la misma audiencia dispondrá se practiquen las pruebas anunciadas, luego de lo cual, oirá los alegatos de las partes y en la misma diligencia dictará sentencia, contra la cual solo caben la ampliación, aclaración y el recurso de apelación. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Al contrario, el giro que toma el proceso en los casos en que se ejecutoría el mandamiento de pago conlleva el inicio de su ejecución bajo las reglas contempladas en el Título I del Libro V del COGEP.

Las implicaciones del inicio del proceso de ejecución serán discutidas oportunamente en este trabajo (2.1 y 2.2), sin perjuicio de lo cual se definirá de manera resumida el inconveniente relacionado a la restricción de la oportunidad del demandado para solicitar judicialmente la nulidad del proceso frente una falta de *solemnidad sustancial*, de las determinadas en el artículo 107 del COGEP, para lo cual se debe considerar:

- i. Como se ha justificado (2.1.1) la falta de comparecencia del demandado en el procedimiento monitorio tiene un efecto *ipso iure* que deviene en la transformación del mandamiento de pago en un título de ejecución.
- ii. Esta mutación del proceso *-de uno declarativo a uno de ejecución-* suprime las demás fases que involucran la convocatoria a audiencia y la expedición de sentencia declarando con lugar o no la demanda junto a la obligación exigida en ella.
- iii. La relativa celeridad y la forma en cómo fue instrumentado legislativamente el procedimiento monitorio *-ante la no comparecencia*

*del demandado se omite audiencia y sentencia pasando a ejecutar el mandamiento de pago directamente-* restringe lógicamente la posibilidad del demandado de solicitar la nulidad procesal por falta de *solemnidad sustancial*, ya que no hay fase *intraprocesal*.

- iv. Aún en el escenario hipotético en que el demandado tome conocimiento del proceso después de la ejecutoria del mandamiento de pago, no podría alegar nulidad del proceso porque la etapa procesal para hacerlo ya precluyó (véase 2.1.1 y 3.1).

Conviene subrayar que nos referimos a los casos del artículo 107 del COGEP que se componen por siete supuestos conforme se detalla a continuación:

Art. 107.-Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos:

1. Jurisdicción.
2. Competencia de la o del juzgador en el proceso que se ventila.
3. Legitimidad de personería.
4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.
5. Notificación a las partes con la convocatoria a las audiencias.
6. Notificación a las partes con la sentencia.
7. Conformación del tribunal con el número de juzgadores que la ley prescribe.

Solamente se podrá declarar la nulidad de un acto procesal en los casos en los que la ley señale expresamente tal efecto. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

La explicación respecto a esta restricción se refiere y está dirigida a aquellos casos de nulidad *intraprocesal* y en los que la providencia *-sea sentencia o auto interlocutorio-* que da por finalizado el proceso no se encuentra ejecutoriada *-cosa juzgada formal-* sin perjuicio de que, en lo posterior (véase 3.1) nos referiremos al planteamiento de otro tipo de nulidades como, por ejemplo, la *acción de nulidad de sentencia ejecutoriada* la cual es interpuesta contra una decisión con *apariencia* de cosa juzgada material.

Como se ha mencionado, la *mutación* del proceso monitorio a uno de ejecución restringe la posibilidad de solicitar la nulidad del procedimiento *de pleno derecho* por disposición propia del tercer inciso del artículo 358 del COGEP.

Una vez realizadas estas precisiones, concluye el planteamiento del problema jurídico procediendo a desarrollar ahora los fundamentos sustantivos que explican en detalle las deficiencias procesales del COGEP en el caso de estudio, además de incorporar los aspectos relacionados a su posible solución.

## **2. El procedimiento monitorio: Particularidades y diferencias sustanciales con otro tipo de procedimientos**

El juicio monitorio presenta ventajas procedimentales únicas no incorporadas en otro tipo de procedimientos regulados por el COGEP, estas ventajas o particularidades relevantes para esta investigación, se identifican de la siguiente forma: (i) La expedición del mandamiento de pago por parte del juzgador al momento de calificar la demanda; y, (ii) Ante la falta de comparecencia del demandado por cualquiera que sea la causa, el mandamiento de pago dictado inicialmente adquiere la calidad de cosa juzgada y procede a ejecutarse.

En tal sentido, los siguientes puntos tratarán de explicar con mayor exactitud cada una de estas particularidades, sus conceptos, reglas y consecuencias en cuanto al proceso.

