



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**“La proporcionalidad de las medidas cautelares en los procedimientos
coactivos de ejecución de los títulos valor”**

TRABAJO DE TITULACIÓN

AUTORA: Vásquez Guerrero, Susana Margarita

DIRECTOR: González Cajamarca, Leonardo Stalin, Mg. Sc.

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2015



Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Magister.

Leonardo Stalin González Cajamarca

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

Que el presente trabajo de titulación: “La proporcionalidad de las medidas cautelares en procedimientos coactivos de ejecución de los títulos valor”, realizado por Vásquez Guerrero, Susana Margarita, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, 22 de Julio de 2015

f)

DECLARACION DE AUTORIA Y CESION DE DERECHOS

“Yo Susana Margarita Vásquez Guerrero declaro ser autora del presente trabajo de titulación La Proporcionalidad de las Medidas Cautelares en los Procedimientos Coactivos de ejecución de los Títulos Valor de la Titulación de Magíster en Derecho Civil y Procesal Civil siendo el Magister Leonardo Stalin González Cajamarca director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f.

Susana Margarita Vásquez Guerrero

Cédula 0102918885

DEDICATORIA

Dedico este trabajo de investigación a mi esposo, a mis hijos, a mi familia, porque su apoyo, paciencia, sacrificio y cariño, constituyeron mi principal motivación para concluir esta etapa importante de mi vida, haciéndome sentir como un ejemplo de superación, perseverancia y responsabilidad.

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi franca gratitud a la Universidad Técnica Particular de Loja, y en especial a mi director de tesis, Dr. Leonardo González C. Mg. Sc., por los conocimientos y la guía brindados para consolidar mi formación académica y culminar con éxito esta maestría.

ÍNDICE GENERAL

INDICE DE CONTENIDOS

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR	ii
DECLARACION DE AUTORIA Y CESION DE DERECHOS.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
DEDICATORIA.....	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO 1. LOS TITULOS VALOR.....	6
1.1. Aspectos generales.	7
1.2.Importancia jurídica y económica de los títulos valores.....	9
1.3. Antecedentes históricos.....	10
1.4. El título valor en el sistema ecuatoriano.....	12
1.5. Denominación.....	13
1.6. Función del documento.....	14
1.7.Titulo valor electrónico.....	16
1.8.Naturaleza jurídica de los títulos valores.....	19
1.9.Principios jurídicos de los títulos valores.....	20
1.9.1. La incorporación.....	21
1.9.2. La literalidad.....	22
1.9.3. La autonomía.....	23
1.9.4.1.Legitimación activa.....	23
1.9.4.2. Legitimación pasiva.....	24
1.9.5. La buena fe.....	25
1.10. Características de los títulos valor.....	26
1.11. Clasificación de los títulos valor.....	29
1.11.1. Clasificación de acuerdo con la tipicidad.....	29
1.11.2.Clasificación según la función económica.....	29

1.11.3. Clasificación de acuerdo con el emisor del título valor.....	30
1.11.4. Clasificación de acuerdo con la modalidad de su creación.....	30
1.11.5. Clasificación de acuerdo con la sustantividad.....	30
1.11.6. Clasificación de acuerdo con el contenido del derecho.....	31
1.11.7. Clasificación según la forma de designar al titular.....	31
CAPÍTULO 2. TÍTULOS DE CRÉDITO EN EL ECUADOR	35
2.1. Concepto.....	36
2.2. Análisis de los títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.....	38
2.3. Título de crédito emitido en la Superintendencia de Compañías.....	41
2.4. Título de crédito emitido en el Servicio de Rentas Internas.....	42
2.4.1. Relación tributaria, obligación tributaria y hecho generador o imponible.....	43
2.4.2. Principios del derecho tributario.....	45
CAPÍTULO 3. EL PROCEDIMIENTO COACTIVO DE POTESTAD ADMINISTRATIVA.....	50
3.1. Concepto.....	51
3.2. Solemnidades sustanciales del procedimiento coactivo.....	53
3.3. Fases del procedimiento coactivo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.....	54
3.4. Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborales.....	63
CAPÍTULO 4. MEDIDAS CAUTELARES	65
4.1. Aspectos generales.....	66
4.2. Origen de las medidas cautelares.....	68
4.3. Denominación y objeto.....	70
4.4. Improcedencia de las medidas cautelares.....	72
4.5. Características.....	73
4.6. Responsabilidad del sujeto que las pide.....	75
4.7. Clasificación de las medidas cautelares.....	76
4.7.1. Medidas cautelares nominadas.....	76
4.7.2. Medidas cautelares innominadas.....	76
4.7.3. Medidas cautelares personales.....	76
4.7.4. Medidas cautelares reales.....	76
4.7.5. Medidas cautelares conservativas.....	77
4.7.6. Medidas cautelares innovativas.....	77
4.8. Medidas cautelares en el Derecho Civil Ecuatoriano.....	77
4.9. Medidas cautelares desde la visión de los derechos humanos.....	78
4.10. Obligatoriedad y seguimiento de las medidas cautelares.....	79
4.11. La proporcionalidad en las medidas cautelares y el debido proceso.....	81
4.12. Importancia de los postulados constitucionales en las medidas cautelares.....	82

CAPÍTULO 5. PERCEPCIÓN PROFESIONAL Y CIUDADANASOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES.....	85
5.1.Análisis de la medida cautelar de prohibición de salida del país en los procesos coactivos.	86
5.2.Investigación de campo	90
5.2.1. Procesamiento de las encuestas y análisis de resultados.....	91
5.3. Análisis empírico de las medidas cautelares en los procesos coactivos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Compañías del Azuay.....	104
5.3.1Resultados del análisis empírico.....	107
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES.....	111
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	113
ANEXOS.....	121

RESUMEN

El proceso coactivo es una potestad administrativa, ejercida por funcionarios de las instituciones del Estado para recaudar obligaciones. El fundamento para iniciar este proceso especial de coactiva, es el título de crédito. En el ejercicio de esta potestad administrativa es deber primordial garantizar los principios, derechos constitucionales y reglas del debido proceso.

Es importante que el juez de coactiva, para un cobro rápido y eficaz, ordene medidas cautelares. El propósito de esta investigación es determinar, medir y juzgar si los jueces de coactiva, al dictar las medidas cautelares cumplen con los principios de legalidad, igualdad, necesidad, idoneidad, y proporcionalidad. Para lo cual se realizó un trabajo de campo mediante encuestas, se hizo también un análisis empírico de las medidas cautelares en los procesos coactivos de algunas instituciones públicas de la ciudad de Cuenca..

Los jueces de coactiva son jueces especiales, sin embargo en algunas instituciones públicas, los jueces de coactiva dictan la medida cautelar de prohibición de salida del país, lesionando derechos y principios constitucionales, e irrespetando la Supremacía de la Constitución.

PALABRAS CLAVES: Jurisdicción Coactiva; Principio de Proporcionalidad; Derecho Tributario; Medida Cautelar

ABSTRACT

Being the coercive process a public administrative tool used to collect liabilities, it is suppose to guarantee in its practice the constitutional rights and laws of the stakeholders involved. However, in order to safeguard and expedite the payment of the obligations with the state, the process involve protective measures before an official liability judgment statement. As a result, the process might violate some constitutional rights of the stakeholders. The purpose of this research thesis is measure the duty of the judges and determinate if their safeguard pre-judgment statements comply with the law.

The research methodology used on this thesis combined fieldwork and academic research. The fieldwork measure through polls the stakeholder's opinion about the coercive process. Its results, together with a research on safeguard measures applied on the city of Cuenca determinate the real legal landscape of the coercive process.

After the research, this thesis determinate that is not unlikely that a coercive judge violate the constitutional rights of the stakeholder involved.

KEYWORDS: Coercive Jurisdiction; Principle of Proportionality; Tax Law; Injunction.

INTRODUCCIÓN

Los Títulos Valor, utilizados en el Ecuador a diario por personas naturales o jurídicas que intervienen en el sistema productivo, en donde existe oferta y demanda de bienes y servicios, por su esencia netamente económica permiten el desarrollo de la producción y comercialización con rapidez y seguridad jurídica; estos generan derechos y obligaciones y están regulados en el derecho civil, procesal civil y mercantil.

Los Títulos Valor son elementos positivos que generan progreso en un estado moderno, pues representan el poder económico; por ello la necesidad de un sistema jurídico enmarcado en los principios constitucionales, en el debido proceso.

Siguiendo las tendencias de la sociología del derecho, en esta investigación se ha realizado un estudio más detallado sobre los Títulos de Crédito que sirven de fundamento para iniciar un procedimiento coactivo, es por esta razón que se ha analizado el Título de Crédito emitido en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el Servicio de Rentas Internas, en la Superintendencia de Compañías.

Se ha realizado también un estudio de la obligación tributaria, las medidas cautelares dispuestas en los procesos coactivos de instituciones que se rigen por el Código Tributario, tan solo para realizar la medición jurídica e empírica y fortalecer la problemática en tención.

Por la experiencia en el ejercicio profesional, al ser durante algunos años secretaria abogada de los juzgados de coactiva del Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Banco Nacional de Fomento y también en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en el Azuay, se ha considerado muy importante el estudio sobre las medidas cautelares que ordenan los Jueces de Coactiva, que pondrá en evidencia si se cumplen los derechos y principios garantizados en la Constitución. Las medidas cautelares son acciones necesarias para un cobro rápido y eficaz a los coactivados que no cumplen con las obligaciones.

El *Objetivo General* de la presente investigación, fue estudiar y analizar los títulos valores en general y títulos de crédito que sirven de fundamento para iniciar un procedimiento coactivo, y las medidas cautelares utilizadas.

Los *Objetivos específicos*, por su parte, se centraron en dos aspectos:

- Análisis del Procedimiento Coactivo: Jurisdicción coactiva o potestad administrativa.
- Análisis desde el punto de vista legal, constitucional, práctico proporcional, de las medidas cautelares que se ordenan en los procedimientos coactivos de ejecución de los títulos valor, en

especial la medida de prohibición de salida del país, con el objeto de establecer opiniones y observaciones que contribuyan a mejorar los procedimientos utilizados, de manera que estas acciones sean legales, proporcionales, claras, oportunas, eficientes, justas. Igualitarias y equitativas.

El estudio de los títulos valor en general, y en forma específica el análisis de los títulos de crédito, su cobro mediante el procedimiento coactivo y las medidas cautelares ordenadas, tienen mucha importancia en la actualidad; esta fue la motivación para realizar la presente investigación, en cuyo desarrollo sirvieron de respaldo conceptual la Constitución de la República y varios cuerpos normativos de nuestro país como el Código de Procedimiento Civil, el Código Tributario, los Fallos de la Corte Constitucional, la Ley de Seguridad Social. También sirvió de sustento el pensamiento de distinguidos juristas, constantes en sus escritos.

Como *hipótesis de trabajo* se planteó que las medidas cautelares desproporcionadas, afectan a los derechos personales y reales garantizados constitucionalmente, tales como el derecho a entrar y salir del país, y la propiedad; por tanto, el juez, al momento de dictar la medida cautelar, debe ajustar su conducta para evitar en lo posible que estos bienes jurídicos sean afectados, haciendo un estudio responsable, razonado de las situaciones de hecho y de derecho.

En el caso específico de la medida cautelar de prohibición de ausentarse del país, prevista como medida cautelar en el artículo 164 del Código Tributario, entra en contradicción con la libertad de entrar y salir libremente del país, derecho que reconoce y garantiza la Constitución de nuestro país, artículo 66 numeral 14.

En síntesis, el juez de coactiva es una autoridad administrativa y no es juez competente en los términos constitucionales del artículo precedente, de acuerdo con las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, por tanto, el juez de coactiva con potestad administrativa no tiene la competencia para dictar esta medida cautelar de prohibición de salida del país, y si lo hace es inconstitucional.

Finalmente con esta investigación utilizando métodos y técnicas empíricas y sociológicas, se ha demostrado que se están violando derechos y principios constitucionales, cuando en un procedimiento coactivo se dicta la medida cautelar de prohibición de salida del país. No se pueden dictar medidas cautelares ilegales, desproporcionadas para conseguir el fin deseado. Por lo tanto el juez de coactiva con potestad administrativa para exigir el pago de las obligaciones que se deben al Estado, debe disponer medidas cautelares legales, oportunas, justas, equitativas.

CAPÍTULO 1. LOS TITULOS VALOR

1.1. Aspectos generales.

Al hablar de título valor hacemos referencia a aquellos documentos regulados por el derecho positivo, que tienen naturaleza cotizable y susceptible de ser negociados en el mercado de valores bursátil y extrabursátil. Nuestra Ley de Mercado de Valores al definir estos conceptos manifiesta en su artículo 3:

“Mercado bursátil es el conformado por ofertas, demandas y negociaciones de valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores y en las bolsas de valores, realizadas en éstas por los intermediarios de valores autorizados, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley. Mercado extrabursátil es el que se desarrolla fuera de las bolsas de valores, con la participación de intermediarios de valores autorizados e inversionistas institucionales, con valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores”.

Los títulos valor son instrumentos económicos, eminentemente formalistas, capaces de generar derechos y obligaciones a quienes son parte de los mismos. Existe una serie de definiciones sobre los títulos valor, que pretenden establecer un criterio común y apto para identificar su naturaleza, fines y efectos, lo cual conlleva que su enfoque tenga alguna particularidad, dependiendo de la materia que lo trate: civil, mercantil o bursátil; sin embargo todos los conceptos de título valor llevan intrínsecamente la naturaleza económica de los mismos, que es otorgar seguridad, confianza y facilidad al sistema financiero.

El profesor César Vivante (1895) fue quizás el primero en conceptualizar los títulos valores, al identificarlos como "Todo documento necesario para ejercer el derecho literal y autónomo que de él resulta" (pág. 136). Esta definición es concisa y precisa, pues al manifestar que del título valor emana un derecho, señala su característica esencial: la posibilidad de ejercer por parte de su tenedor legítimo los derechos contenidos en él, otorgando seguridad y confianza en los mismos.

Garrigues (1987) señala que todas las definiciones del título valor giran alrededor del mismo concepto: "la atribución del título a una persona como presupuesto del ejercicio del derecho mencionado en el título" (pág. 11).

Según Carlos Ramírez Romero (2006), "El Título Valor abarca los documentos de diversas y diferentes características específicas, no todo título valor es un título de crédito; en cambio todo título de crédito es un título valor" (pág. 24).

Al referirse al título valor, Vicente y Gella (1986) lo identifica como un “documento que presume la existencia de una obligación de carácter patrimonial, literal y autónoma, y el cual es necesario para que pueda exigirse o efectuarse válidamente por el deudor el pago de la prestación en que consiste aquella” (pág. 131). En esta definición se asevera sobre la figura de la presunción, es decir que admite prueba en contrario, lo cual se considera que resulta impropio porque la esencialidad de los títulos valores es su legitimidad plena y absoluta como regla general.

Los títulos valor surgen en una época industrializada y mercantil, en donde el capitalismo empieza a expandirse a pasos agigantados; al respecto, el jurista L. González, en su Guía Didáctica de los Títulos Valor (2012), expresa:

“a) La producción se masificó con la Revolución Industrial; b) A partir de 1760, la competencia impone nuevos métodos en la producción de bienes y servicios; c) Nuevos inventos permiten que los bienes y servicios sean variados, renovados, novedosos. Se llega al colmo de no solo satisfacer necesidades, sino de crear nuevas necesidades; d) Los nuevos bienes y servicios llevan ahora un contenido adicional: afectan a nuestro ego, lo cual nos conduce a convertirnos -como ya se dijo- en una auténtica sociedad de consumo; e) la producción de la oferta y la capacidad de la demanda ponen en el primer plano a las clásicas figuras del crédito y consumo; f) Pero estas dos vertientes de la economía se movían bajo los arcaicos sistemas civilistas. Había que inventarse una figura que otorgue velocidad, seguridad, confianza en la utilización de estas vertientes; g) Ese invento fue los que – originalmente- se llamaron títulos de crédito; y ahora- mayoritariamente- títulos valor”.(pág. 22)

Es así que los títulos valor surgen para contribuir y mejorar con toda celeridad las relaciones económicas, mejorar la situación de los empresarios y de la economía en general, contribuyendo a fomentar el crédito, el ahorro y el consumo, por lo que constituye una creación eficaz y oportuna del sistema económico capitalista, cuya base ya no será solo el patrimonio material, sino aquellos valores económicos y financieros que se representan en documentos llamados títulos para facilitar el intercambio, negocios, transferencias, capitalización y circulación del capital con solo acumular estos títulos que, por presunciones legales, contenidos y efectos previstos y regulados en la ley, ofrecen certidumbre y efectividad a sus tenedores o titulares.

Los inicios de los títulos valores se remontan al desarrollo de la industrialización y avance de la economía, aunque muchos autores dicen que su origen se remonta a la edad antigua; uno de

ellos es la Enciclopedia Espasa citado por Morales (2006), que manifiesta: "(...) esta clase de valores, que desempeñan hoy en el comercio y en la Banca un papel económico considerable, tiene un origen bastante antiguo, atribuyéndose generalmente al derecho germano la elaboración de los mismos" (MORALES L. , 2006)(pág. 3).; sin embargo se debe tomar en cuenta que de las épocas antiguas no existe constancia escrita de acciones comerciales, por lo cual se pensaría que no existía en la antigüedad y que su aparición resulta más adelante, con su desarrollo alto en el siglo XX, en donde la producción de bienes y servicios crecía a gran escala.

Los títulos valores surgen por iniciativa de los comerciantes y empresarios; podríamos decir que las relaciones comerciales tienen sus inicios primitivos desde el trueque; así lo expresa Paz y Miño en su obra Los Títulos Valor: "No hay una sola figura que se utilice en el cada vez más amplio mundo del comercio, que no sea producto del ingenio del comerciante, desde la más antigua de estas figuras, el trueque" (PAZ Y MIÑO, 2010) (Pag. 39). Ya que las innovaciones tecnológicas, desarrollo social y adelantos científicos son inminentes en el mundo, las relaciones comerciales y sus instrumentos deben adaptarse a ellos; es así que los títulos valores responden a un desarrollo jurídico y económico cambiante.

De manera que los bonos, cédulas hipotecarias, fondos de inversión, contratos de negociación, emisión de obligaciones, titularización, permutas financieras, son títulos valor que han surgido como consecuencia de las complejas relaciones económicas. El Estado es uno de los mayores negociadores de títulos valor, especialmente en las bolsas de valores de Quito y Guayaquil, siendo el IESS una de las instituciones que con intensidad y altas cifras negocia mediante esta clase de títulos.

El título de crédito que sirve de fundamento para iniciar un procedimiento coactivo es un tipo de título valor, por medio de estos documentos se cobran obligaciones puras, líquidas, determinadas y de plazo vencido, generadas por tributos, impuestos, contribuciones, multas, aportes, responsabilidades patronales, créditos no cancelados al Estado.

1.2. Importancia jurídica y económica de los títulos valores.

En primer lugar debemos manifestar que las relaciones jurídicas entre los comerciantes deben gozar de simplicidad, facilidad de transmisión y ejecutividad, cualidades que no les ofrecía un contrato; los títulos valores se crearon como respuesta a esta falencia y necesidad, para otorgar todas esas características exigidas por las transacciones mercantiles, como documentos que permitan efectuar prestaciones ágiles, pasar de mano en mano, mejorar las negociaciones en

pro del desarrollo económico de los comerciantes y de la sociedad en general; los títulos valores, por lo tanto, servirán para pagar deudas, para otorgar formalidad a las obligaciones de pago, para ejecutar diversas actividades en las sociedades. Villanueva (2013) en su Curso 2013/1 manifiesta que: “los títulos valores sirven también para documentar la cualidad de socio en determinadas sociedades” (pág. 142), incluso nos servirán para transmitir bienes, entre varias transacciones más. Se puede decir, por lo expuesto, que los títulos valores en su mayoría son resultado de negocios jurídicos accesorios, es decir que precautelan la existencia de un negocio principal.

Finalmente se debe recalcar la importancia del título de crédito en el desarrollo y progreso de un país, puesto que las instituciones públicas como el Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Superintendencia de Compañías, Banco Nacional de Fomento, Municipios, emiten los títulos de crédito para recaudar las obligaciones pendientes de pago por medio del procedimiento coactivo, el cual consiste en un proceso rápido y eficaz; logrando de esta manera que el Estado disponga de recursos financieros que posibilitan cumplir con las diversas actividades encaminadas a satisfacer las necesidades básicas y buscar el bienestar de los ciudadanos que viven en el Ecuador.

1.3. Antecedentes históricos.

El comercio progresivo desarrollado en los antiguos pueblos como Babilonia, Egipto, Grecia, entre otros, no dejó huella escrita de documentos utilizados en las relaciones comerciales; será solamente en la Edad Media en donde se hallan formas escritas en las que se testimonia el comercio. Peña Nossa (1992) manifiesta al respecto:

“(...) de acuerdo con los datos históricos, aparecen en la Edad Media, en la que mediante el surgimiento del comercio se hacía necesario cambiar las formas tradicionales de circulación física de los bienes (y el mecanismo impuesto por la compraventa), por unas más ágiles: amparadas en la utilización de ciertos documentos que hoy en día se denominan: títulos valores”. (PEÑA NOSSA L. , 1992) (pág. 3 y s).

En la Edad Media, se utilizaba documentos para facilitar las relaciones comerciales, pues el hecho de trasladar el dinero de un lugar a otro resultaba dificultoso, razón por la cual se crearon documentos que representaban valor monetario contenido en un papel.

Al respecto Rodríguez Moreno (2005) manifiesta:

“La economía monetarista y las ferias entre comerciantes de la época medieval urgían el traslado de dinero o de especies monetarias de un sitio a otro, lo cual era arriesgado; fue entonces cuando aparecieron los cambistas, que recibían sumas de dinero, entregando a cambio un documento que el acreedor llevaba a otro sitio con el fin de que el mandatario, socio o corresponsal del cambista, devolviera el dinero entregado.”(pág. 69).

De esta manera, mediante papeles que representaban dinero, se ampliaban las relaciones de los comerciantes por la facilidad de su transmisión, por lo que eran cada vez mayor número de negociaciones y mayor el número de comerciantes; sin embargo, y de manera subsecuente, se hacía muy necesario un sistema legal, un Derecho Positivo que otorgue seguridad jurídica a las relaciones mercantiles.

El papel que sustentaba las relaciones comerciales tenía una estructura contractual, con una obligación implícita, la de devolver el dinero, envuelta en una figura formalista y sacramental, emitiendo el mandato de la entrega.

El jurista Peña Nossa citado por, Rodríguez Moreno (2005) menciona al respecto que el documento:

“(…) contenía dos cláusulas: una de valor, en la que se hacía constancia del recibo de dinero, y otra cláusula a “distantia loci” o de cambio trayecticio, que contenía la promesa de devolver el dinero en sitio diferente de aquel en que se había recibido, de manera tal que se utilizaban dos documentos: el que se entregaba al acreedor, sujeto a fórmulas sacramentales de carácter notarial, y una carta dirigida del cambista a su socio, mandatario o corresponsal, dándole la orden de entrega.”(pág. 3).

Por lo expuesto, en la cláusula de valor, cuando el pago no era efectuado nacía el derecho del acreedor para reclamar al cambista originario, efectuándose por lo tanto; la acción de regreso. Estos son los antecedentes claros de lo que hoy denominamos pagarés y letras de cambio, y por ende del resto de títulos valores.

Como antecedentes legislativos (RAMOS PADILLA) boletín virtual recuperado: 12 diciembre 2014, de boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Titulos_Valores.doc en donde manifiesta:

“En Europa, el primer Código que incluyó la disciplina unitaria aplicable a todos los títulos valores fue el Código de obligaciones de Suiza modificado por la ley del 18 de diciembre de 1936, usando la definición hecha por

Brunner. El Código de Comercio de Turquía, del año 1957 sigue la legislación Suiza. El Código Civil italiano del año 1942 establece la disciplina aplicable a todos los títulos de crédito. Méjico fue el primer país en América Latina que incorporó al derecho positivo la disciplina legal de los títulos valores, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en 1932, luego el Código de Comercio de Honduras del año 1950 dedica a esa disciplina, la ley peruana No. 16587 de 1967 y el Código de Comercio Terrestre colombiano de 1972.” (Pag. 6)

En nuestro país existen leyes dispersas que contienen varias normas relativas a los títulos valores; el más trascendental constituye el primer Código de Comercio Ecuatoriano, cuya vigencia data del 1 de Mayo de 1882 que tienen preceptos del Código de Comercio Español, y partes del Código de Comercio Francés.

1.4. El título valor en el sistema ecuatoriano.

En el Ecuador no existe un código que regule específicamente los títulos valores, por lo que la normas aplicables a estos bienes mercantiles se las encuentra dispersas en varias leyes, las mismas que le dan diferentes denominaciones. Así, en el Código de Comercio se identifican como “valores de comercio”, “documentos de crédito”, “efectos de comercio”; en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado se denominan “títulos valores”, “valores fiduciarios”; en la Codificación de la Ley de Mercado de Valores se los llama “valores”, “títulos valor” o “títulos valores”; y así, indistintamente, en otras leyes pertinentes como la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Ley de Régimen Tributario Interno, Ley Orgánica de la Corporación Financiera Nacional (ANDRADE UBIDIA, 2006).

La transmisibilidad de los derechos, particularmente de aquellos que sustentan la economía moderna, es crediticia, y el crédito se ha convertido en el instrumento fundamental de su dinámica; así, en la Ley de Mercado de Valores se establece que se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociable; entre otros valores tenemos: acciones, permutas, valores de contenido crediticio, procesos de titularización. Corresponde al Consejo Nacional de Valores la potestad reglamentaria, mientras que toda regulación de fondo tiene que estar dada por la ley. (LEY DE MERCADO DE VALORES, R.O. 215-S, 22.02.2066.)

1.5. Denominación.

En relación con la denominación de los títulos valores no hay consenso entre los doctrinarios ni en las legislaciones, pues existen tantas denominaciones como leyes y autores; por ejemplo en Francia se los denomina títulos de corto plazo y de largo plazo, diferenciándolos unos de otros; así: “En Francia los efectos de comercio sirven para denominar a títulos de corto plazo, como las letras de cambio y cheques; y denomina valores mobiliarios cuando se trata de identificar títulos de largo plazo como las acciones y los bonos” (Montoya Alberti, 2000), (pág. 7) citado por Ramos Padilla. Se puede apreciar que en el país galo se clasifica a los títulos valores según su tiempo de exigibilidad, diferenciando por un lado a las letras de cambio y cheques y por otro a las acciones y bonos; se considera que esta caracterización resulta incompleta, pues deja en el vacío a los pagarés, que constituyen títulos valores muy importantes y muy utilizados, entre otros de su naturaleza.

Otras denominaciones utilizadas son *Wertpapier* en Alemania y Suiza, *titoli di credito* en el idioma italiano; *papier valeurs* en francés y *título de crédito* en España. Estas denominaciones, que implican cuestiones de idioma y lingüística, en sí significan *título de crédito*; sin embargo esta denominación resulta impropia por cuanto se alude únicamente a aquellas prestaciones de bienes, es decir a los créditos, dejando de lado la amplia variedad de títulos existentes. Es muy coherente y preciso hablar más bien de *títulos valor*, expresión que hace referencia a distintas clases de prestaciones, cuyos contenidos son diversos valores patrimoniales y no solo el crédito.

Hablar de títulos de crédito no se refiere a la generalidad, sino a una especialidad; Garrigues (1987) dice al respecto: “(...) no toda la doctrina española sino tan solo una parte habla de títulos de crédito” (pág. 85), dejándonos entender que se habla de una especie de títulos valores dentro de su gran amplitud, diferenciando los títulos valores de los títulos de crédito.

Por otro lado, Solís Espinoza (1995) dice que “la denominación título valor expresa con precisión la amplia variedad de títulos que forman parte de esa categoría jurídica” (pág. 13), citado por Ramos Padilla. Esta aseveración es muy acertada, pues no se puede aceptar que los títulos de crédito se utilicen al denominar los títulos valores, porque resulta incompleta e insuficiente.

La denominación de títulos valor, también ha sido muy controvertida por los doctrinarios, considerándola como inadecuada en cuestiones inmateriales; al respecto Montoya Alberti (2000) citado por Ramos Padilla sostiene:

“Las denominaciones han estado ligadas a la existencia de un soporte papel, a un cartón, aspecto que actualmente se encuentra superado con la

existencia de los títulos desmaterializados, por lo que quizás el término título valor no resulte el adecuado para identificar lo desmaterializado (sin papel, electrónico) con un mero registro en cuenta.” (pág. 7 y 8).;

Analizando lo referido, se considera que la denominación de título valor es la más acertada, cuando se trata de títulos desmaterializados, por cuanto el hecho de ser título valor no hace relación a que tenga soporte de papel o no. La materialidad o inmaterialidad no se encuentra implícita en la denominación de títulos valores.

César Ramos Padilla (s.f.) prefiere como denominación adecuada la de *valores negociables*, es así que manifiesta: “Es por ello que consideramos que la denominación de “valores negociables” como género, es el más adecuado, estando integrado por los valores materializados o títulos valores y los valores desmaterializados o valores representados en cuenta.” (pág. 8). Sin embargo, como ya se ha mencionado, el hecho de que se pueda representar o no en un papel no pone en tela de duda la denominación de la palabra de título, por cuanto el hecho de ser título refiere aquella facultad legítima que confiere un derecho, sin importar si dicha facultad está contenida en un documento físico o de manera virtual, ya que la obligación exigible es la que tendrá importancia.

1.6. Función del documento.

Se sostiene que los títulos valores son documentos envueltos de legitimidad, fácilmente ejecutables y que otorgan seguridad; en virtud de ello, según Pérez Fontana (1990), el documento tiene una función probatoria, “(...) pues sirve para fijar la declaración de voluntad emitida por el obligado, facilitando la prueba de la relación jurídica al titular del derecho subjetivo” (pág. 50). Se considera sin embargo, que ser documentos probatorios no es la principal característica de los títulos valores, sino contienen una obligación implícita y legítima, que sólo ante el hecho de no ser suplidas se concurrirá a los órganos de administración de justicia, y solamente en este caso tendrá la función probatoria; en consecuencia, la función probatoria no existe siempre ni es constante.

Montoya (s.f.) citado por Ramos Padilla manifiesta otra función, que la denomina constitutiva, haciendo relación a las partes que vincula; al respecto manifiesta:

“(..) tiene también una función constitutiva, surge de él un derecho típico, el derecho cartular, que en algunos casos se vincula con la relación llamada fundamental, y en otros se desprende totalmente de esta, resultando que las relaciones derivadas de ese vínculo son inoponibles a los terceros

tenedores del documento. No constituye una excepción al carácter constitutivo del título, el que, en el caso de las sociedades anónimas, el derecho del socio a obtener las acciones deriva del contrato de sociedad, pues el carácter constitutivo, así como los demás del título-valor, deben considerarse, fundamentalmente, no en las relaciones entre el emitente y el tomador, sino en las relaciones entre el librador y el tercer poseedor de la acción, a quien solo la posesión calificada del título-acción acuerda la calidad de socio.” (pág. 31)

Según este autor, la función constitutiva permitirá ejercer las acciones tendientes a ejercitar el derecho contenido en el título valor, en tanto que con la aceptación de la parte obligada se estableció una obligación, nació una relación jurídica entre dos o más personas.

Como tercera función, tenemos que el título es dispositivo; que implica la facultad que el deudor tiene a que se le devuelva el título una vez que ha cumplido con la obligación constante en el documento, y la tenencia del título en manos del acreedor para poder ejercitar el mismo. Montoya Manfredi (1982) (s.f.) citado por Ramos Padilla expresa al respecto:

“Es, asimismo, título dispositivo, en el sentido de que, debido a la relación entre el documento y el derecho, es necesario disponer del título para obtener la prestación en él prometida. Del carácter dispositivo del título deriva el derecho del deudor a que se le restituya el documento una vez que cumplió la prestación.” (pág. 31)

Se entiende a esta función como un mecanismo necesario en el ejercicio de una relación jurídica, que permite a las partes ejercer sus derechos, por una parte al acreedor para reclamar lo debido y al deudor para que se le devuelva el documento una vez cumplida la obligación.

Al no ser suficientes, a nuestro entender, las funciones descritas, debemos manifestar que constituye relevante una cuarta función, que la denominaremos, *utilitaria*, es decir aquella que permite el ejercicio del comercio, finanzas y relaciones económicas en general con total libertad y confianza, aportando celeridad a las negociaciones; aportando, en consecuencia, al bienestar no solo del mercado sino de la sociedad en su conjunto.

Y añadiremos una quinta función de los títulos valor: la de *accionar ante los órganos de administración de justicia*, es decir ante la eventualidad del incumplimiento de la obligación se tendrá la facultad de obligar mediante las autoridades judiciales de manera coercitiva para hacer cumplir las obligaciones contenidas en el título valor.

1.7. Título valor electrónico.

Las tecnologías de la información y la comunicación (tic's) se han desarrollado y desarrollan a pasos agigantados; su acelerado crecimiento se ha impuesto especialmente en el siglo XX y lo que va del siglo XXI, época conocida como tecnológica y de desarrollo mundial. Los estudios y adelantos científicos han transformado el comercio, las finanzas e incluso las relaciones individuales entre las personas; todo gracias al conocimiento.

La globalización es cada vez más inminente y más extendida. Los bienes y servicios circulan por todo el mundo a través de diversos mercados; la competencia crece ofreciendo mejores precios; los patrimonios empresariales se encuentran en intangibles, que son aquellas capacidades de su personal, ya no en sus bienes. Vélez Vargas & Camargo Meléndez (2002) sostienen al respecto:

“Las empresas más valiosas hoy en día, desde el punto de vista de su valor de mercado, no son aquellas que poseen gran cantidad de activos tangibles, como fábricas, edificios y maquinaria pesada, sino aquellas cuyo valor agregado lo conforman activos intangibles, representados en la capacidad de sus directivos y empleados de adaptarse a las nuevas tendencias de la globalización económica y en la posibilidad de producir cada vez más, bienes o servicios relacionados con las tecnologías de punta, en especial con la transmisión de información a través de las redes de información o en forma de mensajes de datos.”(pág. 11)

Esta aseveración se sustenta en que las personas son fuente de conocimiento y de riqueza, en una época donde el conocimiento lo es todo. Las personas, pues, son el preciado capital humano.

En este contexto, el título valor electrónico es una necesidad actual para la libre consecución del comercio, conforme precisa el jurista Pérez Leal: “los títulos valores se desarrollan y transforman no por azar sino por necesidad, por circunstancias ajenas a los mismos” (PEREZ LEAL, 1992)(pág. 11). Los títulos valores deben, por tanto, responder a las nuevas necesidades humanas actuales en pro de mejores relaciones entre las personas, de manera independiente del país, espacio geográfico o domicilio físico en el que vivan.

El comercio electrónico, originado en el Internet, corresponde actualmente a una forma usual de adquisición de bienes, de compra y venta de mercaderías o servicios. El espacio virtual ha reemplazado los escenarios físicos de negociación, basados en absoluta libertad; es una forma

que es utilizada por empresas particulares e instituciones públicas, convirtiéndose en una nueva costumbre, fuente del Derecho.

Por lo expuesto, los títulos valores deben ser compatibles con este nuevo sistema informático, creándose nuevas formas de pago, sin sacrificar la naturaleza de exigibilidad. Cedámosle la palabra a Vélez Vargas (2002) sobre este tema:

“No podemos negar que la realidad siempre va unos pasos adelante de la normatividad, lo cual se hace aún más evidente en el campo del derecho comercial, dado su origen primordialmente consuetudinario. Tratándose del comercio electrónico, nada es más cierto que lo anterior, razón por la cual, el derecho debe ser capaz de crear los mecanismos necesarios, para que las nuevas relaciones jurídicas, surgidas de las transacciones realizadas por este método, gocen de seguridad y confianza entre el público en general.”(pág. 13.)

Las leyes deben adaptarse a las nuevas estructuras sociales; sin embargo el gran problema radica en que nuestro país está basado en un sistema legal escrito preponderantemente, en donde las constancias documentales físicas cobran relevancia y validez; ejemplos de ellos son las certificaciones, notarias con la fe pública.

El comercio electrónico va rompiendo paradigmas, su amplia difusión y utilización, por convertirse en hechos consuetudinarios, deben gozar de seguridad jurídica. Según la Organización Mundial del Comercio -OMC- (s.f.) “el comercio electrónico comprende las siguientes modalidades: productos que son adquiridos y pagados a través del Internet pero entregados en forma física o productos que son entregados como información digitalizada a través del Internet”, por lo que las compras y ventas realizadas a través de sistemas computacionales necesitará soportes de títulos valores electrónicos, que no tienen exactamente un material corpóreo, físico y palpable por nuestros sentidos; sin embargo, el título valor electrónico debe entenderse como un documento que incorpora un derecho por escrito, conteniendo una promesa de pago o cualquier otra prestación, que tiene altos niveles de seguridad debido a su protección mediante claves y usuarios, haciendo plenamente confiables nuestras actividades comerciales en la red; por otro lado, el hecho de que se desmaterialice los títulos valores tiene enormes ventajas, como la rapidez de sus negociaciones, menos tiempo, más facilidad, menos costo. Vélez Vargas & Camargo Menéndez (2002)

Vélez Vargas & Camargo Menéndez (2002) refieren otras importantes ventajas:

“a. Disminuye el riesgo o pérdida de los títulos, en cuanto los conserva en medios electrónicos, sustituyéndolos en la mayoría de las veces por un asiento contable, que permite detallar quiénes son los titulares de los mismos; b. Reduce ostensiblemente los costos económicos que conlleva la emisión, custodia y pago de títulos valores físicos; c. Así mismo, operativamente para los bancos resulta mucho más fácil operar las cámaras de compensación a través de títulos valores electrónicos que mantenerlos físicamente almacenados; d. Las posibilidades de uso fraudulento o falsificación de un Título Valor Electrónico son escasas, si se compara con un documento físico, ya que el mismo es convertido a través de un software en códigos alfanuméricos debidamente encriptados y firmados electrónicamente; e. Transacciones realizadas por los establecimientos bancarios como las operaciones de descuento, factoraje y reporto de títulos valores así como las operaciones de emisión de títulos que lleve a cabo la banca central, resultan mucho más seguras y rápidas mediante la utilización de títulos en forma de mensajes de datos (...)” (pág. 87 y 88.)

Por las razones expuestas, los bancos y demás sociedades van utilizando estas formas mercantiles de la nueva era.

Rodolfo Herrera Bravo & Alejandra Núñez Romero (1999) hacen la siguiente definición del documento electrónico:

“(...) una representación material, destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes magnéticos, como un disquete, un CD-ROM, una tarjeta inteligente u otro, y que consisten en mensajes digitalizados que requieren de máquinas traductoras para ser percibidos y comprendidos por el hombre.” (pág. 1.)

Por lo expuesto, el documento es válido para hacerlo parte en un proceso judicial, pues la práctica consiste en derecho consuetudinario. Los títulos valores expresan manifestaciones de voluntad contenidas en datos electrónicos y por tanto un título valor electrónico debe gozar de los mismos principios de los títulos valores generales, como son incorporación, literalidad,

autonomía, etc., aplicables a nuestro Derecho Mercantil, para lo cual la información contenida en medios electrónicos deberá ser íntegra, completa, veraz e inalterada.

1.8. Naturaleza jurídica de los títulos valores.

No existe acuerdo acerca de la naturaleza jurídica de los títulos valores, pues las teorías doctrinarias la conciben de diversa manera. Los autores discrepan sobre su ubicación: en el derecho civil, en el mercantil, e inclusive en el procesal, o como rama independiente.

El jurista Leonardo González (2012) los ubica en el Derecho Mercantil, en consideración de que éste es el conjunto de normas aplicables a la inmensa circulación de la riqueza, sin dejar de lado su trascendencia civil, apreciación que la consideramos acertada por cuanto los títulos valores tienen su origen e inicios en las negociaciones mercantiles de los comerciantes, además de que el título valor se trata de un documento que debe reunir requisitos de forma y de fondo para que cumpla con los fines y objetivos -mayormente mercantiles- normados, destacándose su variedad en razón de la amplia gama de relaciones comerciales y financieras a las que presta utilidad. Se considera indiscutible que su naturaleza es predominantemente mercantil, debido a que su utilidad, ventaja y provecho, surgieron de las relaciones entre los sujetos de comercio; de sus necesidades de seguridad, circulación y efectividad han surgido la instrumentación y utilización de estos documentos, asumiendo luego el legislador la responsabilidad para promulgar la normativa que legaliza y determina su existencia y efectos.

Se debe, por otra parte, tener en cuenta que el Derecho Civil es norma supletoria del Derecho Mercantil, por cuanto sus instituciones determinarán su eficacia o validez cuando se produzca conflicto, no en cuanto a su carácter, utilidad y efectos en la actividad comercial, sino más bien en cuanto a la observancia general de las condiciones de validez de los actos de voluntad.

Existe también la teoría contractualista, respecto de la cual el autor Ramos Padilla (s.f.) manifiesta:

“Teoría contractualista: Para unos, se origina en un negocio bilateral entre el emitente y el tomador. Pero, como el título-valor está destinado a circular, se modificó la teoría original y se argumentó que el contrato era entre el emitente y un sujeto indeterminado, incierta persona. Se acusa a las teorías contractualistas de llevar a la consecuencia inadmisibles de que los vicios del contrato han de repercutir completamente y siempre sobre la obligación cartular y el derecho que le corresponde, aunque el título se encuentre en poder de un poseedor que haya sucedido al primer tomador. Además, las

teorías contractualistas no explican cómo el acreedor de la prestación mencionada en el título resulta siendo, casi siempre, un tercer poseedor con derecho a exigir la prestación cartular sin haber tenido relación contractual con el emisor del título.” (pág. 17)

Pese a lo manifestado por Ramos Padilla, se debe admitir que los títulos valores también pertenecen a la Rama del Derecho Civil, pero de manera complementaria o secundaria, ya que se originan en un negocio jurídico unilateral, aunque luego aparezca el tercer poseedor, ajeno a la relación contractual; sin embargo las partes que negociaron al principio realizaron una transacción que hace parte de las fuentes de las obligaciones junto con los contratos, pues contienen una prestación, o la promesa de una prestación, que es la de dar, en virtud de que los documentos o títulos valor como la letra de cambio, pagaré o cheque, son títulos ejecutivos.

Por otra parte, no se puede dejar de lado la naturaleza jurídica que se halla en la negociación en el mercado de valores, es decir en las leyes del mercado de valores, las bolsas y sus regulaciones bursátiles.

Una naturaleza jurídica adicional que se debe destacar es la referida a su naturaleza procesal y ejecutabilidad, por ser un título con trámite de rápida ejecución y términos más cortos en relación al procedimiento ordinario, característica que otorga a sus negociantes confianza y fiabilidad en estos documentos.

En conclusión, el título valor tiene una posición mixta, pues contiene obligaciones civiles y mercantiles e involucra su negociación tanto en el mercado común o privado así como en el bursátil y extrabursátil. Su naturaleza jurídica está en el Derecho Mercantil en primer lugar y complementariamente en el Derecho Civil, ramas que regulan su naturaleza, formas y efectos.

1.9. Principios jurídicos de los títulos valores.

Los títulos valores y sus relaciones comerciales van unidos con varios principios jurídicos establecidos doctrinariamente, que se entienden como reglas y constantes fundamentales, siendo base para el desarrollo de las relaciones comerciales y su legitimidad; entre ellos tenemos: la incorporación, la literalidad, la autonomía, la legitimidad activa y pasiva, y la buena fe.

1.9.1. La incorporación.

Este principio implica que existe un derecho que se encuentra contenido en un papel, que incorpora un valor económico; incluso de ahí su nombre, pues está incorporado un derecho a ejercer. Respecto de este principio, Ramos Padilla (s.f.) manifiesta:

“El derecho que deriva del título-valor se encuentra como adherido al título, sin el cual ese derecho no puede circular. Por eso se habla del “título-valor”, o sea, el valor, es decir, el derecho, unido indisolublemente al documento que lo contiene, sin el cual no puede hacerse valer. Por esto, a la incorporación se le ha llamado también compenetración o inmanencia.”
(pág. 20)

Lo aseverado implica que ambos –el título y el valor- son uno solo, es decir necesariamente deben estar juntos para que sean válidos y ejercitables. El autor citado precisa que “la incorporación del derecho al documento hace más fácil y segura la circulación de los derechos” (pág. 20), de lo cual se desprende que el hecho de que se incorpore un derecho en un papel permite la portabilidad, es decir la facilidad indisoluble de ir de un lado a otro, dotando de legitimidad y buena fe a los tenedores.

En este contexto surge una gran duda: ¿qué tipo de derecho se incorpora?, pues por lo general el derecho incorporado involucra aspectos económicos, es decir dinero, el mismo que puede ser expresado en mercancías -como en el caso de resguardos de depósitos- o acciones societarias e incluso el comúnmente utilizado derecho de crédito, que se halla cuantificado. Se puede aseverar, de esta manera, que existe un complejo conjunto de derechos incorporados en los títulos, en concordancia con su naturaleza.

Al analizar los componentes del título valor que expone Pérez Fontana (1990) en su obra, Ramos Aguilar Padilla (s.f.) manifiesta:

“(…) todo título valor se compone de dos elementos: uno corporal, material, el corpus, que es el documento, y otro inmaterial, el derecho que en él se menciona o sea la declaración cartular, declaración unilateral de obligarse hecha por el creador del título”. (pág. 15.)

A pesar de que se exponga la conceptualización de corporal refiriéndose al documento e inmaterial respecto del derecho, considero que es un concepto correcto pero ineficaz en nuestra época, por cuanto la inmaterialidad también se halla presente en los títulos valores electrónicos. En conclusión, todo título valor se compone de dos elementos, uno de existencia corporal o

incorporal que se refiere al documento, y otro inmaterial que involucra al derecho, que puede ser de diversa índole, por lo que finalmente la incorporación es la esencia y característica para la existencia de los títulos valor.

1.9.2. La literalidad.

Otro principio es la literalidad, que involucra as prestaciones constantes en un documento por escrito, de manera que son aquellas letras y palabras que expresan la obligación a ejecutarse. Al respecto, Ramos Padilla (s.f.) dice: “Este principio significa que los derechos y correlativas obligaciones deben constar por escrito en el documento o en hoja adherida a él, porque son los términos señalados en éste los que determinan el contenido y los efectos de tales derechos” (pág. 21). En virtud de ello, cualquier circunstancia como la prenda, el fideicomiso, las medidas cautelares o cualquier otro gravamen deben estar expresados con exactitud en el título valor.

Lo expresado en el documento es ley para las partes. Los textos constantes en él deben ser concisos, pues el contenido es una declaración documental.

Los conceptos literales se ejercen por parte de quien vaya a ejercitar el derecho documental; como regla general quien ejerce es el acreedor, con excepciones ejercitables al deudor, atribuyéndose total confianza a la utilización del título.

El derecho agregado tiene la acotación de la literalidad, lo que quiere decir que cuanto incumbe al contenido de este derecho, sus límites y sus singularidades penden de las letras que están redactadas en el título (Ramos, s.f.)

Se ha manifestado que sólo algunos títulos se basan en la literalidad, tales son las letras de cambio o los cheques; existen otros que no se basan exactamente en la literalidad, por ejemplo la acciones de una sociedad anónima. Ramos Padilla (s.f.) en referencia a lo manifestado por Montoya Manfredi (1982) al respecto, considera:

“(…) en las acciones de las sociedades anónimas, el principio de la literalidad no sufre excepción por el hecho de no contenerse en el documento la integridad de los derechos que derivan de la condición de socio de esa clase de sociedades, pues en el documento se incluyen las referencias a otros instrumentos, como son la escritura de constitución social y el estatuto, con las modificaciones que se hubieran introducido en él. Más bien se trata de una literalidad atenuada, pero no ausente, porque del título resulta la referencia a otros documentos, que deben examinarse

para el conocimiento completo de los derechos incorporados en el título-valor.” (MONTROYA MANFREDI, 1982) (pág. 21.)

Se debe destacar el acierto de lo citado, pues todo documento tiene literalidad como principio esencial, ya que se basa en términos que deben ser aceptados, aunque fueren unos con más modalidades que otros.

1.9.3. La autonomía.

Este principio establece que cada uno de los posteriores titulares del documento se halla vinculado en forma originaria con el obligado y no como sucesor de quienes los anteceden en la titularidad del instrumento, por lo que existe una relación real, objetiva, instrumentalizada, independiente de las relaciones extradocumentales. La autonomía funciona desde la primera vez que se transfiere el título a favor de los terceros que adquirieron el título de manera legítima.

Vivante (1895) afirma al respecto que el derecho es autónomo, porque el poseedor de buena fe practica un derecho que es de su propiedad, que no puede ser limitado en virtud de las relaciones existentes entre los anteriores poseedores y el deudor; es decir la relación inicial de las partes será única e inalterable por los posteriores poseedores, por lo cual se mantendrá firme y autónoma, debido a que la razón de su existencia se inició entre ellos, además de que el título por su naturaleza circular va de mano en mano, en donde sólo el último poseedor ejercerá el derecho contenido en él.

Uria (1992) sostiene que cuando el título circula, renace el título, un nuevo adquirente tiene la facultad de ejercitar la pretensión contenida en el título, que no aún no ha sido ejercitada y solo en el último poseedor se da la titularidad del derecho de crédito que durante la circulación estuvo latente. Si bien es cierto que el título puede ser ejecutado por el último poseedor legítimo, no estamos de acuerdo con limitarnos a que el título de crédito es el único, pues -como ya lo expresamos anteriormente- los títulos valores son de diversa índole y los títulos de crédito son sólo una especie.

1.9.4.1. Legitimación activa.

Entre los principios, de los títulos valor la legitimación de la parte activa involucra el derecho del poseedor para reclamar el cumplimiento de la obligación contenida en el documento; supone también como otra facultad del legitimado activo, la de transmitir válidamente el documento.