### **2.1. Sobre el mandamiento de pago: concepto, momento procesal en que se emite y la naturaleza que adquiere frente a la no comparecencia del demandado**

Con respecto al término *mandamiento*, una primera aproximación conceptual lo refiere a una *orden* de carácter *imperativo*; no muy alejada se encuentra la definición que la Real Academia Española (2022) le brinda al referirse al *mandamiento* como el “Despacho del juez, por escrito, mandando ejecutar algo” y es que, el mandamiento en el procedimiento monitorio es conceptualmente eso, una orden procesal inicial de pago por medio de la cual, el juzgador declara anticipadamente la existencia del crédito, sin necesidad de analizar el fondo de las alegaciones de las partes formuladas por el *contradictorio*.

En cuanto a su objetivo la CNJ (2017b) expone de manera acertada lo siguiente:

La finalidad es el cobro de deudas de menor cuantía, a través de un trámite ágil. El juez en primer auto exige al deudor el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, y en caso de no existir oposición al requerimiento, el auto interlocutorio (mediante el cual se ordenó el mandamiento de pago) quedará en firme con efecto de cosa juzgada. Procede entonces a la ejecución con la posterior orden de embargo de los bienes. (p. 4)

Bajo esta línea de ideas, el procedimiento monitorio se instituye ante la necesidad de eficiencia y eficacia en el cobro de obligaciones de menor cuantía, permitiendo que el juzgador, a través de la demanda puesta en su conocimiento, declare de manera *célere* y *anticipada* la presunción de la exigibilidad del crédito, obteniendo el acreedor un requerimiento judicial de pago, que, ante la falta de contestación del demandado, permite al demandante acceder a su ejecución. (Corte Constitucional Colombiana, 2014)

El momento procesal en que se emite el mandamiento de pago está determinado por las reglas del artículo 358 del COGEP, esto es, con la calificación de la demanda. Sin embargo, está subordinado un elemento de procedibilidad: la admisibilidad de la demanda, a su vez, fundamentada en la prueba y justificación preliminar de la deuda. Respecto a esta primera fase procesal la CNJ (2017b) comenta que “(...) no necesita de juicio previo declarativo de derecho, sino que empieza por el mandamiento de pago, primer acto jurisdiccional, cuya contradicción, da el carácter de interlocutorio al auto.” (p. 6)

Admitida la demanda, el siguiente paso es la citación al accionado no solo con la demanda, debe acompañarse adicionalmente la providencia que incorpora la orden judicial o *mandamiento de pago*, prosiguiendo la contestación de la demanda, etapa en la que nos detendremos para realizar unas precisiones respecto a la *citación* y al *contradictorio*.

Tradicionalmente la citación se define como la diligencia procesal a través del cual se pone en conocimiento del demandado el contenido de la acción propuesta en su contra, es también, una *solemnidad sustancial* inherente a todo proceso cuya

deficiente ejecución acarrea la nulidad de lo actuado siempre que haya restringido el ejercicio del derecho a la defensa de la parte accionada.

La efectividad de la diligencia de citación no es *inmutable*, puede realizarse deficientemente al igual que cualquier otra diligencia del proceso, afectando en este caso particular, los derechos del demandado. Cuando el fin último de este acto procesal no se cumple en debida forma y bajo las condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico se generan en esta medida, consecuencias reflejadas en el proceso; la principal, la falta de comparecencia del demandado y la continuidad del proceso en *aparente* rebeldía perjudicando principalmente el *contradictorio*.

Por otra parte, reviste una mayor importancia especialmente en el procedimiento monitorio por el riesgo de afectación al demandado a través del mandamiento de pago, ya que éste, bajo las reglas del COGEP, se convierte en un título de ejecución ante la falta de comparecencia de la accionada, generando un inconveniente grave en aquellos supuestos de citación indebida; y, por tanto, la falta de oportunidad del demandado para proponer excepciones en los términos del 359 del COGEP.

En todo caso y sin ahondar en mayores detalles que el objeto de estudio, el efecto procesal de la falta de comparecencia del demandado bajo las reglas del tercer inciso del artículo 358 se traduce principalmente en dos:

- i.* El auto interlocutorio que contiene el mandamiento de pago se ejecutoría *ipso iure* y obtiene la calidad de cosa juzgada material; y,
- ii.* El auto interlocutorio que contiene el mandamiento de pago se convierte en un título de ejecución pudiendo iniciar con el embargo de los bienes del deudor.