Legitimado implica aquel poseedor que puede ejercer su derecho contenido en su título valor, que presumiblemente es un justo dueño del título; implica que obtuvo el título conforme las

leyes, con absoluta buena fe, y por tanto esta calidad del acreedor activo le permite exigir al deudor la prestación otorgándosele un amparo legal pleno.

Al conceptualizar la legitimación activa, el Diccionario Jurídico MX (s.f.) señala:

“Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de ad procesum y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación ad causam que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La legitimación ad procesum es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la ad causam, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.”(Legitimacion procesal activa, de la Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Número: VII;)online extraído /www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=1393

A manera de síntesis diremos que la legitimidad no es más que aquella aptitud que enviste a los tenedores de un título para reclamar lo concerniente al mismo, para exigir el cumplimiento del derecho que incorpora; dicha legitimidad es presumible incluso con los títulos al portador, sin embargo de lo cual no exime la facultad del deudor de demostrar la mala fe del poseedor, de ser el caso.

1.9.4.2. **Legitimación pasiva.**

La legitimación pasiva es aquella facultad por la cual el deudor, o el obligado en ejecutar la prestación, la efectúa liberándose de esta manera de la prestación para con el legitimado activo (Beaumont & Castellares, 2000). La capacidad del obligado se liga ineludiblemente a la capacidad del legitimado activo, es decir tanto acreedor como deudor, activo y pasivo, deben gozar de legitimidad para la libre consecución de los fines del título valor.

El Diccionario Jurídico Online MX (s.f.) recuperado de (Legitimacion pasiva, diccionario jurídico mx) extraído /www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=299 nos trae la siguiente exposición sobre la legitimación pasiva:

“En su aspecto pasivo, la legitimación consiste en que el deudor obligado en el título de crédito cumple su obligación y por tanto se libera de ella, pagando a quien aparezca como titular del documento. El deudor no puede saber, si el título anda circulando, quién sea su acreedor, hasta el momento en que éste se presente a cobrar, legitimándose activamente con la posesión del documento.”

Con la exhibición del documento el deudor se halla en la obligación de pagar lo adeudado, con el fin de cumplir la obligación una sola vez, y evitar un posible doble pago.

1.9.5. La buena fe.

Este principio dentro del estudio de los títulos valores viene ligado al principio de legitimidad, por cuanto el legitimado activo e incluso el pasivo, para ser tales, deben estar investidos de buena fe, que no es más que el sentido de licitud y justicia; el obrar correctamente tiene un contenido axiológico y ético que hace que las relaciones jurídicas gocen de seguridad y rectitud.

Belluscio-Zanoni (s.f.) conceptúa la buena fe de la siguiente manera:

“La buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra empeñada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones obligatorias, de forma que todas deben medirse en él. (BELLUSCIO-ZANONI, 1994)(pág. 906)”.

La posesión no debe incurrir en culpa grave, para que se pueda presumir la propiedad y, por tanto, la titularidad del derecho incorporado; el hurto, robo, falsificación o cualquier circunstancia dolosa elimina totalmente la calidad de buena fe de los poseedores.

Si bien estamos de acuerdo con los principios analizados, consideramos sin embargo que la Seguridad Jurídica es otro principio de Derecho Procesal de gran valía que debe incorporarse a los títulos valores, pues es el enlace con el Estado de Derecho en su sentido formal, la sujeción de los órganos públicos a la ley y un total respeto de la misma y sus derechos fundamentales. De este principio emana la máxima de que *la ley se presume conocida por todos y su desconocimiento no excusa a nadie*; en virtud de ello, los títulos valores gozan de tal seguridad, en donde sus mecanismos legales permiten exigir el cumplimiento de una prestación contenida en un título valor de manera inmediata, garantizando confianza y fiabilidad al sistema legal, al ordenamiento jurídico, a los órganos de administración de justicia y al Estado.

1.10. Características de los títulos valor.

Diversas son las características que la doctrina da a los títulos valor, conforme se reseña a continuación:

- a) Necesarios. El título valor y su existencia es una necesidad para ejercer el derecho incorporado en el respectivo título; el legítimo tenedor o titular del derecho representado, debe disponer del mismo en forma legítima para reclamar cumplimiento. En los títulos incorpóreos hay un registro de ellos, porque precisamente no hay corporalidad. (Aguilar Heredia, Eleuterio, video conferencia online recuperado de: www.slideshare.net/videoconferencias/de-los-ttulos-valor.)

En el mundo altamente mercantilizado actual, donde las relaciones comerciales crecen día a día, los títulos valores son constantemente utilizados por la sociedad, entidades privadas e incluso las instituciones del Estado.

- b) Legítimos. Si el título valor estuviera subordinado a procedimientos previos o adicionales para comprobar su autenticidad y recubrirse así de legitimidad y ejecutabilidad, perdería sus atributos destacados de constituir un documento ágil, seguro, circulatorio y confiable. La doctrina y la legislación coinciden en determinar presunción de legitimidad al título, sin perjuicio de que, en conformidad con la calidad y clase del título, se exijan condiciones de legítima tenencia justamente para facilitar una circulación confiable, como es el caso del reconocimiento de firmas del endosante en las letras de cambio (Aguilar Heredia, s.f.). La legitimación no es más que un efecto de la incorporación, dado que el poseedor legítimo tiene la posibilidad de accionar el derecho que le pertenece y que se encuentra constando en un documento para lo cual debe exhibir su título, que es una forma de exponer su plena legitimidad; tal es el caso de los títulos al portador, que necesitan solo la posesión del título. Al respecto, Messineo (1979) comenta que exhibir el título es igual a la posibilidad del ejercicio del derecho; más importante que ser el titular del derecho, es estar en posesión del título, porque con éste, su poseedor puede exigir el cumplimiento de la obligación contenida en el mismo, y el deudor paga válidamente si lo hace a quien exhibe el título. Este argumento es totalmente válido, ya que la sola exhibición del título debe ser garantía básica a su poseedor para el goce de sus derechos.
- c) Literales. (Ubidia s.f.) expresa que tratándose de un documento representativo de un derecho incorporado, éste y la obligación cartular que conlleva han de estar expresados literalmente, con claridad y precisión. La literalidad implica una característica y a la vez un

principio como ya lo hemos analizado anteriormente, dependiendo de la óptica con que lo miremos; por lo tanto, sin la literalidad no existiría ni seguridad ni certeza al no desprenderse de su solo contenido el derecho y la obligación, de lo contrario dificultaría y hasta haría imposible su circulación y ejecución.

Al referirse a la literalidad, Gualteri & Winizky (1984) anotan que “(...) el contenido, extensión, modalidades del ejercicio y todo otro posible elemento, principal o accesorio del derecho cartular, son únicamente los que resultan de los términos en que está redactado el título” (pág. 19). Los títulos valor incorporan un derecho, que se expresa en el documento, por tanto se puede exigir el cumplimiento del derecho que está determinado en el papel, de una manera clara y concisa. Al respecto Joaquín Rodríguez (1980) manifiesta que “lo que no consta expresamente en el título, no puede influir sobre el derecho contenido en el mismo” (pág. 258). Se debe, por tanto, tomar especial atención a lo que está escrito para evitar ambigüedades y confusiones.

- d) Solemnes. La solemnidad describe las formalidades para que surtan los efectos propios y únicos, tienen que originarse en debida forma, lejos de toda discrecionalidad o veleidad, asegurando validez y transferencia eficaz. Por lo tanto deberá sujetarse a los requisitos legales o formalismos propios de la costumbre mercantil (recuérdese, que la ley mercantil nos remite, como en ninguna otra materia, a la costumbre como fuente de interpretación y aplicación).
- e) Patrimoniales. Una característica de los títulos valores de índole dineraria o económica, es el derecho, prestación u obligación contenidos en el título, que necesariamente afectarán al patrimonio económico de personas, sean éstas naturales o jurídicas intervinientes en su creación, por lo que su contenido siempre será patrimonial ya que transfieren capitales, ahorros, créditos, bienes, etc.
- f) Autonomía. Podríamos afirmar que es la característica más sobresaliente y distintiva de los títulos valor, pues es entendida como la plena facultad e independencia del documento para circular y para ser negociado, a diferencia de otros documentos restringidos en su circulación (ANDRADE UBIDIA, 2006).

La generalidad de los documentos prueban, mas no representan, como sucede con los títulos valor; el derecho y la obligación contenidos son incondicionales y en su mayoría no sujetos a causalidad. Al traspasarse de un tenedor a otro el título, presumimos y

establecemos la autonomía de esta operación, por lo que evidenciamos una autonomía del título y de cada obligación; en conclusión el adquirente del documento lo obtiene de manera autónoma, ya que su posición jurídica es independiente de la que tenía su transmitente, es decir se adquiere a título originario.

- g) Incorporación. Ubidia (s.f.), es una ficción legal para que el título cumpla sus fines, el principal: constituir legalmente la unión entre el documento material y la obligación que al mismo se incorpora. Una ficción como otras tantas que impone la ley para que funcionen las instituciones jurídicas creadas por el legislador y así tengan explicación y consecución sus efectos. Una total incorporación, en donde casi todas las obligaciones que se reducen a dinero, se materializan en documentos, susceptibles de posesión por parte de los acreedores, estableciéndose una relación acreedor - cosa-título, los cuales dan mayor seguridad para que el acreedor ejerza su derecho en contra del deudor, que una convención verbal. En la actualidad más que hablar de materialización se habla de incorporación.
- h) Indivisibilidad. Se refiere a la indivisibilidad con relación a la disponibilidad que tienen los titulares del derecho incorporado. Resulta complementario al requisito de incorporación, por el cual el derecho incorporado en el título solamente puede ser ejercido por su titular o titulares; en este último caso, las decisiones tomadas acerca del respectivo título valor deben realizarse en conjunto, y no tendrán validez aquellas que adoptaren los sujetos que integran la titularidad individualmente considerados.
- i) Circulación. Esta es una característica asignada en virtud de su gran función, la de transitar libremente, Al tratarse de obligaciones cartulares, que posibilitan la transferencia de derechos y obligaciones, ha de procurar seguridad y negociabilidad, con total celeridad y facilidad.
- j) Legalidad. Si bien la intensidad de la actividad en las operaciones comerciales y mercantiles con base en la costumbre dan origen a nuevos y efectivos modos o procedimientos de circulación de patrimonios, derechos u obligaciones, el legislador los transforma en normativa promulgada y obligatoria, solo remitiéndonos por excepción y manera expresa a la costumbre (Aguilar Heredia, s.f.). Los títulos valor están expresamente regulados en la ley.

1.11. Clasificación de los títulos valor.

No hay exactitud ni coincidencias plenas para realizar una clasificación; de todas maneras, la doctrina ha realizado las siguientes clasificaciones, tomando en cuenta sus características y esencialidades:

1.11.1. Clasificación de acuerdo con la tipicidad.

Tenemos a los títulos *típicos*, que son aquellos que tienen una regulación específica en la ley; por su parte, los títulos *atípicos* no tienen una regulación específica, sino se sujetan a las normas generales; esta categoría es muy importante, ya que por el avance vertiginoso del sistema financiero, cada día surgen nuevos valores, los cuales aún no tienen una normativa propia.

Respecto a los títulos valor atípicos creados en el Ecuador, éstos tienen plena vigencia, si cumplen con los requisitos generales de todo título valor, ya que el hecho comercial tiene supremacía sobre la ley y la doctrina (Andrade Ubidia, 2006) Conforme se ha señalado, el derecho mercantil es esencialmente consuetudinario; la costumbre mercantil posteriormente es regulada por las leyes.

El art. 2, inc. 1, de la Ley de Mercado de Valores señala que tanto los títulos atípicos creados en el Ecuador, como los extranjeros, para que tengan validez, es decir para que puedan negociarse libremente en el mercado de valores y exigir su cumplimiento, deben ser reconocidos como valores por el Consejo Nacional de Valores. Igualmente es necesario analizar no solo el documento sino su contenido para determinar que un título es típico o atípico, ya que muchas veces lo que varía es su denominación pero no su esencia, aunque a veces sí añade o elimina un aspecto del título, y éste deviene en otro distinto.

En el caso ecuatoriano, en el cheque sí es un requisito indispensable que en el documento conste la denominación *cheque*, en el idioma en el cual se redacta el título, pero no así en las letras de cambio y los pagaré a la orden, ya que basta que en el papel se determine la expresión a la orden para que tenga plena vigencia, sin necesidad de que conste las expresiones letra de cambio o pagaré a la orden.

1.11.2. Clasificación según la función económica.

En esta clasificación están los títulos que sirven de *instrumentos de pago o crédito*, es decir los efectos de comercio, tales como la letra de cambio, el pagaré a la orden, el cheque; otros son

los títulos concretos que *facilitan las operaciones comerciales* sobre mercaderías en poder de un tercero, entre los cuales se encuentran los conocimientos de embarque y las cartas de porte, así como los certificados de depósito en almaceneras. Y otros más son los valores mobiliarios, como las acciones, las obligaciones, las cédulas y los bonos, que permiten realizar la *colocación de capitales* productivos en forma periódica (Andrade Ubidia, 2006). Esta clasificación es la que tiene mayor relevancia en el mundo mercantil, por su naturaleza económica.

1.11.3. Clasificación de acuerdo con el emisor del título valor.

Podemos hablar de títulos *públicos*, como los bonos de la deuda pública, que son los emitidos por personas jurídicas de derecho público, como el Estado o instituciones públicas; los títulos *privados*, en cambio, como las acciones y las obligaciones, son emitidos por personas naturales o jurídicas de derecho privado (Andrade Ubidia, 2006).

1.11.4. Clasificación de acuerdo con la modalidad de su creación.

De acuerdo con esta modalidad tenemos los títulos emitidos *individualmente, singulares o aislados*, que son cosas fungibles que coinciden con los efectos de comercio, es decir son producto de un negocio jurídico individualizado entre dos personas, por el cual surge la obligación de prestar una cantidad de dinero; pertenecen a esta categoría la letra de cambio, un pagaré o una póliza de acumulación.

Los títulos *en serie*, en cambio, suelen ser fungibles; cuando se emiten al portador, son genéricos y usualmente se emiten en masa, por cifras en números enteros (por ejemplo las acciones, los bonos) y no siempre constituyen derechos de crédito (Andrade Ubidia, 2006). Esta clasificación es comúnmente utilizada por el Derecho Financiero; su única diferencia radica según sea la emisión singular o en masa.

1.11.5. Clasificación de acuerdo con la sustantividad.

Pueden ser *principales*, cuando contienen un derecho autónomo, que vive por sí mismo, como por ejemplo la letra de cambio o la acción.

Pueden ser *accesorios*, cuando contienen derechos que dependen de la existencia de otros títulos que contienen otros derechos, como por ejemplo los cupones de cédulas o de obligaciones. Existe una crítica a esta clase de títulos, que sostiene que no deberían llamarse títulos valor sino simples títulos de legitimación, ya que -se manifiesta- no son autónomos sino dependen de derechos contenidos en otros títulos para subsistir, si estos títulos incorporan

obligaciones amortizadas, como los cupones que no tienen ningún valor por sí mismos, ya que muchas veces el deudor puede exigir la presentación del título principal de la deuda para así pagar las amortizaciones respectivas (Andrade Ubidia, 2006). Sin embargo, la crítica no impide que sean objeto de libre circulación y negociación; la ley no regula nada al respecto, pero por el hecho de ser accesorios a las obligaciones principales contenidas en títulos valor, que de acuerdo a nuestra legislación pueden ser a la orden o al portador, se deduce que estos cupones también pueden emitirse a la orden o al portador.

1.11.6. Clasificación de acuerdo con el contenido del derecho.

Andrade Ubidia (2006) también señala una clasificación de las denominadas órdenes de mercadería, o de pago, que constituyen los *títulos de crédito* propiamente dichos, o sea los relativos a operaciones de crédito, que implica el derecho a que en un determinado plazo se le entregue al titular del título mercaderías determinadas o una cantidad de dinero establecida. Por otro lado están los títulos *representativos de mercaderías*, que confieren a sus portadores sucesivos un derecho real contenido en el título de disponer de las mercaderías determinadas en el documento. Los *títulos de participación*, por su parte, implican que su legítimo titular, es decir los socios de una sociedad anónima, pueden ejercer derechos patrimoniales, ciertos poderes jurídicos, inherentes a la calidad de socio. Por último, se encuentran los títulos que *incorporan la obligación de prestar un servicio*, tales los casos de las cartas de porte y las cartas de embarque, como títulos que dan derecho a la posesión, debido a que implican que sus tenedores tienen derecho a exigir la propiedad de los bienes determinados en ellos, así como también la prestación del servicio de custodia y de cuidado de los mismos bienes (Andrade Ubidia, 2006).

1.11.7. Clasificación según la forma de designar al titular.

Respecto a esta específica categoría de clasificación de los títulos valor, tampoco existe acuerdo en la doctrina, pero mayoritariamente los tratadistas coinciden que de acuerdo a la forma de designar al titular, los títulos valor se clasifican en títulos *nominativos*, *al portador* y *a la orden*. Antes de analizar cada una de estas clases de títulos, se debe mencionar que por el vertiginoso avance del comercio y del intercambio mercantil en el mundo contemporáneo, las definiciones científicas y rígidas respecto a esta clase de títulos han sido superadas; así, tenemos títulos nominativos que pueden circular a través del endoso registrado, como en el caso de depósitos en almacenes; y también títulos a la orden que pueden transmitirse con la entrega material del documento, gracias al endoso en blanco.

Títulos al portador. Estos títulos pueden contener una cláusula expresa, “al portador”, o simplemente no contener designación alguna, que igual significa al portador (Andrade Ubidia, 2006). Son aquellos que se transmiten con la simple entrega material del documento, ya que no consta el nombre de la persona a cuyo favor se emitió el título, es decir no se libra a favor de una persona determinada.

Títulos nominativos. De acuerdo con el art. 233 de la Ley de Mercado de Valores, “los títulos nominativos o directos son aquellos que, redactados en favor de una persona determinada, se transmiten mediante la anotación en su texto y registro de la transmisión en los libros especiales”, por tanto son aquellos en los que en el mismo documento consta el beneficiario del título de una manera expresa, es decir el titular del título está designado e individualizado, y si se quiere negociar con ellos (endoso) se debe señalar este particular, el cambio de beneficiario, en el mismo documento. Existen títulos que, ya sea por disposición legal o por voluntad del emisor, solo se pueden emitir como nominativos.

Estos títulos si bien coartan la libertad respecto a una libre circulación, a la transmisión del título de mano en mano, ya que se designa a un beneficiario del derecho incorporado en el título y solo él puede exigir su cumplimiento, salvo endoso, permiten un mayor control estatal, que evita fraudes, maniobras dolosas con respecto a la obligación fundamental que dio origen al título.

Títulos a la orden. Son aquellos en los que se contempla por una parte como titular a una persona determinada, pero a la vez consagra la posibilidad de que esta persona transmita el título a otra indeterminada, que será la beneficiaria real del título, la que va a exigir su cumplimiento (Andrade Ubidia, 2006); es decir el que libra el título se obliga a pagar o hacer pagar, no al titular del título sino a la persona que éste designe posteriormente. Al respecto es muy difícil encontrar una diferencia entre el endoso de los títulos nominativos y los títulos a la orden.

La sutil diferencia técnica entre los títulos nominativos directos y los títulos a la orden, consiste en que si los títulos nominativos se endosan, esto no implica más que una cesión de derechos, en donde lo que se transmite es el derecho del primer legítimo tenedor del título; los títulos a la orden, en cambio, no transmiten el derecho del endosante, sino el derecho contenido en el título, por tanto el endosatario adquiere un derecho autónomo y propio.

Según se ha expresado, las clasificaciones son muchas y varían según cada doctrinario, por lo que es importante hacer referencia a la clasificación que propone el Doctor Leonardo González (2012): Títulos que movilizan el crédito, títulos que movilizan el ahorro y títulos que movilizan bienes

a.- Títulos que movilizan el crédito: En la legislación mejicana a la “factura cambiaria” se la considera dentro de los títulos que movilizan el crédito; éstos son documentos emitidos por las empresas que venden bienes y servicios, aún antes de negociarlos; el empresario obtiene el pago anticipado, porque recupera el valor antes de vender el producto, mientras el que compra la factura recuperará el precio cobrándolo al comprador del producto pero con la ganancia respectiva. (Gonzalez,2012). Dentro de ésta clasificación, la letra y el pagaré son los más antiguos, los que primero creó el empresario, son aquellos en los que la obligación documental o cartular no se incorpora propiamente. La obligación y su consecuente derecho nacen con el título, cuando se pierde o destruye una letra o pagaré, se pierde el derecho. La letra y el pagaré a la orden son los perfectos títulos valor, pueden crearse sin causa, y solo con el exclusivo propósito de poner en circulación el crédito del girador.

b.- Títulos que movilizan el ahorro: Los representativos son las acciones, las obligaciones y los bonos.

Según la Ley de Compañías ecuatoriana, “La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas, que responden únicamente por el monto de sus acciones” (Art. 143 inc. 1ero) y “Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas la reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas” (Art. 143 inc. 2do). Para constituir una compañía, los accionistas deben suscribir y pagar parte del capital, lo cual implica que han movilitado el ahorro; lo que ha hecho el comprador de este título es prestarle dinero a la compañía, la cual entrega un título valor que puede ser negociado. Los bonos movilizan el ahorro y se tratan de un préstamo a largo plazo del titular del bono, a favor de la entidad pública que recibe el capital fresco.

c.- Títulos que movilizan bienes: Pertenecen a este grupo las cartas de porte, que representan mercancías que se movilizan por vía terrestre; los conocimientos de embarque, que se refieren a los escenarios aéreo y marítimo, y los certificados de almaceneras (González, 2012, pág. 67).

En conclusión y para efectos de este estudio, se ha analizado al título de crédito como un tipo de título valor. El título de crédito sirve de fundamento para iniciar una acción coactiva. Se ha identificado al título de crédito emitido en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el Servicio de Rentas Internas, así como también el título de crédito emitido en la Superintendencia de Compañías. Estos surgen en base a leyes especiales de cada institución, así por ejemplo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social el cobro de mora patronal está regulada en la Ley de Seguridad Social y la Resolución CD 301.

Nuestra legislación determina los instrumentos públicos de naturaleza tributaria y que se encuentran fundamentados en títulos de crédito emitidos legalmente:

Las liquidaciones o determinaciones ejecutoriadas de la obligación tributaria, siempre que la ley no exija la emisión del título de crédito.

Las órdenes de cobro que se emitan, en base de catastros, registro, declaraciones de los contribuyentes, o avisos de funcionarios públicos autorizados para el efecto.

Los títulos emitidos como resultado de actos o resoluciones emanados de la administración, que se encuentren firmes o ejecutoriados.

Los que se emitan en cumplimiento de sentencias dictadas por los Tribunales Distritales de lo Fiscal.

Los que correspondan a multas y otras sanciones económicas de carácter tributario. En este caso los títulos se emitirán cuando ellas se encuentren ejecutoriadas.

CAPÍTULO 2. TÍTULOS DE CRÉDITO EN EL ECUADOR

2.1. Concepto.

La Legislación ecuatoriana no define expresamente a los títulos de crédito y considera como sinónimos a los títulos valor y a los títulos de crédito; por ejemplo en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se habla de valores, títulos valores, títulos valor y títulos de crédito, indistintamente, como sinónimos. Esta confusión es cuestionable, debido a que es erróneo considerar como sinónimas a expresiones que se refieren a diversos conceptos; así, un título de crédito es una especie dentro del género título valor. Araujo López corrobora lo mencionado y expresa:

“Todo título de crédito es un título-valor, pero no todo título-valor será necesariamente un título de crédito, por lo que hay una relación de género a especie, donde los títulos-valores son el género y los títulos de crédito, la especie.”(Araujo López, 2009) (blog Online, recuperado de <http://blogs.monografias.com/ra-abogado/2009/07/07/titulos-de-credito-derecho-mercantil/>).

La legislación ecuatoriana, como queda dicho, erróneamente confunde a los títulos de crédito con los títulos valor.

La legislación mexicana, en cambio, define expresamente a los títulos de crédito como: “Los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna y que están destinados a circular” (Quevedo Coronado, 2008, pág. 23),

La diferencia radical entre los títulos de crédito y los títulos valor consiste en que los primeros están destinados a circular, debido a que generalmente son negociables, muy utilizados en el sistema mercantilizado y capitalista de hoy en día.

Las características de los títulos de crédito, en el criterio del tratadista Quevedo (2008), son: incorporación, legitimación, literalidad, autonomía y circulación. A pesar de que la circulación es la característica esencial de los títulos de crédito, sin la cual éstos dejarían de serlo, algunos títulos-valores -que no son títulos de crédito- pueden circular libremente, por ejemplo las acciones al portador, diferencia que se debe tomar en cuenta.

En los títulos de crédito existe el transcurrir del tiempo como factor esencial, especialmente en lo que refiere a los intereses; al respecto Quevedo (2008) manifiesta: “En los títulos de crédito se encuentra necesariamente un factor tiempo para los pagos diferidos. Ejemplo: La letra de cambio, el pagaré, donde se encuentra un plazo para su pago” (pág. 126). El factor tiempo es sustancial para efectos de cobros, el paso del tiempo tiene valoración monetaria.

Pese a lo anotado, existen varios doctrinarios que sostienen que títulos-valores y títulos de crédito son exactamente lo mismo, tomando como similares al cheque, a la letra de cambio y al pagaré. Al respecto es preciso señalar que el cheque es un medio de pago, prácticamente constituye dinero en efectivo, no contiene un plazo y por lo tanto no es un título de crédito, sino de pago; la letra de cambio y el pagaré, al contrario, sí tienen un plazo para exigir su cumplimiento, es decir constituyen un crédito pagadero en el futuro, de lo cual se puede deducir que si bien la letra de cambio y el pagaré a la orden son considerados títulos valor, específicamente son títulos de crédito con características propias: pago futuro, libre circulación y con un derecho literal y autónomo incorporado a su texto.

En síntesis, debemos manifestar que existen títulos valores personales: la acción (calidad de accionista); títulos valores de crédito: la letra de cambio y el pagaré; y títulos valores de pago: el cheque.

Al analizar las causas inmediatas que se ligan a la exigibilidad de un título de crédito, tenemos principalmente a una obligación incumplida, aunque también existen otras causas, como las disposiciones legales y la verificación del hecho generador que se da en el ámbito tributario. Al respecto Patiño Ledesma (2013) manifiesta:

“El antecedente de la obligación de pago se encuentra en la existencia de una prestación no cumplida dentro de los plazos establecidos, sea en la norma legal o estipulado en el acuerdo surgido de la voluntad de las partes. En el ámbito tributario, al verificarse el hecho generador previsto en la ley, se configura el tributo y da lugar al nacimiento de la prestación por parte del contribuyente al sujeto activo o ente acreedor. El establecimiento del monto de la obligación puede provenir de dos fuentes: la primera vinculada con la actividad del propio contribuyente, y la segunda por la intervención directa de la administración a través de órganos creados para el efecto, quienes pueden determinar la cuantía en forma directa, mediante la revisión o verificación de las liquidaciones efectuadas por los contribuyentes o por la elaboración de listados o catastros. Una vez que la carga impositiva se encuentra líquida, debe materializarse en los denominados títulos de crédito u órdenes de cobro emitidos por la autoridad del órgano del que emanó el acto determinativo.” (pág. 380 y s.)

Los títulos de crédito contribuyen al crecimiento económico y facilitan las relaciones comerciales entre las personas, incluso facilitan las negociaciones entre particulares y entes del Estado, ayudando a los órganos estatales a facilitar su recaudación.

2.2. Análisis de los títulos de crédito emitidos por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) es una institución pública con un rol preponderante en la sociedad, pues es la encargada de proporcionar la seguridad social a las personas con relación de dependencia laboral, a la población rural a través del seguro campesino, así como a los ecuatorianos y ecuatorianas en general que se hubieren afiliado voluntariamente, domiciliados en el país o el exterior.

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tiene sus orígenes en el gobierno del doctor Isidro Ayora Cueva, quien mediante Decreto N° 18, del 18 de marzo de 1928, creó la Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militar, Ahorro y Cooperativa, con patrimonio propio y con el objetivo de conceder a los empleados públicos, civiles y militares, los beneficios de Jubilación, Montepío Civil y Fondo Mortuario, ampliándose después estos beneficios a los empleados bancarios.

En Octubre de 1935 se dictó la Ley del Seguro Social Obligatorio y se crea el Instituto Nacional de Previsión, Órgano Superior del Seguro Social que comenzó a desarrollar sus actividades el primero de mayo de 1936. Su objetivo fue establecer la práctica del Seguro Social Obligatorio, fomentar el Seguro Voluntario y ejercer el Patronato del Indio y del Montubio.

Después el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se creó mediante Decreto Supremo N° 40 del 2 de julio de 1970 y publicado en el Registro Oficial No. 15 del 10 de Julio de 1970. Está sujeto a las normas del derecho público. La Ley de Seguridad Social vigente en el Ecuador se publicó el 30 de noviembre del 2001, en el Registro Oficial No. 465; contiene 308 artículos, 23 disposiciones transitorias, una disposición especial única y una disposición general.

Finalmente, la Asamblea Nacional consagró en 1998 la permanencia del IESS como única institución autónoma, responsable de la aplicación del Seguro General Obligatorio. La seguridad social se rige por los principios de solidaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. (Avilés Pino, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, recuperado de. <http://www.encyclopediadelecuador.com/temasOpt.php?Ind=1092&Let=.>)

En el primer inciso del artículo 371 de la Carta Magna ecuatoriana se dispone:

“Las prestaciones de la seguridad social se financian con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.”

El artículo 2 de la Ley de Seguridad Social establece que son sujetos “obligados a solicitar la protección” del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular:

- a. El trabajador en relación de dependencia;
- b. El trabajador autónomo;
- c. El profesional en libre ejercicio;
- d. El administrador o patrono de un negocio;
- e. El dueño de una empresa unipersonal;
- f. El menor trabajador independiente; y,
- g. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales”

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tiene la potestad para regular los mecanismos que permitan un adecuado control de la recaudación de obligaciones y de la mora patronal. En este sentido, es permanente la campaña a nivel nacional para controlar si los patronos cumplen con la obligación de asegurar a sus empleados, labor que lo realiza con sus funcionarios.

El empleador está en la obligación de registrar a sus trabajadores a través de la página Web del IESS o directamente en la unidad correspondiente, consignando su razón social o nombres en el caso de persona natural, RUC o su cédula de identidad, actividad económica, dirección y más información particular, desde el primer día y dentro de los quince días de labores. En el Registro se hará constar los nombres completos del trabajador, fecha de ingreso, remuneración, cargo o función que desempeña, número de cédula o documento de identificación para los extranjeros, modalidad de contratación y dirección domiciliaria. El empleador está en la obligación de dar aviso de cualquier novedad, enfermedad, separación del trabajador, dentro del término de tres días. (RESOLUCIÓN NO. C. D. 301. 11/01/2010 IESS)

El empleador y el afiliado voluntario están obligados a pagar las aportaciones dentro del plazo de quince días posteriores al mes que correspondan los aportes. En la actualidad estos pagos

se realizan a través del sistema bancario, Servipagos o Wester Union. En caso de incumplimiento, serán sujetos de mora, sin perjuicio de la responsabilidad patronal causada. Iguales obligaciones y responsabilidades tienen los patronos privados, y solidariamente sus mandatarios y representantes, tanto por la afiliación oportuna de sus trabajadores como por los pagos dentro de los plazos establecidos de los aportes personales, patronales, fondos de reserva. Esta responsabilidad se referirá a actos u omisiones producidas en el período de su mandato de mandatarios y representantes, y subsistirá después de extinguido.

El Art. 78 de la Ley de Seguridad Social establece:

“Sin perjuicio del plazo de quince días para la remisión de aportes, descuentos y multas al IESS, el funcionario público o el empresario privado que hubiere retenido los aportes patronales y/o personales y haya efectuado los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el IESS dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha respectiva de retención, será sancionado con la pena de tres a cinco años de prisión y una multa igual al duplo de la valores no depositados”. (LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, R.O. 465, 30.11.2001.)

El control de afiliación y recaudación de la mora patronal está a cargo del Director Provincial a través de las Unidades de Servicios al Asegurado y de Afiliación y Cobertura; los funcionarios de estas áreas serán los encargados de la verificación y cumplimiento de obligaciones, referente a aportes patronales, fondos de reserva, descuentos por dividendos de préstamos de los trabajadores. Se ingresará la información al sistema informático, y en caso de no cumplimiento se generará la glosa respectiva, cuando acusen mora por períodos superiores a noventa días; en esta notificación de pago constará: el número de glosa, fecha de emisión, deudor, RUC, razón social, teléfono, provincia, cantón, parroquia, dirección, concepto, el aviso de que se le concede ocho días laborables desde la fecha de entrega de la notificación para que pague o la impugne, y el hecho de que de no cumplir con el pago, se le emitirá el correspondiente título de crédito para la iniciación de la acción coactiva.

Constará también el aviso de que puede impugnar la glosa ante la Comisión Provincial de Prestaciones y Controversias dentro del mismo término concedido de ocho días, presentando la petición por escrito, con los argumentos y documentación pertinentes, en la Unidad de Afiliación y Cobertura de la Dirección Provincial, (sin perjuicio de su facultad de realizar las impugnaciones en la vía judicial ejerciendo el derecho a la defensa).

Luego de transcurridos 30 días desde la notificación de la glosa, la unidad de Afiliación y Control Patronal en cada jurisdicción, a través del Sistema de Historia Laboral emitirá los títulos de crédito en contra del empleador que no hubiere cumplido con el pago de obligaciones. Se incluirá los casos de responsabilidad patronal establecidos por el IESS, como por ejemplo las atenciones médicas cuando el empleador estuvo en mora de los aportes. Cuando la glosa se encuentre impugnada o si estuviere pendiente de resolución de un reclamo administrativo o judicial, no se podrá emitir el título de crédito.

El título de crédito deberá estar legalizado y contener los siguientes datos: número de título de crédito, nombre de la autoridad encargada del cobro, razón social o representante legal para el caso de personas jurídicas u organizaciones corporativas; nombres completos de la persona deudora, si se tratare de personas naturales; número de registro patronal o RUC/cédula de identidad, registro de dirección y el domicilio correspondiente, el detalle de las obligaciones y el valor.

La mora patronal es imprescriptible, por lo que una deuda con el Seguro Social crece día a día, pudiendo ser cobrada a los mandatarios y/o representante legales de las personas jurídicas, a los sucesores de la empresa, negocio o industria, e incluso a los herederos de éstos, según el inciso 3 del Art. 97 de la Ley de Seguridad Social y al Art. 957 del Código de Procedimiento Civil.

2.3. Título de crédito emitido en la Superintendencia de Compañías.

La Superintendencia de Compañías es la Institución responsable del control societario y del mercado de valores en el Ecuador. Es un organismo técnico y autónomo que supervisa la organización, actividades, funcionamiento, disolución y liquidación de las diferentes clases de Compañías: Compañía Anónima, Compañía de Responsabilidad Limitada, de Economía Mixta, Compañías en Comandita, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Compañías.

Para la recaudación de las contribuciones, intereses y multas, la Superintendencia de Compañías se rige de acuerdo a lo establecido en el artículo 451 de la Ley de Compañías. El título de crédito es emitido por el Superintendente de Compañías y se cobra por medio de la jurisdicción coactiva. En el caso de que se trate del cobro de contribución, en el título de crédito deberá constar el número del título, la razón social, la fecha de la emisión del título, fecha de presentación de balance, dirección domiciliaria y teléfono de la Compañía, valor del activo,

fecha del balance, número de Resolución concepto, valor a pagar. El pago se puede realizar en efectivo o cheque certificado a nombre de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en la cuenta de recaudación del Banco del Pacífico, los intereses por mora se calcularán de acuerdo con lo que disponen los artículos 21 del Código Tributario y 449 de la Ley de Compañías. El proceso coactivo en esta Institución se rige de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil y el Código Tributario.

2.4. Título de crédito emitido en el Servicio de Rentas Internas.

En los inicios de la humanidad y en el surgimiento de las comunidades originarias, los gobernantes debieron ingeniar medios para existir y perdurar, pues se dieron cuenta que debían crear medios que les faculte satisfacer las necesidades económicas de sus comunidades; así se crearon los tributos, que implicaban un medio de imposición en la que los gobernantes exigían a sus pueblos (PATIÑO, 2013). Los tributos, pues, surgen de una arbitrariedad concebida por los gobernantes, dando lugar a múltiples abusos y extorsiones cubiertas de una supuesta obligación de los ciudadanos y las ciudadanas a tributar para el bien de su comunidad y de sí mismos; sin embargo, si bien es cierto que los tributos son sustanciales para cautelar la existencia de la comunidad, éstos en sus inicios no tenían regulación ni limitación alguna, la relación recaudador y contribuyente resultaba ser un medio de dominación, desembocando en actos de extremo abuso e injusticia. Al respecto Patiño (2013) manifiesta:

“La historia de la sociedad demuestra que bajo el principio de la imposición, los gobernantes y líderes impusieron a los gobernados tributos arbitrarios y desmedidos propiciando con ello al enriquecimiento exagerado de algunas personas vinculadas con el poder, particularmente de los denominados recaudadores (...) a tal punto que los plebeyos pagaron sus tributos entregando todos sus bienes y aun hasta su vida.”(pág. 20.)

La existencia del Derecho Tributario abre camino para propugnar el principio de legalidad y proporcionalidad, en busca del ideal más alto que es la justicia, limitando rotundamente este poder y abuso.

La existencia de un Estado de Derecho, de un ordenamiento jurídico, impone a los ciudadanos y ciudadanas el deber de tributar, pero sujetos a principios y derechos legales y constitucionales. “Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos”, señala la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su Art. 36; debe precisarse, en todo caso, que la obligación tributaria es legítima si es apegada a los derechos constitucionales y legales; es decir el contribuyente debe estar obligado pero también protegido por un sistema legal tributario que le establezca los principios y derechos.

Los Títulos de Crédito emitidos por el Servicio de Rentas Internas en el Ecuador son documentos por medio de los cuales se cobran las obligaciones generadas por tributos o impuestos no cancelados. Cabe recalcar la importancia de la existencia del tributo, pues sirve para financiar las inversiones y los gastos públicos; a través de estos recursos el Estado, por intermedio de las instituciones públicas puede cumplir con las diversas actividades encaminadas a satisfacer las necesidades básicas y buscar el bienestar de los ciudadanos y ciudadanas que viven en el Ecuador.

2.4.1. Relación tributaria, obligación tributaria y hecho generador o imponible.

La obligación tributaria es la relación jurídica y determinada por la cual el sujeto activo o estado exige al sujeto pasivo o contribuyente la cancelación de una suma de dinero en concepto de tributo.

Para Zerpa, (2009) en su blog online, Estructura Obligatoria Tributaria (Recuperado <http://anaraquelzerpag.blogspot.com/2009/08/estructura-obligacional-tributaria.html>; manifiesta:

“La Obligación Tributaria también conocida como la relación jurídica tributaria, considerada como la obligación de dar (pagar los impuestos), de hacer (declarar una renta o impuesto y cumplir con los deberes formales, entre otros), de soportar (aceptar inspecciones, fiscalizaciones por parte de la Administración Tributaria) y por último es una prestación accesoria (pago de una suma de dinero por las sanciones aplicadas), basada en el poder de imposición del Estado ante los sujetos pasivos.”

Luqui, analizado por Moya, manifiesta:

“(…) obligación tributaria, en lugar de relación tributaria, no por desconocer su existencia, sino porque la obligación tributaria es la suma del vínculo jurídico, y las otras obligaciones nacen por causa de ella, o son consecuencia. (...) Toda obligación jurídica nace de una relación jurídica, sea ésta contractual o extracontractual.” (Moya, 2008, p.171)

En el criterio de Mota (2014), la obligación tributaria, recuperado de (Blog de Jose Mota recuperado de <http://josemota.blogspot.es/categoria/tributario/>) expresa:

“(…)es aquella que se establece cuando se verifica el hecho imponible. La obligación Tributaria es la relación o vinculación que surge entre el estado y el sujeto pasivo cuando se establece el hecho imponible. Es un vínculo de carácter personal que recae sobre las personas naturales y jurídicas no sobre los bienes”.

El hecho generador o hecho imponible da origen a la obligación tributaria; éste consiste en el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo (Art. 16 del Código Tributario ecuatoriano). El hecho generador en el IVA, por ejemplo, se causa en el momento que se realiza el acto o se celebra el contrato que tenga por objeto transferir el dominio de los bienes o la prestación de los servicios, actos por los cuales se deben emitir la respectiva factura.

En el su artículo 17, el referido Código manifiesta:

“Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados. Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.”

El hecho generador, por tanto, es un suceso sustancial que permite la existencia de las obligaciones tributarias. Zafra (en su blog online recuperado de <http://derechotributari.blogspot.com/>.) respecto del hecho generador expresa:

“El hecho generador se debe entender como aquel acto económico o negocio que resulta afecto al tributo y cuya realización u omisión va a generar el nacimiento de la obligación tributaria. Es decir, es un hacer o un no hacer. El hecho generador da nacimiento a la obligación tributaria, pues la ley por sí sola no puede cumplir con este fin; esto, debido a que la norma no puede indicar dentro de su ordenamiento a los deudores individuales del tributo, por tal razón es que se sostiene del hecho imponible, que al realizarse determina el sujeto pasivo y la prestación a que está obligado.”

Respecto a la **Base Imponible**, el diccionario online Economía-Administración- Finanzas-Marketing (2015) (recuperado de http://www.eco-finanzas.com/diccionario/B/BASE_IMPONIBLE.htm); lo define como: “el monto a partir del cual se calcula un Impuesto determinado: la base imponible, en el impuesto sobre la Renta, es el Ingreso neto del contribuyente, descontadas las deducciones legales, sobre la base del cual éste deberá pagar Impuestos.” De lo manifestado es de esencial importancia conceptualizar qué hechos dan nacimiento a una obligación tributaria, ya que la ley por sí sola no soluciona este aspecto y el hecho generador lo delimita, por lo tanto el hecho generador y la base imponible son sustanciales en la determinación de las obligaciones tributarias.

La emisión de los títulos de crédito u órdenes de cobro se lo hará cuando la obligación sea líquida, determinada, y servirá de fundamento para iniciar el procedimiento coactivo, en base a lo dispuesto en el capítulo del “Procedimiento Administrativo de Ejecución” del Código Tributario.

2.4.2. Principios del derecho tributario.

La Carta Magna ecuatoriana establece como principios rectores del Derecho Tributario: generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria (Art. 300).

La **generalidad** implica la acepción de que la totalidad de ciudadanas y ciudadanos están obligados a cumplir con la tributación, es decir no existirá privilegios ni tampoco inmunidades arbitrarias sin justificaciones, pues todos están obligados a pagar tributos. Al analizar la generalidad, Peris (2011) lo concibe desde dos perspectivas, atribuyendo para nacionales y extranjeros y en cuanto a la prohibición de la contribución por arbitrariedad:

“Doble sentido, el deber de contribuir no se refiere sólo a los ciudadanos españoles, sino también a los extranjeros, así como a las personas jurídicas, españolas y extranjeras. El criterio de generalidad en la distribución de las cargas públicas, mediante el cual se prohíbe la existencia de privilegios fiscales.” (Lección 5 Los Principios Constitucionales Del Derecho Financiero 1, recuperado de <http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/derecho-financiero-y-tributario-i/leccion5df.pdf>)

Por lo dicho, las obligaciones tributarias nacen de otro principio, que es la *igualdad*, pues se aplicarán indistintamente a todas las personas.

El principio de **Proporcionalidad** subyace con la capacidad contributiva, tomándose en cuenta el capital, la renta y el consumo. De este principio, Alvarado Esquivel (1999) expresa:

“(…) al mandato constitucional de proporcionalidad, es necesario que el impuesto de que se trate recaiga sobre una renta real y disponible, es decir, sobre un ingreso o rendimiento que incorpore un bien o un derecho al patrimonio afectado, y del cual puede disponer realmente el sujeto que lo percibe, reflejando así la aptitud de éste para aportar una parte de esa riqueza al gasto público.” (pág. 56.)

Por lo manifestado, la posibilidad de cumplir con el deber de pagar tributos se verá condicionada con la capacidad de pago de los sujetos, valorándose la riqueza, lográndose así que los tributos sean justos.

El principio de la **Equidad** es transcendental en materia tributaria, permite efectivizar la adecuada imposición recaudatoria, en pro de evitar cargas descomunales o beneficios extremados. La equidad y la proporcionalidad van de la mano, como requisitos esenciales en un sistema de justicia.

García Guerrero (2012) concibe a este principio como La Equidad Tributaria y afirma que:

“(…) lo que se busca es evitar propiciar discriminaciones de cualquier índole frente al cumplimiento de la obligación tributaria y promover que siempre exista una debida congruencia entre la capacidad contributiva de la persona obligada al pago de una contribución y el monto a pagar. Es importante que en la Constitución también se establezca que cuando por cualquier medio el contribuyente demuestra ante el órgano constitucional competente que el legislador no cumplió los principios de proporcionalidad y de equidad al establecer un gravamen, entonces las autoridades fiscales, una vez declarada la violación constitucional, lo eximan de su pago.” (Ensayo online recuperado de <http://mexicolegal.com.mx/vp-ind.php?id=605&categoria=derecho>.)

La Carta Magna de España dispone acerca de los principios del Derecho Tributario : “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que,

en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio...” (Art. 31). De esta manera los ciudadanos y ciudadanas encuentran un amparo eficaz mediante el ejercicio de las acciones legales y constitucionales pertinentes ante una violación a estos principios, vinculadas con el único fin que es la Justicia.

El principio de **Legalidad** hace relación al momento en que se debe destinar una imposición, es decir no se puede aplicar un tributo, sin una ley previamente establecida. Pacheco Solano (2010) manifiesta: “es pertinente recordar un viejo y conocido aforismo jurídico: *nullum tributum sine lege*, es decir *no hay tributo sin ley previa*” (pág. 52). El principio de legalidad atribuye una especialísima facultad a los legisladores de crear leyes a través de las cuales se crean, modifican o extinguen tributos, así como se establece las personas que están exentas o exoneradas de su pago.

Acerca del principio de **Capacidad Contributiva**, la Dra. Marisa Vázquez (s.f.) manifiesta que éste es un principio innominado por cuanto vincula a la capacidad de riqueza de las personas al momento de pagar los tributos.

La Dra. García Vicaíno (s.f.), por su parte, define a la capacidad contributiva como aquella aptitud económica y social para contribuir al mantenimiento del Estado; en otras palabras, la autora manifiesta que cada persona obligada a la contribución tendrá una capacidad económica y social particular; debiendo ser analizada de manera diferente a otras personas y circunstancias.

La capacidad contributiva, en conclusión, no implica únicamente la condición económica del contribuyente sino se liga a factores sociales y subjetivos que hacen del obligado una persona particular y única, particularidad que debe ser tomada muy en cuenta al momento de cuantificar los tributos y en virtud de ello garantizar a la ciudadanía una justicia social transparente.

El principio de **Progresividad** resulta innovador en la Carta Magna ecuatoriana y tiene estrecha relación con el principio de la capacidad contributiva; al respecto, el Dr. Pacheco (2010) afirma:

“Doctrinariamente se lo ha considerado como un principio íntimamente ligado a la capacidad contributiva de los habitantes de un Estado y basado principalmente en el principio, no tributario sino social, de la solidaridad social, en virtud del cual el que más posee debe contribuir en mayor proporción, en solidaridad con quien menos posee, quienes deberán contribuir en menor proporción y de acuerdo a su real capacidad contributiva, argumento éste que ha sido adoptado por la doctrina para

admitir al principio de progresividad, por considerarlo que contribuye a la redistribución de la renta con sentido igualitario.”(pág. 100.)

El tributo, por lo tanto, dependerá del nivel económico de cada persona; es decir, cada uno pagará sus tributos según las riquezas que posea.

Para el jurista Pacheco Solano (2010), el principio progresivo se da cuando los obligados aumentan su capacidad económica, con lo que también aumentará su capacidad contributiva:

“(…) diremos que un impuesto es progresivo cuando su porcentaje de exacción de la riqueza de los contribuyentes aumenta en la medida que aumenta la capacidad contributiva de éstos, en otras palabras, diremos que este principio propende al justo reparto o distribución de la carga tributaria y al financiamiento del estado entre los diversos obligados al pago, tomando en consideración su real capacidad contributiva.” (pág. 105.)

Este principio convierte en eficaz la capacidad contributiva, pues permite una contribución equitativa e igualitaria, haciendo un sistema tributario más justo.

Principio de **Eficiencia**. En el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas (s.f.) se define a la eficiencia como la “(…) capacidad y aptitud para obtener determinado efecto (…)” (pág. 380); por su parte, el Dr. Pacheco (2010) anota: “(…) ‘eficiencia’ hemos de entender a la ‘consecución o cumplimiento de metas u objetivos, empleando para ello el mínimo de recursos posibles” (pág. 108). En conclusión, la eficiencia es una correcta recaudación de tributos, con la menor utilización de recursos posibles, evitándose gastos innecesarios del contribuyente.

Principio de **Simplicidad Administrativa**. Resulta muy acertada la reflexión del tratadista Pacheco Solano (2010) sobre este principio:

“(…) este principio se refiere a la obligatoriedad del legislador de establecer mecanismos o dotar de herramientas suficientes para que la administración tributaria cuente con medios de determinación, control y recaudación simples y ágiles, sin mayores complejidades y solemnidades, lo que evidentemente resultaría riesgoso para un estado que se dice ser de derecho.” (pág. 112.)

En efecto, la simplicidad administrativa implica eliminar trámites engorrosos e innecesarios que entorpecen el sistema tributario de recaudo.