## **2.2. Falta de comparecencia del demandado: el inicio de la ejecución del mandamiento de pago**

Sin ánimos de adoptar un tono reiterativo respecto a las circunstancias fácticas y jurídicas sobre las que se asienta la problemática procesal aquí planteada, es menester, que el lector se ubique en los elementos abordados y desarrollados de manera precisa al inicio de esta investigación (1.1).

La falta de comparecencia del demandado en el procedimiento monitorio, independientemente de las causas que se encuentren involucradas -*vicios de procedimiento o rebeldía*- finaliza automáticamente la fase *declarativa* y da paso al procedimiento de ejecución cuya naturaleza es distinta respecto del primero.

Ahora bien, conviene subrayar que nuestra norma procesal expresamente en su artículo 363, enlista un catálogo referencial de los títulos de ejecución que legitiman el inicio de un procedimiento de esta naturaleza, entre ellos, el numeral 9 de interés para el desarrollo de esta sección, identifica al mandamiento de pago de la siguiente forma:

Art. 363.-Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes:

9. El auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la falta de oposición del demandado. (Código Orgánico General de Procesos, 2015)

Permitiendo de esta forma el inicio del procedimiento de ejecución bajo las reglas del Título I del Libro V del COGEP, lo que incluye la ejecución de medidas de embargo o las que el accionante considere eficientes para el cobro de su crédito.

### ***2.2.1. Naturaleza jurídica del procedimiento de ejecución***

Sobre la naturaleza y distinción entre el proceso declarativo y ejecutivo Devis Echandía (2022) mantiene el criterio de que:

Esta clasificación responde a las distintas funciones del proceso. Los procesos de condena, declarativo puro y de declaración constitutiva tienen como finalidad la declaración de un derecho o responsabilidad o de la constitución de una relación jurídica, e incluyen, por lo tanto, al grupo general de declarativos y a los dispositivos. En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos.

Cuando no se trate de una pretensión discutida que implique la necesidad de declarar quién tiene razón, sino de una pretensión cuya existencia aparece clara y determinada en el título que se aduce pero que está insatisfecha, porque el

obligado no ha cumplido su obligación correlativa, estamos en presencia del proceso ejecutivo. En aquél, el mandato debe ser formado por el juez mediante la decisión o sentencia; en cambio, en éste el mandato ya existe y se trata simplemente de su ejecución. (p. 165)

Al ser el procedimiento de ejecución de naturaleza no declarativa, el juzgador debe limitarse únicamente a ejecutar el contenido del título representativo de la obligación, por lo que está vetado de iniciar discusiones sobre el fondo de la controversia relacionadas a determinar, por citar algunos ejemplos, el origen del crédito, o solicitar justificaciones excesivas sobre el derecho o no del demandante para requerir judicialmente el cobro de su acreencia, estos aspectos no son parte del proceso de ejecución.

Para zanjar cualquier duda que pueda presentarse al respecto, cabe traer a colación el criterio jurisprudencial de la actual Corte Constitucional del Ecuador (2019) en un caso relevante en cuanto a conceptos; en él se analiza la naturaleza del proceso coactivo y el de ejecución de sentencia en materia laboral; que, si bien pertenecen a distintas esferas *-el primero a la administrativa y el segundo a la judicial-* la Corte concluye que en ambos supuestos se trata de procedimientos que no están diseñados para la determinación de responsabilidades ni acreencias, sino únicamente para el cobro o ejecución de créditos previamente declarados. (Sentencia No. 22-13-IN/20, 2020).

### **3. Títulos de ejecución de procedencia jurisdiccional: Similitudes de la sentencia ejecutoriada y el auto que ejecutoría el mandamiento de pago en procedimiento monitorio**

La diversa distinción y procedencia de los títulos de ejecución que son parte del catálogo presentado por el artículo 363 del COGEP, encuentra su distinción en la siguiente explicación:

- i. Títulos de ejecución de procedencia jurisdiccional: La sentencia ejecutoriada, laudo arbitral expedido por Cortes nacionales, así como sentencias y laudos expedidos en el extranjero, transacción aprobada judicialmente, el auto que aprueba la conciliación parcial, y el auto que

contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la oposición del demandado.

- ii.* Títulos de ejecución de procedencia voluntaria o convencional: La hipoteca, el acta de mediación, contrato de prenda y contratos de venta con reserva de dominio, la transacción.
- iii.* Título de ejecución de procedencia administrativa: El acto administrativo presunto ante la falta de contestación de la administración pública.