Principio de **Irretroactividad**. El Código Civil ecuatoriano en su Art. 7 establece: “(...) la ley no dispone sino para lo venidero, no tiene efecto retroactivo.”

Por su parte, el Código Tributario ecuatoriano en su Art. 3 dispone: “(...) no se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes (...)”

En virtud de este principio se hace efectiva la seguridad jurídica de los contribuyentes, de manera que una ley posterior no afecte sus circunstancias actuales atentando a sus intereses y derechos.

CAPÍTULO 3. EL PROCEDIMIENTO COACTIVO DE POTESTAD ADMINISTRATIVA

3.1. Concepto.

Etimológicamente, según el diccionario Online, coactivo proviene del término latín *coactus* que significa impulso, ejercer acción en procura de conseguir un fin determinado(diccionario online recuperado de [/www.buscapalabra.com/definiciones.html?palabra=coactiva](http://www.buscapalabra.com/definiciones.html?palabra=coactiva)).

Rodrigo Patiño Ledesma (2013) expresa que

“(…) en nuestro sistema administrativo el procedimiento coactivo es el medio que utilizan el Estado, los organismos seccionales o cualquier otro ente público que goce de facultad coactiva, para la recaudación de todo tipo de obligaciones, que por cualquier concepto mantengan los ciudadanos y que no han sido cubiertas a tiempo. La coactiva se promueve a través de los funcionarios competentes, mediante un procedimiento especial que se sustenta en el carácter ineludible de las obligaciones de los particulares frente a los órganos del sector público, cuyo cumplimiento depende de la dotación de los recursos que financian la administración y las actividades del servicio a la comunidad.” (pág. 378)

Un proceso coactivo se deriva de la facultad de la administración pública de exigir por sí misma la ejecución forzosa de los actos que emana de sí misma, de manera que no necesita acudir a los órganos de administración de justicia para ejercer su justicia interinstitucionalmente.

Para García de Enterría & Ramón Fernández (2002):

“La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad, de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa. En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo

como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción.” (pág. 493.)

Además se debe considerar que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva del Ecuador indica como un derecho de la administración pública la ejecución forzosa de sus actos administrativos.

En la legislación ecuatoriana el procedimiento coactivo se encuentra reglado en el Código de Procedimiento Civil, en el Código Tributario y en las leyes orgánicas de las instituciones públicas y autónomas que por ley ejercen la jurisdicción coactiva. Es una potestad que tienen determinadas instituciones del sector público como el Banco Central, el Banco Nacional de Fomento, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los organismos seccionales o Gobiernos Autónomos Descentralizados –GAD’s- (municipios, consejos provinciales), las empresas del sector público y las administraciones tributarias como el Servicio de Rentas Internas –SRI-, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que por cualquier concepto se deba al Estado.

El objetivo del proceso coactivo se fundamenta en el interés del cobro de los créditos, por lo cual el acreedor público a través del funcionario recaudador debe iniciar la ejecución forzosa haciendo uso de la potestad administrativa, con un procedimiento rápido, efectivo, que implica que el accionante pueda tener injerencia en el patrimonio del deudor para el pago de la deuda.

La coactiva es un procedimiento administrativo, por el cual se cobran deudas del sector público. Los funcionarios de la administración pública son los que ejercen la “jurisdicción coactiva”, sin que esto signifique aplicar la jurisdicción en su verdadero significado de potestad pública, que consiste en administrar justicia, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El maestro uruguayo Eduardo Couture (1997) señala que la ejecución coactiva, constituye una jurisdicción especial fundamentada en el principio de la “vía coactiva” pues:

“Los procedimientos particulares de la ejecución, en su conjunto, se hallan encaminados más hacia el obrar que hacia el decidir. El derecho entra aquí en contacto con la vida, de tal manera que su reflejo exterior se percibe mediante las transformaciones de las cosas; si la sentencia condena a demoler un muro, se demuele (...); si condena a pagar una suma de dinero y ésta no existe en el patrimonio del deudor, se embargan y venden otros bienes para entregar su precio al acreedor. Hasta este momento, el proceso se había desarrollado como una disputa verbal, simple lucha de palabras; a partir de este instante cesan las palabras y comienzan los hechos”. (pág. 442.)

El procedimiento coactivo no es un juicio. Hablamos de juicio cuando el juez es imparcial; en cambio los jueces de coactiva son jueces y parte, que ostentan la dignidad de juez y también representan a la institución del sector público. La jurisdicción corresponde única y exclusivamente a los jueces; existen jueces de coactiva que no son abogados ni doctores en derecho, requisito esencial para desempeñar las funciones de juez, de acuerdo con el Art. 2 del Código Orgánico de la Función Judicial. La jurisdicción se materializa con la sentencia; los jueces de coactiva no dictan sentencias, su función radica en el cobro de una obligación adeudada, ya existente y declarada que se ejecuta mediante la coactiva.

3.2. Solemnidades sustanciales del procedimiento coactivo.

El procedimiento coactivo debe reunir las siguientes solemnidades sustanciales, según se establece en el art. 966 del Código de Procedimiento Civil:

a.- La calidad de empleado recaudador en el que ejercita la coactiva. ; Esta competencia comprende: la competencia funcional referida al ámbito institucional dentro del cual se delega estas funciones, y la competencia geográfica dentro de la cual tiene competencia para ejercer dichas funciones. El art. 943 del Código de Procedimiento Civil dispone que en caso de falta o impedimento del funcionario que debe ejercer la coactiva, será subrogado por el que le sigue en jerarquía dentro de la respectiva oficina, quien calificará la excusa o el impedimento.

b.- La legitimidad de personería del deudor o fiador. Es la cualidad de una persona natural en virtud de la cual se le considera centro de imputación de normas jurídicas o sujeto de derechos u obligaciones. Tratándose de personas jurídicas, constituye el conjunto de elementos que permiten constatar las facultades de alguien para representar a otro. Es el caso de los representantes legales de compañías o sociedades.

c.- Aparejar la coactiva con el título de crédito y la orden de cobro. El procedimiento coactivo se ejercerá adjuntando el respectivo título de crédito, que consistirá en títulos ejecutivos, catastros y cartas de pago legalmente emitidos, asientos de libros de contabilidad, y en general cualquier instrumento público que pruebe la existencia de la obligación. (Art. 945 del Código de Procedimiento Civil.)

d.- Que la obligación sea líquida, determinada y de plazo vencido. La obligación es líquida cuando el valor se establece con exactitud; hay cantidad líquida y determinada cuando lo que deba pagarse está expresado en el título. La obligación es de plazo vencido cuando ésta es exigible por el acreedor al haberse cumplido el plazo que tenía el deudor para su cumplimiento.

e.- Citación al deudor o al garante del auto de pago o del que ordena la liquidación, en su caso. La citación es el acto por el cual se hace saber al coactivado el contenido del auto de pago.

Con la citación se da vigencia efectiva a principios como los de publicidad, contradicción, el derecho a la defensa y se cumple con la garantía constitucional del debido proceso; la falta o mala práctica de éstas produce no solo la indefensión de la parte demandada sino que da lugar a la nulidad del proceso, siempre, por supuesto, que no se haya saneado o convalidado, porque por lo general las nulidades procesales son susceptibles de convalidación en la forma señalada en la ley. La citación se la hará de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento civil, en persona, por boletas o por la prensa; practicada ésta, el secretario deberá sentar la razón respectiva.

3.3. Fases del procedimiento coactivo en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Legalizados los títulos de crédito, dentro del término de ocho días se iniciará el proceso coactivo. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se halla investido de jurisdicción coactiva privativa para el cobro de aportes, fondos de reserva, descuentos, intereses, multas, responsabilidad patronal, aportaciones obligatorias del Estado. Se lo ejercerá por medio del Director General o provincial del Instituto, de conformidad con el artículo 288 de la Ley de Seguridad Social. Por su naturaleza y fines, la jurisdicción coactiva no es de carácter tributario, puesto que los aportes y fondos de reserva emanan de la relación de trabajo. El Director Provincial no requiere, para su designación, el título de abogado o doctor en jurisprudencia, por lo que está facultado a la contratación de abogados externos que cumplen las funciones de secretarios del trámite coactivo.

En caso de error evidente previsto en el artículo 287 de la Ley de Seguridad Social, el juez de coactiva dispondrá que la Unidad Provincial de Afiliación y Cobertura proceda a la verificación de los hechos y emita el informe respectivo, para después disponer que se revoque el auto de pago, y si se ha dispuesto medidas cautelares se cancelen éstas. El Error Evidente se produce por la ilegitimidad de personería tanto en personas naturales como jurídicas, la falta de notificación de la obligación en estado de glosa, la cancelación total de la obligación, avisos de salida remitidos y registrados en el sistema Historia Laboral, actas de finiquito suscritas y legalizadas.

a.- Auto de pago. Luego de emitidos los títulos de crédito se inicia el procedimiento coactivo con el auto de pago, en el que se hace constar la fecha y la hora, el número del título de crédito

(llamado también orden de cobro), el nombre o denominación de la razón social, el número del RUC, el nombre del representante legal y/o patronal, la suma que adeuda, más intereses, multas y costas que se calcularán a la fecha de pago. ¹

En el mismo auto de pago se puede ordenar las medidas cautelares; las más comunes son: prohibición de enajenar bienes inmuebles, prohibición de enajenar vehículos, y el bloqueo o retención de cuentas bancarias; también se puede ordenar las medidas cautelares como lo dispone el artículo 897 del Código de Procedimiento Civil en cualquier estado del juicio, para lo cual el secretario abogado notificará al Registro de la Propiedad, a la Empresa Municipal de Transporte o a la Superintendencia de Bancos, según el caso.

b.- Citación. Elaborado el auto de pago se procederá con la citación, la misma que se la realizará en persona, o mediante tres boletas si no se encuentra al coactivado en la dirección que consta en el título de crédito, o por la prensa. Se puede deprecar a otro Juez de Coactiva la práctica de la citación al coactivado, o la inscripción de medidas cautelares si es que se constata que el coactivado vive en otra provincia, o si se ha ordenado la prohibición de enajenar de bienes que se encuentran en otras provincias.

c.- Dimisión de bienes. El coactivado puede dimitir bienes para el embargo; en este caso el juez de coactiva calificará bajo su responsabilidad, precautelando en todo caso los intereses de la institución y de los afiliados, la dimisión que presentare el deudor, para lo cual previamente se nombrará un perito calificado por la Superintendencia de Bancos a fin de que evalúe los bienes; será responsabilidad de la persona que dimite correr con todos los gastos que se ocasionen para realizar el avalúo.

d.- Embargo de bienes muebles. Cuando el coactivado no pague la obligación, el juez de coactiva procederá a ordenar el embargo de bienes muebles, designando un alguacil y un depositario judicial, quienes tomarán posesión de su cargo en el día y hora señalados mediante providencia por el juez de coactiva; luego se emitirá la correspondiente boleta de embargo, la cual debe estar suscrita por el juez y el secretario del proceso, los agentes judiciales podrán solicitar el auxilio de la fuerza pública si fuere el caso. Los bienes muebles embargados por el alguacil serán entregados al depositario judicial designado para su custodia y responsabilidad, dejando constancia en actas sobre las características y condiciones de los bienes, señalándose en cada caso el estado en que se encuentran en el momento de entrega-recepción.

¹ Como anexo se reproduce un modelo de auto de pago dictado por el Juez de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Si algún banco reportara que se encuentran retenidos fondos del coactivado o de la empresa, el juez ordenará que se embargue los fondos por la cantidad que consta en el comprobante de pago que emite el IESS de acuerdo con la liquidación practicada, del capital adeudado, intereses, multas y costas que ocasionen, para lo cual nombrará al depositario judicial, quién retirará el cheque certificado a nombre del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

e.- Embargo de bienes inmuebles. El juez de coactiva ordenará el embargo del bien inmueble adjuntando al proceso el certificado del Registro de la Propiedad y el certificado de avalúos y catastros; practicado el mismo se sentará un acta en la que se hará constar su ubicación, linderos, superficie, plantaciones, construcciones y más información, a fin de que el bien se encuentre perfectamente singularizado. Posteriormente se inscribirá el embargo en el registro de la propiedad del cantón en el que se encuentra ubicado el bien inmueble. (RESOLUCIÓN NO. C. D. 301. 11/01/2010 IESS)

Bienes inembargables: El artículo 1634 del Código Civil, en forma taxativa señala que no son embargables:

- “1. Los sueldos de los funcionarios y empleados públicos, comprendiéndose también aquellos que prestan servicios en la Fuerza Pública. Tampoco lo serán las remuneraciones de los trabajadores.

La misma regla se aplica a los montepíos, a las pensiones remuneratorias que deba el Estado, y a las pensiones alimenticias forzosas.

Sin embargo, tanto los sueldos como las remuneraciones a que se refiere este ordinal, son embargables para el pago de alimentos debido por ley;

2. El lecho del deudor, el de su cónyuge, los de los hijos que viven con él y a sus expensas, y la ropa necesaria para el abrigo de todas estas personas;
3. Los libros relativos a la profesión del deudor, hasta el valor de ochocientos dólares de los Estados Unidos de América, y a elección del mismo deudor;
4. Las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta dicho valor y sujetos a la misma elección;
5. Los uniformes y equipos de los militares, según su arma y grado;
6. Los utensilios del deudor artesano o trabajador del campo, necesarios para su trabajo individual;

7. Los artículos de alimento y combustible que existan en poder del deudor, en la cantidad necesaria para el consumo de la familia durante un mes;
8. La propiedad de los objetos que el deudor posee fiduciariamente;
9. Los derechos cuyo ejercicio es enteramente personal, como los de uso y habitación:
10. Los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente. Pero podrán embargarse por el valor adicional que después adquirieren;
11. El patrimonio familiar; y,
12. Los demás bienes que leyes especiales declaren inembargables.”

f.- Avalúo: Practicado el embargo, dentro del término de tres días el juez de coactiva dispondrá que se realice el avalúo de los bienes embargados, para lo cual nombrará un perito que será un profesional evaluador registrado en el respectivo gremio y calificado en la Superintendencia de Bancos y Seguros, quien una vez posesionado presentará su informe en el término de ocho días improrrogables, caso contrario se nombrará un nuevo perito. El informe deberá estar suscrito por el perito y el depositario judicial. Con el mismo se correrá traslado al coactivado para que en el término de dos días presente las observaciones que creyere pertinentes.

g.- Remate: El juez de coactiva señalará día y hora para el remate (la hora será desde las 13h00 a las 17h00), señalamiento que se publicará por tres veces, mediando el término de ocho días por lo menos, en un periódico de la provincia en la que se encuentra ubicado el bien, y por tres carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados de la cabecera de la parroquia en que estén situados los bienes.

Los interesados deberán presentar, con cuando menos 15 días de anticipación a la fecha del remate, documentos dirigidos al juzgado, por los cuales demuestren su solvencia económica y experiencia en el negocio, a fin de ser calificados como postores, tal como lo dispone la Ley de Fomento Ambiental (publicada en el Registro Oficial N° 583, de 24 de noviembre del 2011), en la parte que se refiere a las disposiciones para el cobro eficiente de las acreencias del estado (esta Ley reformó el artículo 457 del Código de Procedimiento Civil, antes mencionado).

En la Resolución N° JB-2013-2533 de la Junta Bancaria se señala los documentos que se requiere presentar para calificarse como postor:

- “1. Solicitud para participar en el remate;
2. Copia a color de la cédula y certificado de votación (notariada);
3. Declaración juramentada acerca de que el postor y sus representantes carecen de vinculación con la entidad a cargo del remate, y de que no tienen impedimento legal alguno para intervenir en él;
4. Certificado actualizado, expedido por el Servicio de Rentas Internas, acerca de que el postor se encuentra al día en el cumplimiento de obligaciones y deberes como contribuyente;
5. Declaración juramentada acerca de no encontrarse en mora, el postor ni sus representantes, en el cumplimiento de obligaciones de cualquier naturaleza para con el Estado ni con entidad o dependencia del sector público;
6. Certificado de referencias crediticias actualizado;
7. Certificado otorgado por el Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP), en donde conste que el postor ni sus representantes legales se encuentran en la base de datos reservada de esa institución.
8. Última planilla de cualquier servicio básico.” (JUNTA BANCARIA. Resolución No. JB-2013-2533. Art. 3.)

Llegado el día del remate, las posturas serán presentadas por escrito, acompañadas del 10% en efectivo o cheque certificado a la orden del juez de coactiva del IESS; si se trata del primer señalamiento, las posturas deberán ser por cuando menos las dos terceras partes del total del avalúo del bien, y si se trata de segundo señalamiento se presentarán por un valor equivalente a cuando menos la mitad del valor total del avalúo. El secretario anotará al pie de cada postura, el día y hora de presentación; las posturas presentadas fuera de la hora, es decir antes de las trece horas o después de las diez y siete horas, no se admitirán. El deudor puede cancelar su obligación hasta antes de cerrarse el remate, así salvará sus bienes.

El juez procederá a calificar las posturas dentro de los tres días posteriores al remate, teniendo en cuenta la cantidad, los plazos y demás condiciones. La adjudicación de los bienes rematados se hará en favor del mejor postor, una vez ejecutoriado el auto de calificación. En el acta de adjudicación se describirá la cosa adjudicada y se dispondrá que una copia de esa

providencia se protocolice e inscriba para que sirva de título de propiedad Art. 462, 463, 464 del Código de Procedimiento Civil)

“El remate será nulo en las siguientes circunstancias:

1. Si se realiza el remate en un día feriado o en otro que no fuese el señalado.
2. Si no se hubieren publicado los avisos que hagan saber al público el señalamiento del día para el remate, la cosa que va a ser rematada y el precio del avalúo.
3. Si se hubieren presentado posturas fuera de la hora señalada para el remate.” Art. 472 del Código de Procedimiento Civil)

El Art. 473 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Esta nulidad podrá ser alegada antes de que se dicte el auto de calificación de los bienes rematados. El juez resolverá sobre ella y, de decidir que no existe nulidad, en el mismo hará la adjudicación. De lo que resuelva, podrá apelarse para ante la corte superior, la que fallará por el mérito del proceso y de cuyo fallo no se admitirá recurso alguno.”

El juez de coactiva una vez ejecutoriado el auto de adjudicación dispondrá que el postor cuya oferta se hubiere declarado preferente, consigne dentro de diez días el resto del valor de la oferta. Si no se consigna la cantidad, se le cobrará por apremio real, o se mandará notificar al portor que sigue en orden de preferencia, para que consigne dentro de diez días la cantidad por él ofrecida, y así sucesivamente.

En este caso el rematante incumplido pagará las costas y la quiebra del remate ocasionadas por la posterior adjudicación. Se llama quiebra del remate, a la diferencia entre el precio aceptado y el ofrecido por el postor a quien se adjudique lo rematado. Del valor que se deposite por el precio de la cosa rematada, se cancelará el total de la obligación, con intereses y costas judiciales, y lo que sobrare se entregará al deudor. El bien rematado será entregado por el alguacil con la intervención del depositario judicial y en conformidad con el inventario formulado al tiempo del embargo (Art. 477 del Código de Procedimiento Civil). Estos agentes judiciales todavía actúan en los procedimientos coactivos del IESS, a diferencia de la función judicial en la que ya no existen los alguaciles sino actúan miembros de la policía nacional.

Excepciones: La excepción es un medio de defensa que tiene la persona frente a una acción de otra, es un mecanismo de oposición con argumentos o pruebas a la gestión recaudadora del ejecutor para evitar se vea afectando el patrimonio del ejecutado. De acuerdo con Couture

(1997), “en su más amplio sentido, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que se habilita para oponerse a la acción promovida contra él” (pág. 89). Este autor advierte que la excepción es “una verdadera *necessitas defensionis*”.

De acuerdo con el Art. 968 del Código de Procedimiento Civil,

“Serán admisibles las excepciones que se deduzcan en un juicio coactivo (...) Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aún en el caso de que dichas excepciones propuestas versen sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción.”

Las excepciones se presentarán ante el juez competente. El recaudador tiene que ser citado con el escrito de excepciones, en los seis días siguientes de la fecha del depósito, caso contrario caducará el derecho de continuar el juicio en que se las propuso, y el mismo juez declarará concluida la coactiva, como si la consignación hubiera sido en pago efectivo (Art. 970 del Código de Procedimiento Civil).

Tercerías: El elemento fundamental de un procedimiento coactivo es el patrimonio del deudor; antes de dictar la medida de aprehensión, el ejecutor tiene la obligación de asegurarse sobre el origen, procedencia y propiedad de los bienes. Lo dicho hace presumir que la relación procesal es únicamente entre ejecutor y ejecutado, sin embargo las decisiones o providencias ordenadas por el juez pueden afectar derechos de terceros que no son parte del proceso o que no tienen nada que ver con la obligación, pudiendo éstos constituirse en parte del procedimiento por tener interés legítimo en él. Surge así la posibilidad de presentar en un juicio coactivo las llamadas tercerías, que pueden ser de dos clases: coadyuvante y excluyente, y se presentarán ante el ejecutor luego de decretado el embargo y hasta antes del remate.

Tercería coadyuvante o de crédito: Tiene su fundamento en la existencia de obligaciones del ejecutado con terceros; su interés como acreedores es hacer que se llegue al remate de los bienes embargados y de su producto, si hubiere remanente, hacer efectivo el pago. El requisito para presentar esta tercería es el título que justifica su calidad.

Tercería excluyente o de dominio: El tercerista debe probar la calidad de dueño de los bienes embargados, adjuntando el título de dominio o protestando bajo juramento. Esta acción tiene como fundamento preservar el uso y dominio de las cosas de quienes aparecen como sus titulares para evitar que por error o desconocimiento se remate bienes que no son de propiedad del deudor.

Cuando se presenta una tercería en un juicio coactivo, cancelada la obligación principal y las costas procesales, el juez dispondrá que si existe un saldo producto del remate se remita por medio de secretaría copia certificada de todo lo actuado al Tribunal Contencioso Administrativo, para que resuelva lo pertinente en base a lo que establece el Art. 959 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con la última parte del numeral 10, del Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, poniendo a órdenes del Tribunal el saldo restante producto del remate.

Motivo por el cual se archiva un juicio de coactiva.

Para que se archive un juicio de coactiva, el coactivado tiene que cancelar la totalidad de la obligación, es decir el capital adeudado, los intereses, multas y costas judiciales. También podrá suscribir un convenio de purga de mora, que solo podrá celebrarse hasta antes del remate de los bienes embargados.

El Director Provincial del IESS tiene la potestad de aprobarlos en cuantías que no sobrepasen los tres mil salarios mínimos unificados; en caso de que sea mayor el monto y hasta seis mil salarios mínimos unificados, lo autorizará el Director General; sobre ese monto, podrá autorizarlo solo el Consejo Directivo del IESS.

El trámite para la suscripción del convenio de purga de mora está establecido en el Art. 48 de la Resolución C.D. 301-IESS:

“De la suscripción de convenios de purga de mora patronal.- De presentarse la solicitud por parte del empleador conforme al formato establecido, para la celebración de convenios de purga de mora, el Director Provincial dispondrá la liquidación correspondiente, que deberá notificarse al empleador dentro del término de cinco días, a fin de que se cumpla con los requisitos establecidos para la celebración del convenio.

La solicitud deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho y la determinación del plazo que se propone para el pago, que podrá ser de hasta cinco (5) años.”

El Art. 49 de la citada Resolución, referido a los requisitos para la celebración de convenios, señala

“Los empleadores para la celebración de convenios de purga de mora, no deberán acusar deudas pendientes en dividendos de préstamos y presentar al IESS los siguientes requisitos:

- a) Para el caso de personas jurídicas, copia certificada de la constitución de la empresa o entidad, registro y nombre del representante legal, autorización para la suscripción del convenio otorgada al representante o apoderado de la organización, RUC, fotocopia de cédula de ciudadanía o identidad del representante legal o titular y copia de la papeleta de votación;
- b) Abono previo al convenio, de al menos el diez por ciento (10%) del monto de las obligaciones líquidas adeudadas, y los valores por contribución al IECE y abogado impulsador, peritos, alguacil, depositario judicial, pago de costas y dividendos de préstamos;
- c) El empleador podrá presentar una de las garantías siguientes:
 - 1.- Bancaria
 - 2.- Póliza de Seguro
 - 3.- Hipotecaria.”

El Art. 50 hace relación al avalúo de inmuebles ofrecidos en garantía y dispone:

“Cuando la garantía ofrecida fuere hipotecaria, la autoridad que aprobó el convenio designará uno o más peritos para el avalúo, excepto cuando el convenio fue aprobado por el Consejo Directivo, en cuyo caso la designación de los peritos corresponderá al Director General. El nombramiento recaerá en profesionales evaluadores calificados por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

El perito seleccionado se posesionará ante el Director Provincial dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas y presentará su informe en un término de cinco (5) días desde su posesión, pudiendo ampliar su presentación hasta por dos (2) veces.”

El Art. 51, por su parte, trata del trámite del convenio, en los siguientes términos:

“De haberse cumplido los requisitos se suscribirá el convenio de purga de mora y se remitirá a la unidad de Afiliación y Control Patronal para su

ejecución, liquidación y contabilización, debiendo registrarse el mismo en la unidad provincial de contabilidad.”

3.4. Ley Orgánica para la defensa de los derechos laborables.

Esta Ley, que se publicó en el Registro Oficial N° 797 del 26 de septiembre del 2012, , en su Art. 1 establece:

“Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no sólo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador.

Las medidas precautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Así mismo, podrán, motivadamente, ordenarse respecto de bienes que estando a nombre de terceros existan indicios de público conocimiento, que son de propiedad de los referidos sujetos, lo cual deberá constar en el proceso y siempre y cuando el obligado principal no cumpla con su obligación.”

El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en función de la Ley de Defensa de los Derechos Laborales y ante la necesidad de establecer los mecanismos a través de los cuales el Estado pueda hacer efectiva la responsabilidad de los empleadores, emitió la Resolución 434 del 8 de noviembre de 2012, con las siguientes reformas:

En el artículo 72 del Reglamento de Afiliación y Control Contributivo se establece:

“El juez de coactivas de la jurisdicción, en el auto inicial o en cualquier estado de la causa acorde a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley de Seguridad Social y 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, dispondrá el cobro de los valores adeudados al IESS al obligado

principal en cada período que ejerció tal representación o subsidiariamente a los mandatarios, representantes o administradores y más obligados, de acuerdo a la Ley, incluyendo a los herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario; en el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, condición debidamente declarada, dichas obligaciones podrán recaudarse hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Cuando el obligado principal no cumpla con su obligación, las medidas cautelares podrán disponerse en contra de los sujetos mencionados en el inciso anterior y sus bienes. Todo esto sin perjuicio de las demás acciones permitidas por la Ley.”

Respecto de las personas jurídicas usadas para defraudar, la Ley de Defensa de los Derechos Laborales establece que se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. Se cree procedente y legal que, antes de ejercer subsidiariamente la acción debe existir una resolución del fraude por parte de juez competente, pues en caso contrario sería una apreciación subjetiva y se estaría violando derechos constitucionales.

CAPÍTULO 4. MEDIDAS CAUTELARES

4.1. Aspectos generales.

Las medidas cautelares para Couture (1978) son

“(…) aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo” (pág. 405).

El tratadista colombiano Devis Echandía (1964) sostiene por su parte:

“Se entiende por acciones accesorias aquellas que no tienen vida propia, porque dependen de otra a la que le sirven de afianzamiento o seguridad. Estas acciones pueden intentarse antes o después de la principal, es decir, antes o después de iniciado el juicio en el cual se conoce de esta. Las acciones accesorias son preventivas y cautelares, ya que tienden a evitar que por maniobras hábiles del demandado o presunto demandado se haga ineficaz la demanda que contra él se ha intentado o va a intentarse”(pág. 513.).

Esta definición, tiene un elemento adicional: determina que incluso antes de iniciar un proceso ya se posibilite contar con acciones que garanticen el cumplimiento de una futura sentencia, impidiendo que el deudor dolosamente disponga de los bienes, para evitar cumplir con sus obligaciones.

Cruz Bahamonde (1992), prestigioso procesalista ecuatoriano, señala:

“Las personas –naturales o jurídicas- que sean o crean ser titulares de un derecho se encuentran amparadas por la ley para protegerlo. Esta manera de encarar esa protección adopta la forma de cuidar, amparar, prever el daño que los bienes materiales, las personas y los bienes morales, pueden sufrir por su deterioro, por su destrucción o por su desaparición.” (pág. 138.)

Tomando algunos elementos de las definiciones citadas, diremos que las medidas cautelares sirven para asegurar la realización, para que se mantenga vigente un derecho, o posibilitan el cobro seguro de un crédito, por lo que el objeto de las medidas cautelares es anticiparse y proteger los bienes objeto de la pretensión del deudor, para garantizar que en caso de que se

dé una sentencia favorable para el actor, ésta pueda ser ejecutada, es decir se pueda cumplir con el derecho controvertido.

La teoría del Derecho Procesal General enseña que un proceso puede ser de conocimiento, con el fin de alcanzar una declaración de certeza respecto de una situación jurídica; puede ser de ejecución, que radica en el hecho de la existencia de un derecho que se procura ejecutar; y puede ser cautelar, que no es más que asegurar un derecho o un resultado así como su continuación recta y adecuada. En virtud de lo manifestado, el proceso no es un fin sino más bien es un instrumento para garantizar la plena vigencia y ejercicio de los derechos sustantivos.

Ahora bien, el proceso, como conformación sistemática de debate, necesariamente ha de tener una duración, con las garantías del debido proceso, cumpliendo cada etapa con sus respectivos términos, así la duración del proceso pueda acarrear efectos perjudiciales para uno de sus objetivos fundamentales que es la efectividad.

De este modo resulta preciso lo expresado por Calamandrei (1996):

“(…) la necesidad de hacer las cosas pronto choca con la necesidad de hacerlas bien y, así, la duración indispensable para el cumplimiento del ordinario iter procesal acarrea el paradójico riesgo de convertir en ineficaz la providencia definitiva, como la medicina largamente elaborada para un enfermo ya muerto.”(pág. 43.)

En este contexto surgen las medidas cautelares para conferir firmeza al proceso, para que se desarrolle con total seguridad hasta su final, de manera que se alcance una decisión concreta, siendo la jurisdicción cautelar una modalidad de la actividad judicial para asegurar bienes o eventos fuera del proceso que puedan tener trascendencia jurídica.

El hecho de que las medidas cautelares resguarden eventos que puedan no estar lo suficientemente seguros en la consecución de un proceso, no significa que el sistema legal de justicia ecuatoriano, a través de sus operadores y órganos, es ineficiente o inseguro, sino se debe entender que son medidas concernientes a procurar un mejor desarrollo judicial y protección de derechos.

Las medidas cautelares deben ser concedidas con fundamento y justificándose a la autoridad jurisdiccional los derechos o situaciones que pueden ser violentadas en un proceso. Estas medidas no deben otorgarse sin razón alguna.

El autor Monroy Palacios (2002) mantiene:

“El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal –que se intenta garantizar– tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia. Por tratarse de un mecanismo solicitado durante el transcurso del proceso resulta humanamente imposible que el juez pueda tener certeza de que la medida solicitada garantizará el futuro derecho a ser considerado por la sentencia. Adicionalmente, la propia estructura del pedido cautelar, al buscarse con urgencia un mecanismo que acabe con la situación de peligro, impide un análisis detallado de la fundabilidad de la pretensión llevada al proceso. Tengamos en cuenta que, precisamente, por aquella situación de urgencia, el actor tan sólo se limita a presentar una información sumaria respecto de las posibilidades de su posición frente al proceso.” (pág. 170)

Si los procesos judiciales fueran inservibles, la sociedad no confiaría en sus sistemas de justicia, perdiendo así legitimidad y surgiendo peligrosas formas de autotutela; en dicho contexto, las funciones de las medidas cautelares implican una modalidad que resguarda y asegura bienes o situaciones extraprocesales con trascendencia jurídica, en pro de asegurar un sistema de justicia eficiente.

4.2. Origen de las medidas cautelares.

El Derecho Romano no conocía las medidas cautelares como hoy en día las conocemos, sin embargo de lo cual sus instituciones son el origen de las actuales, entre ellas la *amanus iniectio*, que es la institución jurídica por la cual el acreedor puede aprehender a la persona cuando ésta no tiene bienes necesarios para cumplir con su obligación; o la *signoris capio*, que también es una institución jurídica por la cual el acreedor puede aprehender materialmente, pero ya no a la persona sino a los bienes suficientes para cubrir su obligación, en garantía de su cumplimiento. De estas dos instituciones del derecho romano, se puede colegir que la *signoris capio* es el antecedente más cercano a la institución de las medidas cautelares como las conocemos hoy. (Falconí García, 2005, doctrinas derechoecuador.com recuperado de [http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/las-medidas-cautelares-en-materia-civil.](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/las-medidas-cautelares-en-materia-civil))

En el Derecho Romano, luego de que se había establecido la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser vendida, deteriorada, destruida, debiendo ser entregada en manos de la persona que ganaba, en el mismo estado en el que se hallaba el bien al inicio de la contención;

esta es una de las semejanzas más inmediatas en relación a la prohibición de enajenar, así como el secuestro que tenemos hoy en día.

La palabra cautelar proviene del verbo transitivo latín *praecavere* que significa precaver, precautelar, y cautela del latín *cautus*, que implica precaución o reserva con que se procede; su origen implica aquellas medidas o reglas para advertir la obtención de determinado fin o evitar cualquier adversidad que pueda dificultarlo.

Ortiz (2002) manifiesta: “(...)el término cautelar también de la idea de anticipación de lo “porvenir” y de interinidad es el mismo sentido de la palabra precautoria, medida de medir, acción y efecto de medir”(ORTIZ, 2002) (pág.123)

El autor De Lázzari (1995) sostiene:

“(...) para evitar que —estando pendiente el proceso- el obligado lleve a cabo determinadas conductas que en definitiva impedirían la materialización del futuro mandato judicial, la ley permite que surja una actividad preventiva que, enmarcada en esa objetiva posibilidad de frustración, riesgo o estado de peligro, a partir de la base de un razonable orden de probabilidades acerca de la existencia del derecho que invoca el peticionante, según las circunstancias, y exigiendo el otorgamiento de garantías suficientes para el caso de que la petición no reciba finalmente auspicio, anticipa los efectos de la decisión de fondo ordenando la conservación o mantenimiento del estado de cosas existente o, a veces, la innovación del mismo según sea la naturaleza de los hechos sometidos a juzgamiento. Las medidas cautelares reflejan, por lo tanto, esa actividad de tipo policial dentro del proceso”. (pág. 4.)

Para analizar el origen de las medidas cautelares se ha de afirmar que es una gran institución sobre la cual han existido diferentes criterios. Estas medidas pueden ser solicitadas antes, conjuntamente o después de una demanda, con el fin de asegurar las pretensiones de las partes litigantes en la duración del proceso, de tal manera que éstas necesitarán ineludiblemente de la existencia de un proceso; es aquí donde emana la interrogante ¿de dónde surgen?, pues se puede sostener que la esencia y razón de existencia de las medidas cautelares está en el inminente riesgo de un proceso judicial, inclusive su tardanza hasta la emisión de una sentencia; las medidas cautelares aparecen, pues, para evitar que mientras transcurre el proceso la ejecución de la sentencia pueda ser ineficaz; es decir pretenden evitar que los elementos fácticos y jurídicos existentes al momento de inicio del proceso jurídico, se

conviertan luego en inútiles e inservibles con las resoluciones judiciales que buscan restablecer el derecho. De lo anotado se desprende que las medidas cautelares surgen de la necesidad de proteger a los bienes y las personas involucradas en la litis.

4.3. Denominación y objeto.

Las medidas cautelares han recibido diversas definiciones y denominaciones por parte de los doctrinarios y legisladores; así, se habla de providencias cautelares, medidas provisionales, acciones cautelares, procesos cautelares, acciones precautorias, medidas de seguridad, medidas precautorias, providencias conservatorias, medidas cautelares, etc. En el Ecuador, por ejemplo, en un mismo compendio legal, el Código Civil, las medidas cautelares tienen diversos nombres: en el Art. 98 se habla de *medidas preventivas*, en el Art. 389 se menciona a las *medidas cautelares*, en el artículo 424 dice *medidas precautorias*, y en el Título II del libro II se alude a *providencias preventivas*.

Carrión Cueva (2012), al analizar la legislación constitucional ecuatoriana respecto de las denominaciones, manifiesta que “En materia constitucional se les denomina medidas cautelares” (pág. 44).

En síntesis, *Medida* es la acción y el efecto de medir, y *Cautelar* proviene de cautela, que significa diligencia, cuidado, prevención, precaución; las medidas cautelares son, pues, aquellas acciones que disponen los jueces, de manera preventiva y temporal, para evitar un daño, un peligro o para asegurar el resultado de la resolución definitiva, es decir para precautelar un derecho que puede ser vulnerado con el transcurrir del tiempo o en tal virtud asegurar un bien o situación para garantizar que una sentencia sea eficaz.

Un ejemplo de medidas cautelares para el cobro: Juan tiene una casa avaluada en USD 50.000 y se obliga con Pedro mediante una letra de cambio del mismo valor; debido al incumplimiento de la obligación, Pedro le plantea una demanda ejecutiva solicitando como medida cautelar la prohibición de enajenar de inmueble; así, con una futura sentencia estimatoria podría hacer efectivo el cobro; sin la existencia de la medida cautelar, en cambio, Juan podría vender el inmueble y a Pedro le resultaría muy complicado poder ejecutar su derecho, aunque tuviera sentencia a su favor, porque aparentemente Juan no tendría patrimonio alguno para cubrir sus bienes.

Las medidas cautelares también tienen por objeto evitar actuaciones de mala fe, resguardando los derechos de las partes. Un factor primordial para que exista esta figura jurídica es el hecho del tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la emisión de la

sentencia, pues si bien el proceso es necesario para administrar justicia con total conocimiento de causa, la dilatoria también podría resultar peligrosa, ya que en ese lapso temporal el deudor dolosamente podría disponer de sus bienes, para evitar cumplir sus obligaciones para con el acreedor. En este escenario es deber del Estado tutelar los derechos del acreedor de un posible grave o irreparable perjuicio.

Las medidas cautelares utilizadas para el cobro de una deuda son necesarias para impedir que se oculte o que se pierda un bien de propiedad del deudor, con el objeto de que esté disponible para cancelar su obligación con el acreedor en el tiempo debido.

Para el otorgamiento de una medida cautelar será necesario que exista un auténtico peligro y riesgo de que el derecho no pueda ser satisfecho por el deudor, “(lo) que en doctrina se llama *periculum in mora*, es decir la grave presunción de que mientras se sustancia el proceso de declaración, el deudor pueda realizar maniobras fraudulentas, para evitar una futura ejecución sobre sus bienes” (Fernández, 1985, pág. 337 y 338). Es decir no se concederá medidas cautelares sin una razón fundamental, por lo que debe existir derechos en medio que estén en un posible riesgo de ser vulnerados.

Para adoptar una medida cautelar se debe respetar los presupuestos de constitucionalidad, legalidad, idoneidad y necesidad, pues de lo contrario será una acción abusiva, injusta y lesiva de los derechos reconocidos por la Constitución. Las personas encargadas de analizar la pertinencia del otorgamiento de las medidas cautelares son los jueces y juezas; Carrión Cueva (2012). El objeto de las medidas cautelares se define en el artículo 26 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Por amenaza entendemos a un “dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal” (Cabanellas, 2003pág. 23); la amenaza es el deber ser del presupuesto inmediato de las medidas cautelares; sería inconcebible esperar a la perpetración del daño para su otorgamiento.

La Carta Magna ecuatoriana, en el artículo 87, corrobora lo anotado al señalar: “Se podrán ordenar medidas cautelares (...) con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”.

En conclusión, el objeto de las medidas cautelares se resume en evitar la amenaza o, cesar la amenaza, evitar la violación o cesar la violación del derecho, enmarcada en un sistema constitucional de derechos y justicia.

4.4. Improcedencia de las medidas cautelares.

Sin embargo no todos los procesos pueden tener medidas cautelares; por regla general en los juicios ordinarios y verbal sumario no caben las medidas cautelares, salvo dos excepciones en el juicio ordinario:

1. En el caso de reivindicar un bien mueble, el actor podrá solicitar el secuestro del bien y el demandado deberá consentirlo, a excepción de que rinda caución suficiente de restitución. (Art. 945 del Código Civil.)
2. En el caso de reclamaciones del dominio u otro derecho real sobre un inmueble, el actor podrá solicitar las providencias necesarias para evitar el deterioro de la cosa y de los muebles anexos a ella. (Art. 946 del Código Civil.)

En el juicio Verbal Sumario, en los casos relacionados con el divorcio, como la disolución de la sociedad conyugal, o cualquier otro conflicto entre cónyuges, a petición de cualquiera de ellos, o del curador ad litem, el juez tomará las providencias que estime conducentes a la seguridad de los bienes de la sociedad conyugal, mientras dure el juicio (Arts. 130 y 190 del Código Civil); igualmente ese derecho de solicitar medidas cautelares las tiene el arrendador frente al inquilino (843 del Código de Procedimiento Civil, en conformidad con el Art. 1883 del Código Civil).

En el juicio ejecutivo se puede solicitar todas aquellas medidas que están reguladas en la sección respectiva en el Código de Procedimiento Civil, dentro de las cuales tenemos la prohibición de enajenar (Arts. 421 Inc. 2, y 426), la retención o el secuestro (Arts. 422, 427 y 428) y el embargo (Art. 423).

El inciso tercero del artículo 27 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional refiere los casos en los que no es posible la solicitud de medidas cautelares: “No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos”. Esta disposición tiene su fundamento en la existencia de otras medidas cautelares en otros medios, por lo cual no sería factible ordenar medidas nuevamente.

El artículo 37 de esta Ley también prohíbe la concesión de medidas en donde ya las hubiere: “Prohibición.- No se podrá interponer una medida cautelar contra otra medida cautelar por el mismo hecho violatorio o amenaza a los derechos”; esta prohibición tiene su base en el principio *non bis ídem*, no es posible interponer medidas cautelares dos veces.

4.5. Características.

Existen varios doctrinarios que establecen diversas características a las medidas cautelares, sin embargo se considera que las que más identifican su esencia son:

Instrumentalidad

Esta es la característica principal de las medidas cautelares. No tienen un fin en sí mismas y su propósito es anticiparse al futuro, protegiendo los bienes del deudor para tener bienes con los cuales cumplir la sentencia en el caso de que se sentencie en favor del acreedor dentro de un proceso.

Las medidas cautelares están sometidas, subordinadas, al proceso en el cual se dictaron; Piero Calamandrei (1996) señala al respecto:

“Las medidas cautelares, no constituyen un fin en sí mismas, sino que están subordinadas a la resolución definitiva. Nacen al servicio de la sentencia principal, asegurando su resultado práctico, en prevención de la cual se dictan, preparando el terreno para hacer que sea eficaz, y fenecen con ella, contribuyendo así a garantizar el eficaz funcionamiento de la administración de justicia.”(pág. 44.)

Las medidas cautelares dependen del proceso principal, aun cuando éste no se inicie, por tanto si concluye el proceso, cesan las medidas cautelares. Puede subsistir un proceso sin medidas cautelares, pero no pueden existir medidas cautelares sin un proceso al que están ligadas.

Provisionalidad.

Esta característica está íntimamente relacionada con la de instrumentalidad, ya que al no tener las medidas cautelares un fin en sí mismas, y depender del proceso al cual están ligadas, no pueden durar eternamente, sino mientras se dicte una sentencia definitiva que ponga fin al proceso; el fin del proceso supone la extinción de las medidas cautelares.

En la sentencia ejecutoria, si se le da la razón a las pretensiones del actor, se extinguirá la medida cautelar porque en su lugar está la sentencia ejecutoriada; si se rechaza las pretensiones del actor, igualmente las medidas serán extinguidas, ya que su razón de existir fue garantizar el cumplimiento de una posible sentencia favorable, por tanto ya no tiene razón su existencia.

Revocabilidad.

Esta característica se deduce de las anteriores, ya que las medidas cautelares son instrumentales, provisionales, dictadas para asegurar el cumplimiento de una sentencia estimatoria, por el peligro que supone el tiempo que transcurre hasta que el proceso se llegue a resolver, en el cual el deudor dolosamente podría desaparecer sus bienes, para no cumplir con sus obligaciones.

Las medidas cautelares son revocables, no son decisiones definitivas, pues para ser dictadas no se toma en consideración que se justifique la real existencia del derecho, sino basta su presunción, por tanto las medidas cautelares pueden ser revocadas, modificadas o restablecidas, dependiendo de las circunstancias del momento.

Con respecto a esto Calamandrei (1996), considera lo siguiente:

“(…) las medidas cautelares están sujetas a modificaciones correspondientes a una posterior variación de las circunstancias concretas, siempre que el juez considere que la medida cautelar inicialmente ordenada no está ya adecuada a la nueva situación de hecho creada durante ese tiempo”(pág. 89).

Es decir, si varían las circunstancias por las que se dictaron las medidas cautelares, éstas pueden ser modificadas o incluso revocadas, mientras se tramita el proceso.

Preventividad.

Su duración en el tiempo debe ser limitada solamente a lo necesario, para evitar la violación de los derechos de las personas; se las adopta para evitar un mal posterior.

Accesoriedad.

La característica de accesoriedad, procedente del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, implica que a las medidas cautelares se las propone junto con el proceso principal. El artículo 923 del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece expresamente:

“Caducarán el secuestro, la retención, la prohibición de ausentarse y la de enajenar bienes raíces si, dentro de quince días de ordenados, o de que se hizo exigible la obligación, no se propone la demanda en lo principal; y el solicitante pagará, además, los daños y perjuicios que tales órdenes

hubiesen causado al deudor. Caducarán, igualmente, si la expresada demanda dejare de continuarse durante treinta días.”

Sumariedad.

Tanto en la forma de solicitar las medidas cautelares, como en su trámite y en su resolución, está presente esta característica de sumariedad. La rapidez y la sencillez son indispensables para que puedan cumplir sus fines.

Las características consideradas han sido objeto de disputa de muchos doctrinarios; sin embargo se debe adicionar otra que no es considerada por la doctrina: Precauteladora de derechos, que debe ser la característica esencial de las medidas cautelares, pues su origen está en la defensa de los derechos de las partes, para evitar la mala fe, las actuaciones dolosas, de manera que se respete el deber ser, lo que le corresponde a cada uno, con ideales de justicia.

4.6. Responsabilidad del sujeto que las pide.

Podetti, Ramiro citado por Valentín, s.f.manifiesta:

“(…) la medida cautelar y en consecuencia la facultad de pedirla, es un instrumento peligroso, para el contrario y también para quien la usa. Es como un arma muy rápida y celosa que debe ser manejada con suma prudencia. Por eso se otorga por cuenta y riesgo de quien la pide (…). “
(libros online, recuperado de:
www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/VALENTIN.pdf).

El régimen de responsabilidad corresponde un factor importantísimo para frenar la excesiva concesión y promoción de las medidas cautelares; la responsabilidad es total por parte de quien la pide, pues el daño que se pueda causar es irreversible incluso en casos de mala fe o temeridad hasta culpa leve, según nuestro sistema procesal civil. Para Carrión Cueva (2012), “quien solicitare medidas cautelares con malicia o mala fe debe responder civilmente” (pág. 50).

El artículo 904 del Código de Procedimiento Civil establece: “El acreedor vencido en estos juicios será condenado en costas, daños y perjuicios. El deudor será también condenado en costas, si hubiere litigado con temeridad o mala fe”.

4.7. Clasificación de las medidas cautelares.

No existe un acuerdo en la doctrina respecto a una clasificación de las medidas cautelares, ya que éstas tienen una naturaleza específica dependiendo de la rama del derecho en la que se aplican (derecho civil, penal, constitucional o colectivo). Sin embargo, el jurista ecuatoriano Luis Carrión Cueva (2012) en su libro *Medidas Cautelares Constitucionales* realiza una clasificación de las medidas cautelares en general, sin importar la rama del derecho en que se aplican, las que se desarrollan a continuación.

4.7.1. Medidas cautelares nominadas.

Son aquellas que la doctrina les ha dado una denominación para diferenciarlas de otras; aunque en sí las medidas cautelares están reguladas en la ley tanto en su aspecto sustantivo como en su aspecto adjetivo, es imposible solicitar una medida cautelar que no esté determinada en la ley. Entre las más conocidas tenemos al secuestro, la retención y la prohibición de enajenar bienes inmuebles.

4.7.2. Medidas cautelares innominadas.

Son aquellas medidas que no tienen denominación legal, es decir no poseen un nombre específico en la ley. Son aplicables cuando no caben las medidas cautelares nominadas, ya que la legislación no podría permitir la indefensión, que causarían los vacíos normativos, por ello proveyó la posibilidad de las llamadas providencias de urgencia, que procesalmente les corresponde la respectiva acción cautelar innominada.

4.7.3. Medidas cautelares personales.

Son aquellas que limitan el derecho a la libertad personal, pero en cuanto a la libertad física; generalmente se las aplica en procesos penales, para garantizar los fines del proceso, que en el caso penal es la presencia del imputado en el juicio, y si se obtiene sentencia condenatoria, el cumplimiento de la pena.

4.7.4 Medidas cautelares reales.

Son aquellas que restringen, ponen limitaciones a la libre administración y disposición de ciertos bienes muebles o inmuebles del deudor. A diferencia de las medidas cautelares personales que se dirigen en contra de la persona, las medidas cautelares reales son dirigidas en contra de los bienes, con el objetivo de asegurar el cumplimiento de una obligación pecuniaria o la indemnización por un delito o incluso para asegurar los elementos de prueba.