El análisis se enfocará en los primeros, aquellos de procedencia jurisdiccional, de manera específica las similitudes entre la sentencia ejecutoriada y el auto interlocutorio que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la oposición del demandado.

En primer lugar, y la más evidente, son títulos de ejecución que tienen origen en una decisión jurisdiccional; independiente de las circunstancias en las que fueron expedidas. En segundo lugar, la decisión tiene origen en un proceso declarativo previo, las sentencias con un ámbito cognoscitivo amplio y la ejecutoria del mandamiento de pago focalizado en las causas taxativas del procedimiento monitorio. Por último, la ejecutoria de cada decisión *jurisdiccional* tiene mérito de título de ejecución.

### **3.1.¿Cabe un planteamiento de nulidad mientras estos títulos son ejecutados?**

Una vez que han sido disipadas las dudas sobre la naturaleza del procedimiento de ejecución y la restricción del juzgador para emitir pronunciamientos de *fondo* (2.2.1), se plantea ahora la interrogante de la posibilidad legal de proponer nulidad procesal en esta fase.

En este caso la respuesta dependerá de qué tipo de nulidad procesal es promovida, ya que existen nulidades dirigidas a atacar defectos procesales propios del procedimiento de ejecución, nos referimos, por citar algunos ejemplos, a los siguientes casos:

- i.* Indebida notificación con la solicitud de ejecución, en los títulos de ejecución con procedencia convencional y administrativa;
- ii.* Notificación a audiencia de remate de embargo;
- iii.* Nulidad del remate.

Otros incidentes, podrían *hipotéticamente* estar dirigidos a solicitar la nulidad del procedimiento por falta de solemnidad sustancial bajo los supuestos del artículo 107 del COGEP; *hipotéticamente*, porque en la práctica nada impide que la parte procesal incidente el procedimiento de ejecución con una petición de esta naturaleza, no obstante, el juzgador debe determinar si esta petición es acorde a derecho y por tanto, puede prosperar en esta fase procesal.

Siguiendo esta línea, asumamos por un momento, que la parte afectada plantee un incidente procesal por falta de citación, mientras el actor ejecuta un título de procedencia jurisdiccional; nos referimos en este caso a la *sentencia ejecutoriada* o al *auto que ejecutoria el mandamiento de ejecución*, en este caso el órgano jurisdiccional deberá analizar la procedencia o no del pedido.

En relación con la *sentencia ejecutoriada*, el razonamiento judicial debería inclinarse por no aceptar el incidente de nulidad, si este se propone en fase de ejecución debido a que, (i) existe una acción específica para solicitar la nulidad de la sentencia ejecutoriada; y, (ii) los aspectos de nulidad fueron discutidos en la fase de saneamiento.

A diferencia de la sentencia, *el auto que ejecutoria el mandamiento de ejecución* no tiene una vía específica para exigir la nulidad del *proceso declarativo previo* ante una falta de solemnidad sustancial, no obstante, el ejercicio del derecho a la defensa no debería estar restringido por este aspecto.

Por este razonamiento, y no solo por sus semejanzas sino por el grado de compatibilidad de ambos títulos de ejecución entre sí, abordaremos en lo posterior (5.2) la procedencia de aplicación por analogía de las reglas de la acción dirigida a anular la sentencia ejecutoriada al auto que ejecutoria el mandamiento de ejecución dictado en procedimiento monitorio.

#### **4. La acción de nulidad de sentencia ejecutoriada como excepción a la cosa juzgada material**

La acción de nulidad de sentencia es autónoma y se rige por las reglas del artículo 112 del COGEP, se dirige contra la sentencia ejecutoriada, un acto procesal que, conceptualmente goza de *cosa juzgada material*. La CNJ (677-12, 2012) define a los procesos de acción de nulidad de sentencia ejecutoriada como aquellos donde se discute si “el proceso en el que recayó la sentencia que se pretende su anulación, se

sustanció observándose los requisitos esenciales para que exista jurídicamente y si el demandado tuvo o no la oportunidad de ejercer su defensa” (p. 3)

Un primer elemento de la acción de nulidad vincula al principio de taxatividad como eje de control y admisibilidad, es decir, únicamente podrá solicitarse la nulidad de la sentencia ejecutoriada bajo los presupuestos que, taxativamente determina el artículo 112 del COGEP. En palabras de la Corte Constitucional Ecuatoriana (Sentencia No. 323-13-EP/19, 2019) la importancia de la taxatividad de las causales:

(...) se justifican en que esto brinda certeza en torno a las exactas situaciones jurídicas que podrían suponer la anulación de una decisión que, al tener efectos de cosa juzgada, ha generado una legítima confianza en las partes procesales sobre determinada situación jurídica. Es por esto que, en materia de nulidades procesales, rige el principio de especificidad, principio que implica que: 'no hay nulidad sin texto; no hay nulidad sin ley'. (p. 6)

La interposición de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada irrumpe, por tanto, el principio de *cosa juzgada* y la inmutabilidad de la sentencia, estableciendo de tal forma que no es una garantía absoluta sino una que admite limitaciones. Desde luego esta limitación no tiene origen en un hecho arbitrario sino en una decisión de carácter jurisdiccional que busca restablecer el orden legal y procedimental, además de los derechos de la parte demandada, que han sido afectados.

Es en este sentido, un remedio procesal a la inmutabilidad de la sentencia expedida en contravención del ordenamiento jurídico; sentencia que, ha sido convertida en un acto procesal dotado de *apariencia de legalidad* más en el fondo, no de *eficacia jurídica*, por este motivo, referimos a que la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada tiene como finalidad desvelar los defectos procesales de la sentencia que se impugna y que ha afectado los derechos del demandado.

## **5. Remedios al problema jurídico planteado**

La finalidad de este trabajo desde su inicio ha sido plantear una guía práctica para el lector que quiera informarse sobre los presupuestos y dificultades que trae consigo la aplicación del COGEP en casos como el de estudio, que, si bien puede parecer remoto y excesivamente específico, es un escenario posible bajo nuestra normativa actual.

De manera modesta los planteamientos desarrollados en este trabajo tienen la finalidad de ilustrar las barreras que el propio legislador ha instaurado al demandado a través del procedimiento monitorio, y su ejecución bajo los presupuestos planteados. Corresponde ahora, examinar las posibles soluciones a fin de brindar relativa certeza sobre los mecanismos de defensa que se encuentran al alcance del demandado.

### **5.1. Aplicación por analogía de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada al caso de estudio**

A la luz de lo expuesto ha quedado evidenciado que la legislación ecuatoriana no prevé, luego de la ejecutoria del mandamiento de pago, un mecanismo de defensa que le permita al demandado recurrir o alegar falta de *solemnidad sustancial* en su *procedimiento declarativo previo*, con fundamento en una indebida citación.

En contraste, el COGEP tampoco restringe, ni prohíbe expresamente la posibilidad de solicitar la nulidad del auto interlocutorio que se ha ejecutoriado, y que ha servido de título para el inicio del procedimiento ejecución. La solución sería sencilla si una acción de estas características estuviera recogida por nuestra norma procesal, pero al no ser así, las reglas de interpretación normativa nos indican que no queda otro camino más que analizar casos análogos, siempre no se trate de situaciones evidentemente incompatibles.

El vacío normativo del COGEP obliga en este sentido a implementar criterios de interpretación correctora en miras a obtener un solo criterio de aplicación normativa en situaciones que comparten propiedades similares, en otras palabras, nos referimos a la extensión de una norma a un supuesto de hecho no previsto en ella, pero con el que mantiene una semejanza relevante (Prieto Sanchís, 2014).

No solo la doctrina desarrolla parámetros de interpretación normativa, también lo recoge nuestra legislación, atendiendo a un criterio de integralidad de la norma. Es con relación a esta cláusula general que se rige el sistema procesal ecuatoriano, ante lo cual, el COFJ delimita un estándar interpretativo por parte del órgano jurisdiccional ante lagunas en la ley:

Art. 29.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos

reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal. (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009)

Claramente el último inciso del artículo 29 del COFJ es una habilitación legal para extender las reglas de determinada institución a otra, siempre que no contravenga como ya hemos mencionado, su naturaleza jurídica; además, que el supuesto de hecho al que se aplicará extensivamente la norma debe tener semejanzas importantes en cuanto a los presupuestos del caso análogo.

Bajo este razonamiento, la propuesta central de este trabajo es presentar criterios objetivos sobre la aplicación por analogía de la *acción de nulidad de sentencia ejecutoriada* al caso de estudio, como se ha demostrado, nuestra norma no regula un tipo de acción específico para atacar procesalmente el auto que ejecutoria el mandamiento de pago en el procedimiento monitorio, correspondiendo a la parte afectada analizar cuál sería la vía idónea para garantizar su derecho a la defensa frente al posterior inicio de la fase de ejecución.