4.7.5. Medidas cautelares conservativas.

Son aquellas que tienen como objetivo precautelar, conservar el derecho o la situación de hecho actual, de una manera intacta, durante todo el tiempo de tramitación del proceso, hasta que se dicte la sentencia definitiva. De esta forma se evita su transformación, manteniendo el statu quo inalterado. Cuando con estas medidas se afecta un bien mueble o inmueble, se evita su destrucción o su menoscabo.

4.7.6. Medidas cautelares innovativas.

Son aquellas que permiten evitar que se continúe con la actividad que infringe la ley, suspendiendo ese estado de hecho o de derecho que vulnera un derecho, o si es posible, que las cosas vuelvan al estado anterior a la violación del derecho, mientras dura el proceso y se dicta la resolución definitiva. Es decir en la práctica se convierte en una obligación de hacer, de actuar de una manera determinada. Es la institución jurídica por la cual el acreedor puede aprehender a la persona de su deudor, cuando éste no tiene los bienes necesarios para cubrir su obligación pecuniaria, cuando ya ha sido condenado a su pago. (Carrion Cueva, 2012.)

4.8 Medidas cautelares en el Derecho Civil Ecuatoriano.

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano establece las siguientes medidas cautelares:

- La prohibición de enajenar (Arts. 421, 422 y 900). El Juez podrá ordenar la prohibición de enajenar los bienes raíces del deudor, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad.
- La retención (Arts. 422, 428 y 907). La retención consiste en notificar a la persona en cuyo poder estén los bienes, para que esta quede responsable de los mismos y que no los entregue sin orden judicial. La retención se podrá realizar en las rentas, créditos o bienes que tenga el deudor en poder de un tercero.
- El secuestro preventivo (Arts. 422 y 899). Esta medida cautelar será sobre los bienes muebles y en frutos de raíces, y se lo hará mediante depósito.
- El arraigo (Art. 912). El acreedor que tema que el deudor se ausente para no cumplir con su obligación, puede solicitar que se le prohíba hacerlo, siempre que el acreedor justifique la existencia del crédito, que el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces.

- El secuestro de bienes raíces (Art. 920 del CPC Codificado). Esta medida cautelar procede en cualquier estado del juicio en que se reclame la propiedad; el secuestro de bienes raíces se inscribirá en el registro de la propiedad del cantón al que éstos pertenezcan.
- El embargo de bienes raíces (Art. 423 del CPC Codificado), que procede si la demanda se funda en título hipotecario o en sentencia ejecutoriada. El embargo se practicará aprehendiéndolos y entregándolos al depositario judicial respectivo.

4.9. Medidas cautelares desde la visión de los derechos humanos.

Como se había manifestado oportunamente, las medidas cautelares existen porque existe un proceso y llegaron a existir con el objeto y finalidad de resguardar los efectos prácticos y reales de la sentencia estimatoria, de manera que se evita que una sentencia llegue tarde o que la misma se torne ineficaz.

Desde la perspectiva de protección de los derechos humanos, las medidas cautelares existen para efectivizar la protección directa del derecho, ya sea evitando o suspendiendo su violación si la misma se llegara a dar.

Cancado Trindade (2005) señala sobre el tema: “las medidas cautelares en el ámbito de los derechos humanos se liberan del formalismo jurídico de la ciencia jurídica del pasado, (...) y en el presente dominio tales medidas, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales” (pág. 19). Las medidas cautelares, por su condición preventiva del daño, hacen que el trámite para su otorgamiento se libere de formalismos y complicaciones, haciendo del mismo sencillo e informal, basadas en una presunción simple de que existe un daño o podría crearse un daño futuro.

Por otro lado, el otorgamiento de las medidas cautelares se lo realiza y su trámite se cumple únicamente con la parte que se quiere beneficiar de ella, mas no con el afectado por las mismas, situación que ha sido altamente controvertida; sin embargo, se considera que es correcto por cuanto se habla de la posible vulneración de un derecho humano.

Villareal en su obra “Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos” manifiesta:

“(...) la existencia o no de una demanda o de un proceso principal no es una condición sine qua non para la procedencia de las mismas. Las medidas cautelares aplicadas al ámbito de la protección de los derechos humanos dejan de ser apéndices de un proceso y se convierten más bien en una

institución de protección preventiva de derechos humanos independiente - autónoma, no instrumental a un proceso para su otorgamiento, por lo mismo, no se limitan a garantizar la efectividad de una sentencia en un proceso principal, sino a proteger preventivamente un derecho de manera efectiva. A modo de ejemplo, para una mayor comprensión de lo que acabamos de indicar: un grupo de personas solicitan una medida cautelar para evitar que se contaminen las aguas de un río, una vez que se ha concedido la medida cautelar solicitada posiblemente ya no sea necesario un proceso, y no se requirió la existencia de éste para que proceda la medida cautelar.” (sin n. pág.)

Lo manifestado por Villareal rompe las concepciones que consideran a la medidas cautelar con su característica de accesorio, que sobreviene a su principal que es un proceso; sin embargo dicha ruptura, que se considera aceptable, se sustenta en un presupuesto básico que tiene el fin primero y último de la existencia de las medidas cautelares que es la protección de derechos. Bajo esta línea de concepción, las medidas cautelares no buscan únicamente asegurar los efectos de una eventual sentencia estimatoria, sino buscan también la protección preventiva de un derecho amenazado o violentado; como lo manifiesta Villareal:

“Las medidas cautelares son medidas que con carácter preventivo, partiendo de un conocimiento no exhaustivo, por la gravedad e inminencia del daño, se dictan previo un trámite informal y sencillo, a petición de parte o de oficio, inaudita pars, sin que necesariamente exista un proceso, a fin de proteger un derecho amenazado o violentado.” (sin n. pág.)

Por lo citado, se considera que la sencillez y ligereza en la obtención de medidas cautelares para efectivizar la protección de derechos, son los elementos esenciales y la razón de ser las mismas.

4.10. Obligatoriedad y seguimiento de las medidas cautelares.

La concesión de las medidas cautelares es facultad judicial, por lo que a cada autoridad judicial le corresponde analizar la pertinencia de su concesión; sin embargo la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatorianas controlan el incumplimiento de las medidas cautelares. Al respecto, la referida Ley señala en su artículo 30:

“Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenará su destitución del cargo, sin

perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar. Cuando sea un particular quien incumpla la sentencia o resolución se hará efectiva la responsabilidad determinada en la Ley.”

Por prescripción legal, las medidas cautelares tienen efecto altamente obligatorio y vinculante como cualquier sentencia emitida por los jueces; así, entonces, la característica de obligatoriedad es cualidad de dichas resoluciones, y ante el evento de su incumplimiento tendrá consecuencias civiles, penales y, cuando se trate de funcionarios públicos, como sanción administrativa puede llegar incluso a la destitución de cargo.

En relación con la delegación de la Defensoría del Pueblo para supervisar la ejecución de las medidas cautelares, no desliga de responsabilidad a los jueces y por lo tanto son ellos quienes pueden reformar las medidas, corregirlas, sustituirlas y revocarlas. Villareal (2009) manifiesta al respecto:

“Corresponderá a los jueces hacer el seguimiento de ejecución de la resolución, ya sea solicitando informes mensuales, quincenales, al Defensor del Pueblo o al representante de la institución delegada, a los beneficiarios de las medidas, permitiendo que estos últimos hagan las observaciones que crean pertinentes a los informes presentados por las instituciones delegadas, etc. con el fin de que las medidas se cumplan y no sean solo letras en un papel.”(sin n. pág.)

Ya que la actuación judicial es sustancial y permanente, de ella dependerá la vigencia y respeto de los derechos.

Por otro lado, la supervisión de las medidas cautelares es importante para su cumplimiento y ejecución; en virtud de ello, el artículo 34 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Jurisdiccional establece:

“La jueza o juez tiene la obligación de garantizar el cumplimiento y ejecución de las medidas cautelares que ordene, para lo cual podrá delegar a la Defensoría del Pueblo o a cualquier otra institución estatal encargada de la protección de derechos, la supervisión de la ejecución de medidas cautelares.”

Este artículo de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es muy apreciable, por cuanto obliga a los jueces a estar pendientes del cumplimiento efectivo de sus

resoluciones, con lo que se evitará que las autoridades judiciales emitan una resolución y consideren que se desligaron por ello de la causa.

Para concluir este acápite es pertinente citar lo manifestado por Ramiro Ávila Santamaría (2009): “Las juezas y jueces son garantes jurisdiccionales de todos los derechos. Esto no es fácil de asumir y el reto es enorme” (pág. 545).

En síntesis, las medidas cautelares son una garantía que busca protección preventiva efectiva de los derechos y en esta meta la actuación judicial es factor de base para conseguir sus fines; dependemos de los jueces y juezas, porque ellos son los encomendados por el Estado como identidad colectiva que regula la vida comunitaria nacional, para garantizar los derechos de las personas a quienes cobija

4.11. La proporcionalidad en las medidas cautelares y el debido proceso.

Para ser ejecutadas, las medidas cautelares deben gozar de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad implica contraposición a lo arbitrario, exigiendo límites de justicia, con el objeto de que se logren objetivos de manera lícita y que sus medios manejados sean razonables, en base de criterios de autenticidad, veracidad y de justicia.

Al referirse al principio de proporcionalidad, Francisco Ramos Romeu (2006) afirma que la autoridad cumple un rol muy trascendental en el ejercicio de este principio, ya que al vigilar la disposición cautelar deberá ejecutar un análisis de proporcionalidad de la medida cautelar de manera estricta, pues la medida preventiva debe gozar de proporcionalidad, teniendo en consideración los intereses que se hallan en conflicto entre las partes; es decir que debe tomarse en cuenta los perjuicios que puedan afectar tanto al ejecutante de la medida como al ejecutado, incluso los posibles daños que pueda acarrear a terceros; de lo manifestado, una medida cautelar proporcionada será propiamente una medida cautelar. La proporcionalidad de las medidas cautelares ocurrirá cuando los beneficios que aporten sean mayores a los perjuicios, porque si ocurriere lo contrario, la esencia estricta de la proporcionalidad será violentada.

Al estudiar el principio de proporcionalidad Cuellar Serrano (1998) manifiesta:

“El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el tercer sub principio del principio constitucional de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, y se aplica una vez aceptada la idoneidad y necesidad de una medida, con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del

contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés público que se trata de salvaguardar. Si el sacrificio resulta excesivo deberá considerarse inadmisibles, aunque satisfaga el resto de presupuestos y requisitos derivados del principio de proporcionalidad.” (pág. 199 y ss.)

Por lo manifestado, el principio de proporcionalidad debe existir como requisito sine qua non a las medidas cautelares, por cuanto es deber primordial del Estado que en todo proceso se garantice los principios y reglas del debido proceso, que incluye el cumplimiento de los derechos de las partes, la observancia de la ley vigente y el trámite, las pruebas legítimas y constitucionales, el principio de favorabilidad, el principio de proporcionalidad y el derecho a la defensa. (Artículo 76 de la Constitución). En todo proceso, se debe garantizar el cumplimiento efectivo de estos principios constitucionales.

4.12. Importancia de los postulados constitucionales en las medidas cautelares.

El propósito de la presente investigación es determinar, medir y juzgar cuándo las medidas cautelares son desproporcionadas y atentan a los postulados constitucionales que se analizan a continuación.

a) *Derecho a la Libertad*, que implica el libre albedrío de obrar según nuestras convicciones, con acciones libres pero apegadas a la Constitución y las leyes, como transitar libremente por nuestro país, así como a entrar y salir de él. Es orientador, en este punto, el siguiente postulado de la ONG internacional Humanium (s.f.): “La libertad es un derecho sagrado e imprescriptible que todos los seres humanos poseen. La libertad es la facultad de obrar según su voluntad, respetando la ley y el derecho ajeno”. (recuperado de <http://www.humanium.org/es/derecho-libertad/>). La Constitución ecuatoriana, en su Capítulo Sexto, referido a los Derechos de Libertad, preserva expresamente a través del Art. 66, numeral 14:

“El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”.

b) *Legalidad*. Este postulado constitucional hace referencia al máximo respeto y aplicación de la Constitución y las leyes de la República, de manera que en los procesos coactivos deben sujetarse a la supremacía del Derecho. La Enciclopedia Jurídica (s.f.) define a la legalidad como: “El Principio que rige todas las actuaciones de las administraciones públicas sometiéndolas a la ley y al Derecho”. Y la Constitución de la República, en el Art. 76, numeral 3, dispone:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

c) *Derecho a la defensa*. El Derecho a la Defensa es un derecho de todos los ciudadanos y ciudadanas a la protección por parte del Estado a su dignidad, libertad e inocencia, es decir es una facultad inherente ligada a un proceso, de tal modo que se proteja su integridad y pueda tener un proceso transparente y justo, sin arbitrariedades. “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento” (Constitución de la República, Art. 76, num. 7, lit. a).

d) *Proporcionalidad*. La proporcionalidad indica o explica una relación de correspondencia, equivalencia o equilibrio (Becerra, s.f.).(recuperado <http://blog.pucp.edu.pe/item/153242/el-principio-de-proporcionalidad>.)Las medidas cautelares en un proceso coactivo deben ser proporcionales y adecuadas. “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República, Art. 76, num. 6).

e) *Debido Proceso*. El debido proceso es el conjunto de normas y principios que permite que un proceso sea justo y equitativo, con garantías mínimas a las partes. “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso (...)” (Constitución de la República, Art. 76).

f) *Idoneidad*.- En virtud de este postulado, las medidas cautelares deben perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico (Pulido, 2011); por tanto, deben ser precisas y concernientes para cada caso, para no caer en la ausencia de proporcionalidad. Al referirse a la idoneidad, el referido jurista señala:

“Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Este subprincipio impone, entonces, dos exigencias: la legitimidad constitucional del fin y la adecuación de la medida examinada. De acuerdo con la primera, para que una medida sea legítima, debe perseguir la protección de un derecho fundamental o de otro bien jurídico. De acuerdo con la segunda, para que dicha medida sea idónea, debe tener algún tipo de relación fáctica con el fin que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o de otro bien jurídico.”(Pulido, 2011, Diccionario Iberoamericano de derecho humano y fundamental; recuperado en: http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/114)

Las medidas cautelares deben ser adecuadas a los principios constitucionales y acordes al proceso civil, la epistemología, la lógica jurídica, siempre precautelando el debido proceso, en pro de una convivencia armónica característica de un Estado democrático de derechos y justicia social, para no permitir abusos por parte del actor ni priorizar el libre albedrío del juez, la voluntad sobre la Constitución, la imparcialidad por sobre la igualdad.

Finalmente el propósito de este estudio fue analizar las diferentes medidas cautelares utilizadas en los procesos coactivos de instituciones públicas como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Compañías, Banco Nacional de Fomento, dictadas por jueces con potestad administrativa, las mismas que se deben ordenar en base a un criterio razonado, justo, equitativo, con el fin de garantizar los postulados constitucionales. En conclusión no se pueden adoptar medidas cautelares desproporcionadas para poder cobrar las obligaciones, el empleo desproporcional, ilegal o de mala fe de las medidas cautelares lesionan derechos constitucionales.

CAPÍTULO 5. PERCEPCIÓN PROFESIONAL Y CIUDADANASOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

5.1. Análisis de la medida cautelar de prohibición de salida del país en los procesos coactivos.

Las medidas cautelares afectan a los derechos personales y reales garantizados constitucionalmente, tales como la libertad y la propiedad, por lo cual el juez de coactiva con potestad administrativa, al momento de dictar la medida cautelar, debe limitar su conducta para evitar en lo posible que estos derechos sean afectados, haciendo un estudio responsable, razonado de las situaciones de hecho y de derecho que se demanda o se exige. No se puede pedir ni ordenar medidas cautelares desproporcionadas para conseguir el fin deseado.

En el caso concreto de la medida cautelar de prohibición de ausentarse del país, prevista como cautelar administrativa desde el año 1975, fecha de promulgación del Código Tributario, entra en contradicción con la libertad de entrar y salir libremente del país, que reconoce y garantiza la Constitución ecuatoriana vigente desde el año 2008, cuyo artículo 66, numeral 14, se establece:

“El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.”

El juez de coactiva no es juez de acuerdo con las normas de la Constitución y tampoco con las que se desarrollan en el Código Orgánico de la Función Judicial; su función, por tanto, se limita a la de autoridad administrativa y como tal no tiene la potestad ni la competencia para adoptar la decisión privativa de un juez, y si lo hace es absolutamente inconstitucional e inválida. Para fortalecer lo manifestado y como ejemplo se puede citar que cuando el coactivado quiere plantear un juicio de excepciones, tiene que hacerlo ante el juez de lo Civil, o ante el Tribunal Contencioso Administrativo según sea el caso. No se puede plantear ante el Juez de Coactiva porque no es la autoridad competente y no puede juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. También el Juez de Coactiva no puede decidir sobre las tercerías. Por lo tanto el juez de coactiva tiene potestad administrativa y no jurisdiccional.

El siguiente fallo de la Corte Constitucional es explícito sobre el tema:

“En ese sentido, la Segunda Sala del ex Tribunal Constitucional, en el caso No. 729-2002-RA determinó que si bien a la jurisdicción coactiva se le denomina como tal, en realidad en estos casos no existe una verdadera jurisdicción, sino más bien una potestad administrativa para ejercer un

procedimiento coactivo de ejecución, que permite a las distintas entidades públicas, cobrar valores que se les deba por diferentes conceptos.” (“Recurso de amparo constitucional interpuesto en contra del juez de coactivas de la Empresa Metropolitana de Transporte”, 2002.)

Toda medida cautelar dictada en un procedimiento coactivo tiene como única finalidad asegurar que el demandado pague su obligación, lo que equivale a afirmar que la medida no tiene una finalidad propia o para sí misma. Esta es otra razón para que la prohibición de ausentarse del país no tenga la virtualidad de toda medida cautelar, de ser aseguramiento de la eficacia del proceso, sino que es un instrumento de intimidación para que se efectúe el pago que, de realizarse, aparentaría ser a voluntad del coactivado. (Zabala Egas, 2013.)

Pues resulta muy exacto lo manifestado por el Doctor (Zabala Egas, s.f.) quien expresa: “Ello no se justifica por el principio constitucional de eficacia, pues constituye un abuso del privilegio de la autotutela ejecutiva que directamente viola derechos constitucionales; más aún, esto resulta fuera de toda proporción o razonabilidad.”(pág. 73)

En el Servicio de Rentas Internas, la Municipalidad de Cuenca, la Superintendencia de Compañías, el procedimiento coactivo se rige a través del Código Tributario; el juez de coactiva de estas entidades, amparado en lo dispuesto en el artículo 164 de ese cuerpo normativo, ordena la medida cautelar de prohibición de salida del país.

Al respecto, como Anexo N° 3 de la presente investigación, se incorpora la sentencia N° 009-12-SIN:CC CASO No. 0050-09-IN de la Corte Constitucional. “Los accionantes, fundamentados en los artículos 436 numeral 2 y 439, en concordancia con los artículos 88, 426 y 427 de la Constitución de la República, demandan de la Corte Constitucional que se declare la inconstitucionalidad de la frase el arraigo o la prohibición de ausentarse del artículo 164 del Código Tributario, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 38 del 14 de junio del año 2005”.

Los demandados son el arquitecto Fernando Cordero Cueva, Presidente de la Asamblea Nacional, el Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República, y el Dr. Diego García Carrión, Procurador General del Estado.

Los argumentos con que se sustenta la inconstitucionalidad son: El artículo 66 de la Constitución reconoce el derecho a transitar libremente por el territorio nacional, así como entrar y salir libremente de él; la prohibición de salida del país solo puede ser ordenada por un juez:

“Los funcionarios ejecutores que, de acuerdo a las diversas normas legales que rigen el país, están en capacidad de iniciar y tramitar un juicio coactivo, no tienen calidad de jueces y hacen mal en llamarse ‘jueces de coactiva’, porque ninguna disposición legal así lo permite pues se trata de ‘funcionarios ejecutores’. (...) Llevar un procedimiento de apremio no constituye ni convierte en juez al funcionario ejecutor del procedimiento. El procedimiento establecido en la sección 30 del Código de Procedimiento Civil que regula la jurisdicción coactiva, no le permite otras medidas cautelares que aquellas expresamente determinadas en los artículos 941 al 978, entre las cuales no se encuentra la prohibición de salir del país, tanto es así que el funcionario recaudador, no tiene la calidad de juez, y el juicio de excepciones se plantea ante un juez. Los recaudadores y empleados de las oficinas públicas que pertenecen, de acuerdo con la división del Estado, a la Función Ejecutiva, no tienen calidad de jueces y por lo tanto la competencia para prohibir la salida del país a persona alguna.”

La petición de los accionantes es que se declare la inconstitucionalidad, por el fondo fundamentándose en el artículo 66 numeral 14 de la Constitución, y por la forma al indicar que contraría el numeral segundo del artículo 133 de la Constitución, al no ser el Código Tributario una ley orgánica que permita regular el ejercicio de los derechos y garantías.

El arquitecto Fernando Cordero Cueva demandado manifiesta:

“En Cuanto a la administración de justicia, el artículo 167 de la Constitución previene que la potestad de administrar justicia no es privativa de la Función Judicial, sino también de otros órganos y funciones del Estado, entendida en el contexto de las diferentes leyes de la República, y el art. 225 ibídem, determina las funciones y órganos del Estado.

La Asamblea Constituyente, en virtud de sus atribuciones, dictó la Ley reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 242 del 29 de diciembre del 2007, misma que en la Segunda Disposición Final dispone que el Código Tributario tiene la categoría de Ley Orgánica y sus disposiciones prevalecerán sobre cualquier cuerpo de Ley que se le oponga. Es decir, a partir del 30 de noviembre del 2007, el Código Tributario tiene jerarquía de Ley Orgánica.”

Alexis Mera Giler, secretario nacional jurídico y como tal abogado patrocinador del presidente de la república, contesta a la demanda en los siguientes términos: “Cabe entonces destacar que las normas del procedimiento coactivo del Código Tributario no son las mismas que las que establece el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento coactivo de entidades públicas que no son administraciones tributarias”.

La Corte Constitucional considera que el Código Tributario sí tiene el carácter de Ley Orgánica:

“Al respecto, la Asamblea Constituyente, en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 2 del Mandato Constituyente N° 1, publicado en el Registro Oficial N° 223 del 30 de noviembre del 2007, dictó la ley Reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N° 242 del 29 de diciembre del 2007, misma que en la Segunda Disposición Final señala: SEGUNDA.- A partir de la publicación de la misma en el Registro Oficial, el Código Tributario tendrá categoría de Ley Orgánica y sus disposiciones prevalecerán sobre cualquier cuerpo de ley que tenga categoría de General, anterior o posterior, que se le oponga.

La Corte Constitucional concluye manifestando: se puede afirmar entonces, que la facultad que tienen los funcionarios ejecutores para dictar medidas precautelatorias, como el “arraigo o la prohibición de ausentarse, prevista en el artículo 164 del Código Tributario, no vulnera el derecho a transitar libremente previsto en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución, por lo que no existe inconstitucionalidad por el fondo o material, pues es evidente que la administración tributaria, a través de estos funcionarios, pueden hacer efectivos los principios de la política fiscal como son los de eficiencia y simplicidad administrativa y suficiencia recaudadora.”

Por las consideraciones expuestas, la Corte Constitucional niega la acción de inconstitucionalidad presentada.

Como comentario a este caso se manifiesta, que la Constitución es la Ley Suprema que prevalece sobre toda norma jurídica o disposición administrativa. El art. 424 señala

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

El orden jerárquico se encuentra establecido en el art. 425 de la Constitución, por lo tanto la Constitución está sobre el Código Tributario que está considerado como Ley Orgánica. En conclusión, la Constitución como norma suprema garantiza y protege los derechos fundamentales, el artículo 66 reconoce el derecho a entrar y salir libremente del país, por lo que se considera que al dictar un juez de coactiva con potestad administrativa la medida cautelar de prohibición de salida del país está violando la Constitución.

5.2. Investigación de campo

En esta investigación una de las técnicas utilizadas fue la encuesta, para lo cual se elaboró un cuestionario con preguntas basadas en el procedimiento coactivo de potestad administrativa, la importancia de las medidas cautelares dispuestas por los jueces de coactiva, se cuestionó sobre la proporcionalidad de las medidas cautelares, el bloqueo de cuentas bancarias, prohibición de enajenar, también se cuestionó sobre la violación de los derechos y principios constitucionales cuando se dispone la medida cautelar de prohibición de salida del país.

Las encuestas se realizaron en la ciudad de Cuenca, a jueces de coactiva, funcionarios y profesionales de instituciones públicas como el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de Rentas Internas, Banco Nacional de Fomento, Municipio de Cuenca, Superintendencia de Compañías, estudiantes de derecho y ciudadanía en general.

La encuesta referida tiene el siguiente propósito: conocer qué opinión tienen sobre las medidas cautelares los actores sociales e institucionales vinculados con su administración y la ciudadanía como potencial beneficiaria o perjudicada con su aplicación. Fue con esta motivación que se concibió una encuesta, cuya aplicación constituyó una fuente confiable de la percepción que tienen los funcionarios vinculados con los procesos coactivos, los profesionales del derecho y la ciudadanía en general,.