Los supuestos que legitiman el inicio de la *acción de nulidad de sentencia ejecutoriada*; así como los supuestos que preceden a la ejecutoria del mandamiento de pago en procedimiento monitorio guardan plena concordancia y similitudes en función de lo siguiente:

- i. En ambos supuestos, la decisión que se plantea anular tiene origen de carácter jurisdiccional;
- ii. La decisión tiene origen en un proceso declarativo previo; y,

- iii. La ejecutoria de la decisión *jurisdiccional* tiene mérito de título de ejecución.

Sería una mala actuación del órgano jurisdiccional negar la acción de nulidad del auto que ejecutoría el mandamiento de pago, si la parte que presenta la demanda fundamenta su petición bajo criterios de analogía en materia procesal relacionado a las reglas del artículo 112 del COGEP.

No obstante, cabe hacer mención a manera de advertencia, que los jueces también tienen la responsabilidad de resolver sobre la base de las peticiones a él presentadas, por tanto, establecer un esquema argumentativo debidamente fundamentado sobre la procedencia de la nulidad del auto que ejecutoría el mandamiento de pago, también es obligación de la parte procesal.

Es con esta línea argumentativa que, se recomienda como solución al caso planteado, que la acción de nulidad del auto que ejecutoría el mandamiento de pago es abiertamente compatible a la naturaleza de las reglas determinadas en el artículo 112 del COGEP, no solo por habilitación legal del COFJ sino por las reglas de interpretación por analogía, y el cumplimiento del estándar de equivalencia en los presupuestos que rigen a cada caso.

## **5.2. Legislación comparada: Previsión normativa del problema**

Estos ordenamientos jurídicos fueron seleccionados y estudiados no solo porque regulan al igual que Ecuador, el procedimiento monitorio, sino por la infraestructura que el legislador le dotó, de tal suerte, que el problema procesal aquí planteado tiene una solución no de interpretación analógica sino, sobre la base de la propia norma. Es por ello, que una segunda solución, esta vez a nivel normativo, se plantea con replicar las reglas del monitorio que, en otras legislaciones parece ser un remedio práctico al problema jurídico aquí expuesto.

### ***5.2.1. El caso de Alemania***

El procedimiento monitorio en Alemania guarda similitud con el ecuatoriano en cuanto a la presentación de la demanda y la notificación de la *orden de pago* inicial, que en nuestro caso es el *mandamiento de pago*, así mismo, se plantea la oposición del demandado con una particularidad, la oposición *tardía* a la orden de pago recibe un tratamiento distinto, a través de la *acción de reconsideración*.

La *reconsideración* es un procedimiento que interrumpe la ejecución de la orden de pago, mientras se resuelve la admisibilidad o no de la posición, esta petición tampoco es conocida por el mismo Tribunal que ejecuta la orden de pago. Por tanto, una vez que se resuelvan las peticiones planteadas en la *reconsideración*, lo que podría incluir, desde luego, incidentes de carácter procedimental, los derechos del demandado se mantienen indemnes.

### **5.2.2. El caso de Bolivia**

La legislación procesal boliviana tiene una solución menos compleja que la anterior, ya que el mandamiento de pago no se dicta inicialmente con un auto interlocutorio -*auto definitivo bajo la legislación boliviana*- sino con una *sentencia inicial*, es así como lo denomina la norma procesal de este país, lo que facilita la posibilidad de proponer la nulidad de sentencia siempre que, bajo los presupuestos de la norma sea admisible. Es una apuesta atípica, pero también práctica normativamente hablando, a pesar de que probablemente genere desacuerdos doctrinarios o académicos por la naturaleza de la que es dotado el mandamiento de pago.

### **5.2.3. El caso de Colombia**

Un último vistazo nos traslada a analizar el caso colombiano, que, bajo el criterio de este autor es la legislación que propone la solución más apropiada para el vacío normativo del COGEP. La propuesta del proceso monitorio colombiano cumple el mismo estándar procedimental que el nuestro:

- i.* Se presenta la demanda monitoria, y el juez debe calificar la demanda ordenando en el mismo acto, el requerimiento con la orden de pago al demandado.
- ii.* Posteriormente, se notifica al demandado con el requerimiento, concediéndole un término para presentar sus excepciones.

La diferencia esencial es que, ante la no comparecencia del demandado, el juzgador no emite un auto interlocutorio sino sentencia que no admite recurso, por lo que pasa a ejecutarse directamente. La ley colombiana resuelve de esta manera dos cuestiones: *(i)* aclara que no caben recursos horizontales ni verticales; y, *(ii)* dado que la resolución final es una sentencia, existe certeza sobre eventuales acciones inclinadas a solicitar la nulidad de la sentencia ejecutoriada.

## CONCLUSIONES

1. Una de las primeras conclusiones conduce a reflexionar sobre la vital importancia del ejercicio del derecho a la defensa, y considerarlo más que un mero apartado plasmado en nuestra Constitución, esto, debido a que envuelve un contexto de mayor amplitud relacionado a una garantía elemental implícita en cada ser humano, y su ejercicio supone poder ser escuchado en un proceso sin ser privado de las herramientas procesales que para el efecto se establezcan. De tal forma, el legislador más allá que una obligación constitucional o legal, tiene una responsabilidad que se traduce en modular el ordenamiento jurídico de tal manera, que esté provisto con los instrumentos necesarios para que este derecho sea ejercido en debida forma.
2. Sin embargo, no siempre esta responsabilidad del legislador guarda armonía con la realidad, en ocasiones la falta de técnica configurativa de la norma trae consigo severos problemas de aplicación práctica, lo propio ocurre con el sistema procesal ecuatoriano, que, si bien ha tratado de abarcar lo general a través del Código Orgánico General de Procesos, no ocurre así con lo específico, lo que deja a salvo serias lagunas normativas y espacios para el debate.
3. Se discuten en la actualidad, las más variadas y tentativas soluciones a los vacíos que se relacionan a la aplicación del COGEP; particularmente este trabajo se ha enfocado en el procedimiento monitorio. Por lo que queda expuesto que se trata de un proceso cuya deficiencia procedimental puede afectar los derechos de la parte demandada bajo situaciones particulares, como el que ha sido objeto de estudio.
4. El procedimiento monitorio se estructura de manera relativamente incompleta al no prever todos los mecanismos de defensa a los que podría acudir el demandado frente a la ejecutoria del auto de pago dictado por su falta de comparecencia, en este caso, como consecuencia de la indebida citación.
5. El procedimiento de ejecución no tiene naturaleza declarativa, por tanto, no pueden plantearse en él incidentes procesales tendientes a declarar la nulidad

del proceso previo o discutir el fondo de la controversia, por este motivo, las facultades cognoscitivas del órgano jurisdiccional están restringidas a la ejecución del título y la obligación contenida en él.

6. Cabe la analogía en nuestra legislación procesal civil, por expresa habilitación legal del artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.
7. Finalmente es admisible proponer la acción de nulidad del auto ejecutoriado que contiene el mandamiento de pago, bajo las reglas determinadas para la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, debido a que en ambos supuestos se configuran los mismos elementos fácticos y jurídicos.

## RECOMENDACIONES

Considerando los vacíos normativos del COGEP y instrumentación normativa del procedimiento monitorio en otros países se recomienda:

1. Ante la ocurrencia del caso expuesto como problema jurídico en esta investigación, se recomienda proponer la nulidad del auto que ejecutoría el mandamiento de pago y con el que se da inicio al proceso de ejecución, fundamentando en debida forma cuáles son los presupuestos para que se apliquen las reglas del artículo 112 del COGEP bajo el estándar de analogía de normas procesales.
2. Tomando en consideración que el objeto de la controversia se construye con las pretensiones de la demanda, se perfila con su contestación; y que es esto, en lo que recaerá el razonamiento de la decisión jurisdiccional, es necesario convencer al juzgador en el acto de proposición sobre los motivos y las razones por los que debe admitir la analogía de las reglas de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada al caso concreto.
3. A nivel normativo, una reforma en la redacción del tercer inciso del artículo 358 del COGEP inclinada a cambiar el tipo de providencia con el que se resuelve la declaratoria de cosa juzgada del mandamiento de pago, implicaría una solución sencilla al vacío de nuestra norma procesal. Esto permitiría la inclusión de esta sentencia al ámbito de aplicación de la acción de nulidad de sentencia ejecutoriada, sin necesidad de efectuar ejercicio interpretativo analógico.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Aguirre Guzmán, V. (2006). Nulidades en el proceso civil. *FORO revista de derecho*, 6, 145-185.
- Asamblea Legislativa Plurinacional. (2013). *Código Procesal Civil*. Ciudad de Sucre: Gaceta Oficial.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos* . Quito: Registro Oficial.
- Congreso de Colombia. (2012). *Código General del Proceso*. Bogotá: Diario Oficial.
- Corte Constitucional Colombiana. (24 de Septiembre de 2014). Sentencia C-716-14. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-726-14.htm>
- Corte Constitucional Ecuatoriana. (19 de Noviembre de 2019). Sentencia No. 323-13-EP/19. Obtenido de <https://n9.cl/ui8bz>
- Corte Constitucional Ecuatoriana. (09 de Junio de 2020). Sentencia No. 22-13-IN/20. Obtenido de <https://n9.cl/3qkws>
- Corte Nacional de Justicia. (26 de Marzo de 2012). Sentencia 677-2012. Obtenido de [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala\\_civil/2014/677-2012.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_civil/2014/677-2012.pdf)
- Corte Nacional de Justicia. (2017). Boletín Institucional. (29). Obtenido de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/binstitucional/boletincnj029.pdf>
- Corte Nacional de Justicia. (2017). Revista Diálogos Judiciales 5. Medios de Impugnación. 5. Quito. Obtenido de [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/dialogos%20judiciales/dialogos%205.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/dialogos%20judiciales/dialogos%205.pdf)

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General del Proceso* (3era revisada y corregida ed.). Buenos Aires: Universidad.

High Court of New Zealand (Asher J). (14 de Abril de 2010). Sentencia CIV-2010-404-1696. Obtenido de <https://n9.cl/jq7wj>

Palacio, L. E. (1986). *Derecho procesal civil* (6ta ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Parlamento Alemán. (2005). *Código Procesal Civil Alemán*. Berlín: Boletín Federal Oficial .

Prieto Sanchís, L. (2014). *Apuntes de teoría del Derecho* (8ava ed.). Madrid: Editorial Trotta.

Real Academia Española. (10 de Mayo de 2022). *Diccionario de la lengua española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/mandamiento>



**Presidencia  
de la República  
del Ecuador**



**Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes**



**SENESCYT**  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## **DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN**

Yo, **José Daniel Alfonzo León** con C.C. No. 245019133-9 autor del componente práctico del examen complejo: **Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en procedimiento monitorio**, previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

**Guayaquil, a los 13 días del mes de mayo de 2022**

**AUTOR:**

**Alfonzo León, José Daniel**

**C.C. No. 245019133-9**



Presidencia  
de la República  
del Ecuador



Plan Nacional  
de Ciencia, Tecnología,  
Innovación y Saberes



SENESCYT  
Secretaría Nacional de Educación Superior,  
Ciencia, Tecnología e Innovación

## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	Planteamientos procesales sobre la nulidad del mandamiento de pago dictado en procedimiento monitorio		
<b>AUTOR</b>	José Daniel Alfonso León		
<b>REVISOR/TUTOR</b>	Dr. Ricky Jack Benavidez Verdesoto		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	A los 13 días del mes de mayo de 2022	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	29 páginas
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Procesal Civil, Derecho Civil.		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Acción de nulidad de sentencia, proceso monitorio, auto de pago, citación, Derecho Procesal, analogía.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>La expedición del Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”) trajo consigo un nuevo paradigma en el sistema procesal ecuatoriano regido hasta ese entonces por el ahora derogado Código de Procedimiento Civil (“CPC”). Una nueva concepción, no solo por las materias incluidas en el COGEP que nuestra anterior norma adjetiva no regulaba, sino también, por la oportunidad de estructurar por primera ocasión un cuerpo normativo en el que se concentren todos y cada uno de los procesos en materia no penal; evitando de esta manera una excesiva remisión a otras leyes -tal como ocurría con el CPC- que no hacía más que dispersar la regulación normativa del proceso.</p> <p>Este trabajo analiza una de las principales innovaciones del COGEP al régimen procesal civil ecuatoriano: el procedimiento monitorio, sus ventajas concretas en relación a otros procesos en materia civil y comercial; así como sus deficiencias, particularmente, la expedición del auto de pago inicial, su ejecutoria ante la no comparecencia del demandado y los mecanismos de defensa del demandado ante una errónea citación con la demanda. Finalmente, se exponen los vacíos que presenta el COGEP en torno al caso en concreto expuesto en este trabajo, junto al planteamiento de posibles soluciones a fin de solventar los inconvenientes que se puedan derivar de este escenario.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-990390866	<b>E-mail:</b> jose.alfonzo@cu.ucsg.edu.ec	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):</b>	<b>Nombre:</b> Maritza Ginette Reynoso Gaute		
	<b>Teléfono:</b> +593(04) 380 4600		
	<b>E-mail:</b> maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			