La encuesta, con 11 preguntas cerradas, fue aplicada a jueces y juezas de coactiva, a funcionarios y funcionarias de las instituciones del sector público que por Ley tienen jurisdicción coactiva para el cobro de sus acreencias, a los profesionales del Derecho en libre ejercicio, a estudiantes de la carrera de Derecho y a la propia ciudadanía. El total de personas encuestadas

fue de cuarenta (40), cuya edad oscila entre 23 y 65 años, y su aplicación se centró en la ciudad de Cuenca; a los jueces, funcionarios y profesionales, visitándolos en sus lugares de trabajo; a los estudiantes, en los predios universitarios; a los ciudadanos y ciudadanas, aleatoriamente mientras transitaban por el centro histórico de la urbe.

5.2.1. Procesamiento de las encuestas y análisis de resultados.

La información recopilada en las encuestas fue tabulada y organizada en los correspondientes cuadros estadísticos, que para su expedita comprensión tienen por título la pregunta respectiva, cuyas respuestas se ubican generalmente en dos alternativas establecidas: sí o no, salvo la pregunta 4 que tiene como variables grados de apreciación de los encuestados (alta, mediana, baja). Cada cuadro va acompañado de sendos gráficos, como herramienta para que el lector pueda aprehender sus resultados con una mirada rápida y en porcentajes, como sustento para la consiguiente interpretación.

He aquí los resultados de la investigación:

Tabla 1 Encuesta A.

¿Considera usted que el procedimiento coactivo es una potestad administrativa?

RESPUESTA	N°	%
Sí	38	95
No	2	5
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 1. Encuesta A.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Conforme se desprende de la tabla 1, un 95% de los encuestados (38) respondió que Sí, frente al 5% (2) que se pronunció negativamente. Este resultado permite deducir que casi la totalidad de jueces de coactiva, abogados en libre ejercicio, funcionarios públicos, estudiantes y ciudadanía en general que fueron consultados, considera que el proceso coactivo es una potestad administrativa

Tabla 2. Encuesta B.

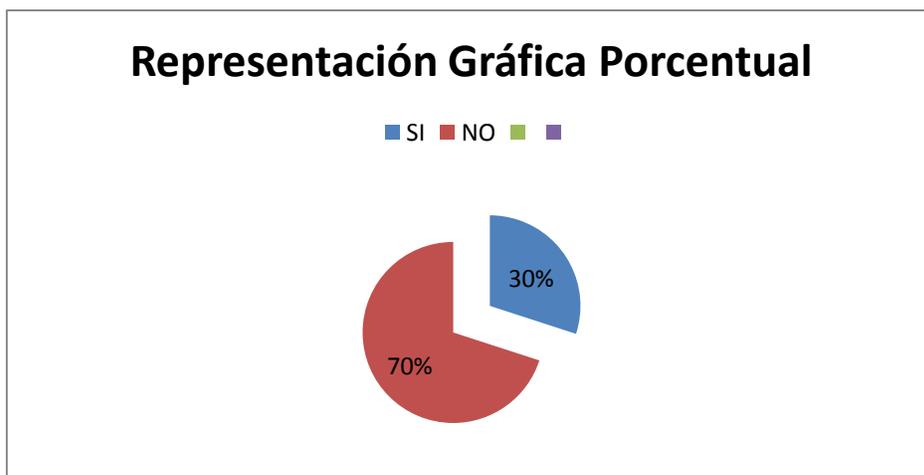
¿Los Jueces de Coactiva son jueces con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Es decir son jueces de acuerdo con las normas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial?

RESPUESTA	N°	%
Sí	12	30
No	28	70
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 2. Encuesta B.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

De la tabla 2 se desprende que 28 encuestados, que representan el 70%, respondió que No, mientras 12 (30%) dice que Sí. Este resultado permite deducir que el criterio de más de las dos terceras partes de las personas encuestadas es que los Jueces de Coactiva no son jueces con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es decir que no son jueces de acuerdo con las normas contempladas en el Código Orgánico de la Función Judicial.

Tabla 3. Encuesta C.

¿Las medidas cautelares son medios necesarios para garantizar la eficiencia del cobro de la obligación?

RESPUESTA	N°	%
Sí	40	100
No	00	00
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 3 Encuesta C.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Ante esta pregunta el universo de encuestados respondió afirmativamente, resultado que permite afirmar que existe consenso en considerar que las medidas cautelares son medios necesarios para garantizar la eficiencia del cobro de una obligación.

Tabla 4. Encuesta D.

En caso de responder SÍ en la pregunta número 3, categorice la importancia

RESPUESTA	N°	%
ALTA	35	87
MEDIA	5	13
BAJA	00	0
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 4. Encuesta D.



El 87% de todos los encuestados (35 de los 40) estimó de ALTA importancia la aplicación de medidas cautelares como medio para asegurar el cobro a los deudores; solamente 5, que representan el 13%, se pronunció por calificar a estas medidas como de importancia MEDIA.

Estos resultados permiten deducir que un porcentaje muy representativo de jueces de coactiva, abogados en libre ejercicio, funcionarios públicos, estudiantes y ciudadanía en general, a

quienes se aplicó la encuesta, considera muy importante que se disponga las medidas cautelares para garantizar la eficiencia del cobro de la obligación.

Tabla 5. Encuesta E.

¿Está usted de acuerdo con la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos que ordenan los Jueces de Coactiva?

RESPUESTA	N°	%
Sí	37	92
No	3	08
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 5. Encuesta E.



FUENTE: Encuesta aplicada por la autora.

ELABORACIÓN: Investigadora.

En el cuadro 5 se puede apreciar que el 92% de los encuestados (37 de 40) está de acuerdo con el bloqueo y retención de fondos de los deudores, como medida cautelar para el cobro de las acreencias que tienen las instituciones públicas como el IESS, el Banco de Fomento, el SRI, entre otras. Solamente 3 de las 40 personas encuestadas, que representan un modesto 8%, se pronunció contrario a ésta medida.

Tabla 5. Encuesta F.

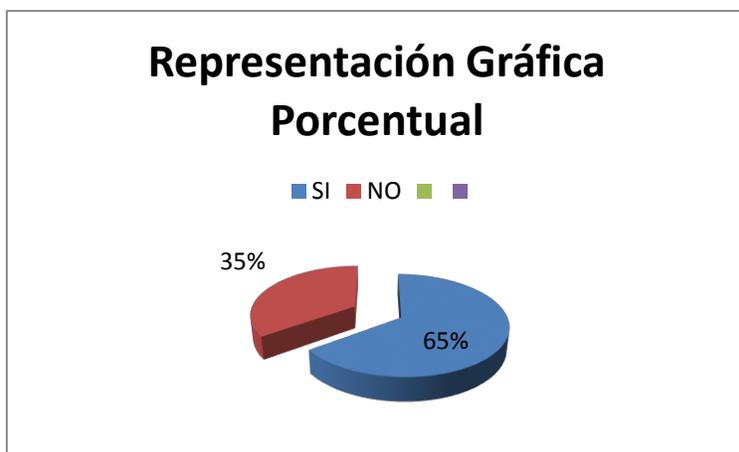
¿Está usted de acuerdo en que se dicte la medida cautelar de retención de fondos por juicios de cuantías bajas?

RESPUESTA	N°	%
Sí	26	65
No	14	35
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 6. Encuesta F.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

El 65% de los encuestados considera que Sí se debe aplicar la retención de fondos de los deudores aunque la cuantía de la deuda fuere baja, medida cautelar de la que no participa el 35% restante, que respondió negativamente a la pregunta.

Tabla 7. Encuesta G.

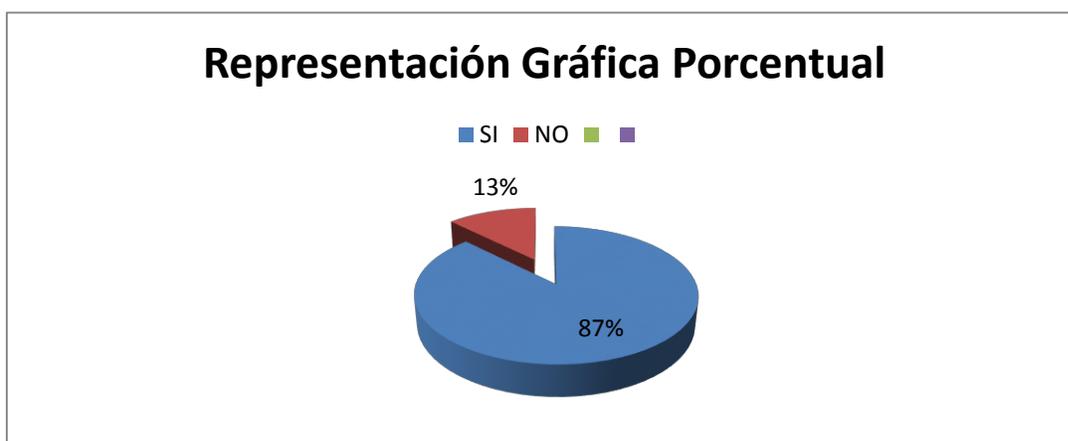
¿Considera usted que se estaría violando el principio de proporcionalidad al ordenar el Juez de Coactiva el bloqueo o retención de fondos de las cuentas bancarias que estén a nombre del coactivado sin establecer el valor a retener?

RESPUESTA	N°	%
Sí	35	87
No	5	13
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 7. Encuesta G.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Si bien la mayoría de las personas encuestadas está de acuerdo con el bloqueo o retención de fondos de las cuentas bancarias que estén a nombre del coactivado como medida precautelatoria eficiente para asegurar el cobro de las deudas, un significativo 87%, es decir también una importante mayoría, considera que se estaría violando el principio de proporcionalidad si el Juez de Coactiva no establece el valor de ese bloqueo o retención, como límite, sin el cual se estaría afectando a la totalidad de los recursos del coactivado que se encuentren confiados al sistema financiero nacional. Solamente un 13% de los encuestados estimó que No existiría tal desproporcionalidad.

Tabla 8. Encuesta H.

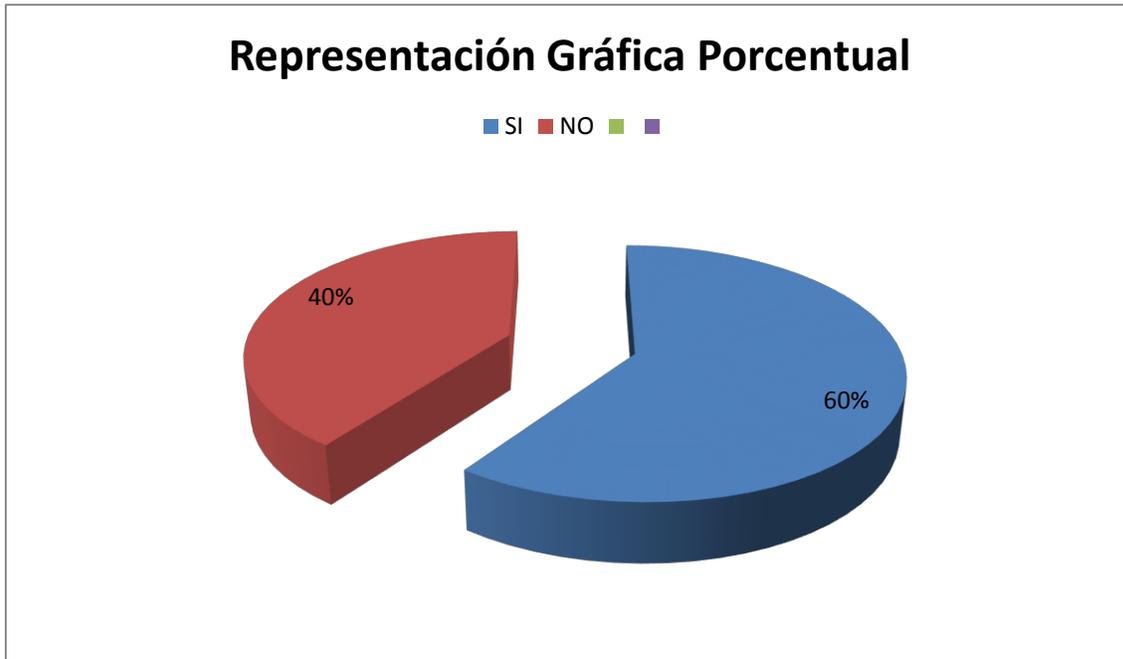
¿Considera usted que se estaría violando el principio de proporcionalidad cuando el Juez de Coactiva dicta como medida cautelar la prohibición de enajenar un inmueble si el monto de la obligación es de baja cuantía?

RESPUESTA	N°	%
Sí	24	60
No	16	40
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 8. Encuesta H.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

La mayoría de encuestados (24 de 40, que representan el 60%) estimó que si el Juez de Coactiva dicta la prohibición de enajenar un inmueble como medida cautelar para recaudar una obligación de baja cuantía, se estaría cometiendo un despropósito, en franca violación al principio constitucional de proporcionalidad. De todas maneras un nada despreciable 40% de los encuestados respondió que No existiría tal desproporcionalidad.

Tabla 9. Encuesta I

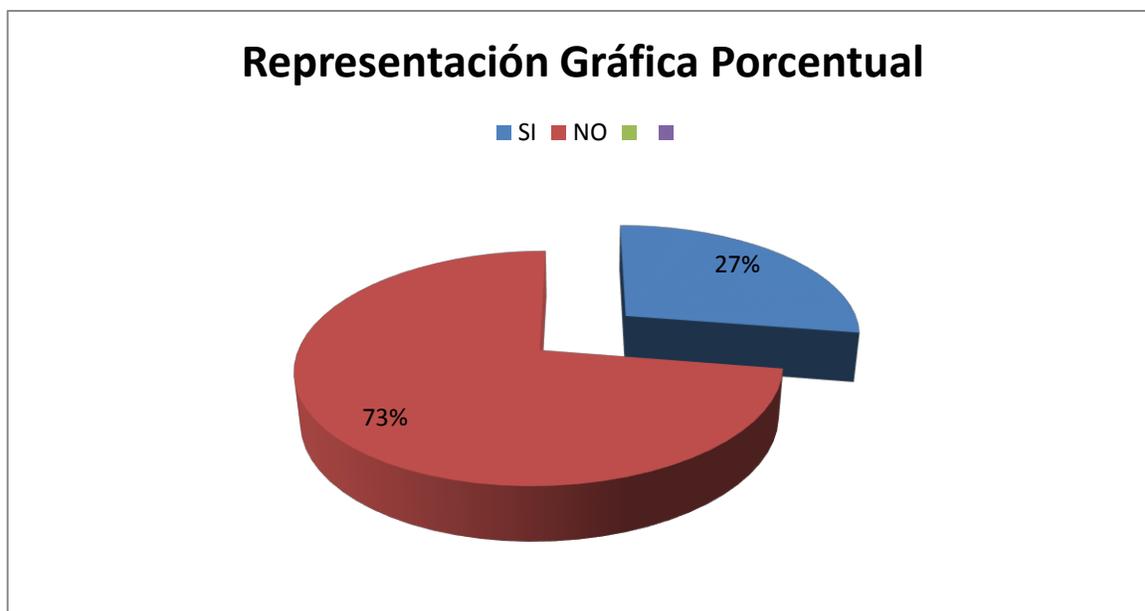
¿Está usted de acuerdo con la medida cautelar de prohibición de salida del país que ordena el Juez de Coactiva?

RESPUESTA	N°	%
Sí	11	27
No	29	73
Total	40	100

FUENTE: Encuesta aplicada por la autora.

ELABORACIÓN: Investigadora.

Gráfico 9. Encuesta I



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Según se puede constatar en el cuadro 9, solamente un 27% de los encuestados está de acuerdo con la medida cautelar de prohibición de salida del país, frente al 73% que manifestó lo contrario.

Tabla 10. Encuesta J.

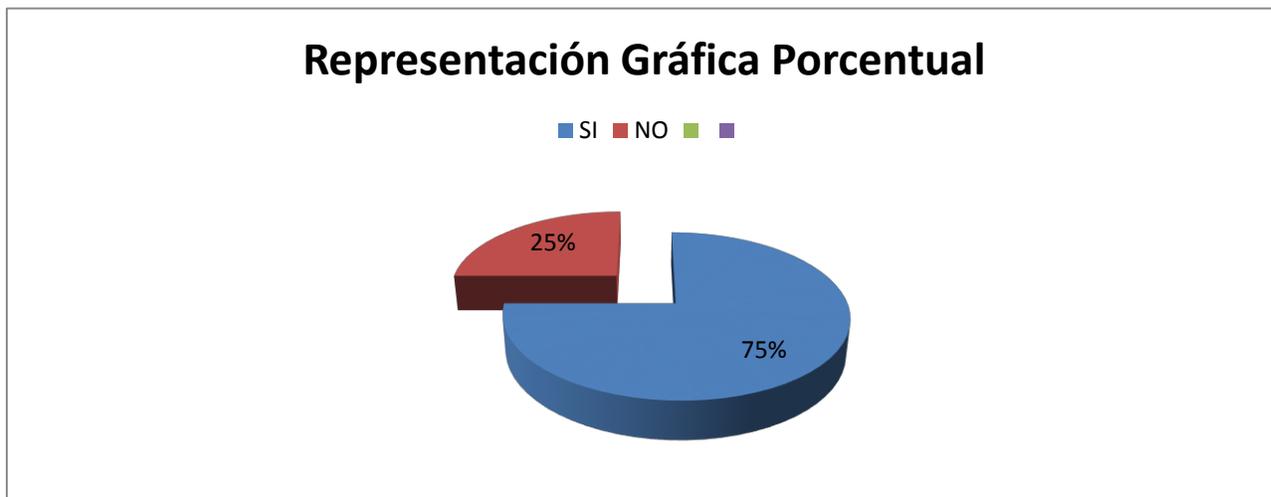
¿Cree usted que al dictar un Juez de Coactiva la medida cautelar de prohibición de salida del país, se está violando los derechos constitucionales?

RESPUESTA	N°	%
Sí	30	75
No	10	25
Total	40	100

Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Gráfico 10. Encuesta J.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

Consistente con el pronunciamiento expresado por la mayoría en la pregunta anterior, el 75% de los encuestados contestó que considera que la medida cautelar de prohibirle la salida del país al coactivado, sí es una violación de sus derechos constitucionales. De todas maneras, una cuarta parte (25%) afirmó lo contrario, al responder con un No.

Tabla 11. Encuesta K.

¿Está usted de acuerdo con lo que establece el Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales? (Ver nota)

RESPUESTA	N°	%
Sí	12	30
No	28	70
Total	40	100

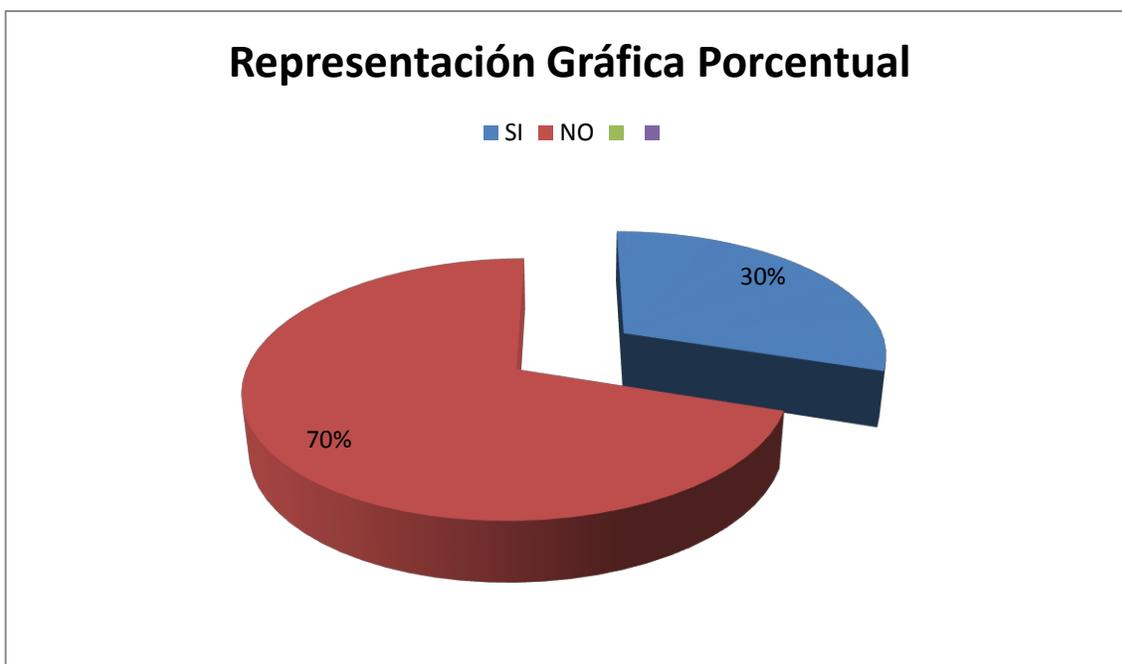
Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

NOTA: La encuesta reprodujo *in extenso* el texto del referido artículo, al consultar textualmente:

¿Está usted de acuerdo con lo que establece el Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales: “Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrán ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra del obligado principal, sino en contra de todos los obligados por Ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con Beneficio de Inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar, se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador”?

Gráfico 11. Encuesta K.



Fuente: Encuesta aplicada por la autora.

Elaborado por: Investigadora.

De acuerdo con la información que recoge y sistematiza el cuadro 11, la mayoría de las personas encuestadas (28 de 40, que representan en 70%) no está de acuerdo con la facultad otorgada a las instituciones del Estado que tienen jurisdicción coactiva, para que puedan actuar en contra de los herederos del coactivado y los administradores y accionistas de empresas deudoras, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias. El 30% (12 encuestados) manifestó su conformidad con esta facultad.

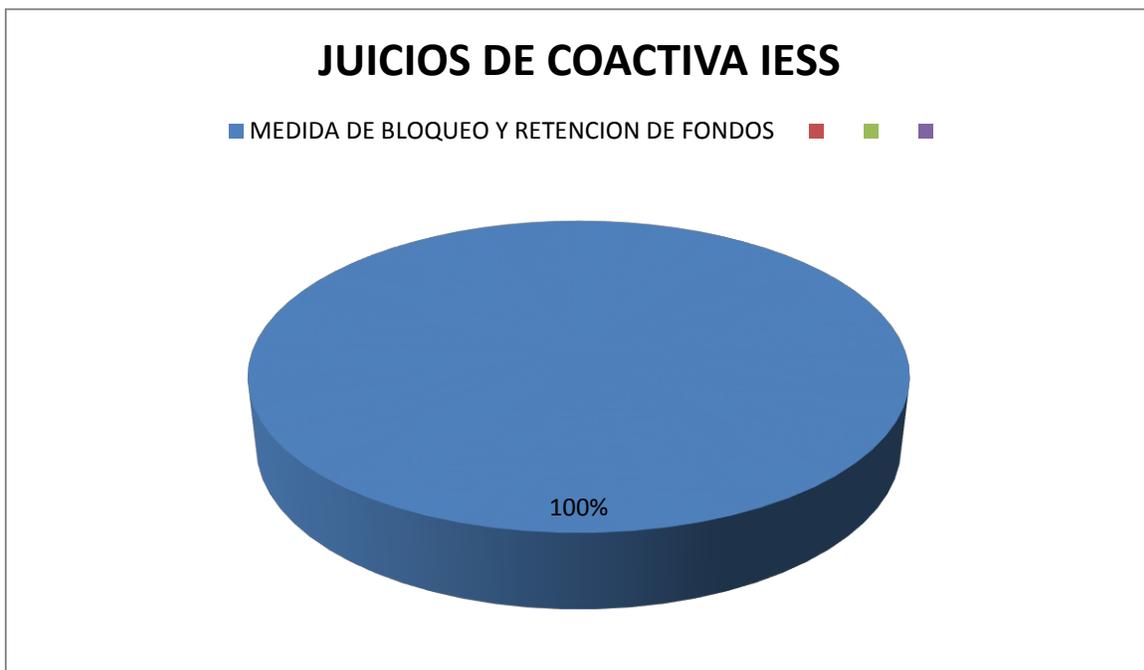
5.3. Análisis empírico de las medidas cautelares en los procesos coactivos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de Rentas Internas, Superintendencia de Compañías del Azuay.

Esta investigación se complementa con un breve análisis empírico de las medidas cautelares establecidas en los procesos coactivos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, Servicio de

Rentas Internas y Superintendencia de Compañías durante el año 2014 el que permite visualizar su relación con la pertinencia y proporcionalidad que deben guardar estas medidas.

a.- Respecto de la Medida de Bloqueo y Retención de Fondos.- de los cuatrocientos setenta y cuatro (474) juicios coactivos iniciados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social del Azuay durante el año 2014, correspondientes a similar número de títulos de crédito asignados a una abogada externa, en los autos de pago de la totalidad de éstos juicios se ordenó como medida cautelar el bloqueo y retención de los fondos de las cuentas bancarias.

Gráfico 12.



Fuente: archivo 2014, de la autora Dra. Margarita Vásquez, abogada externa del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de Cuenca.

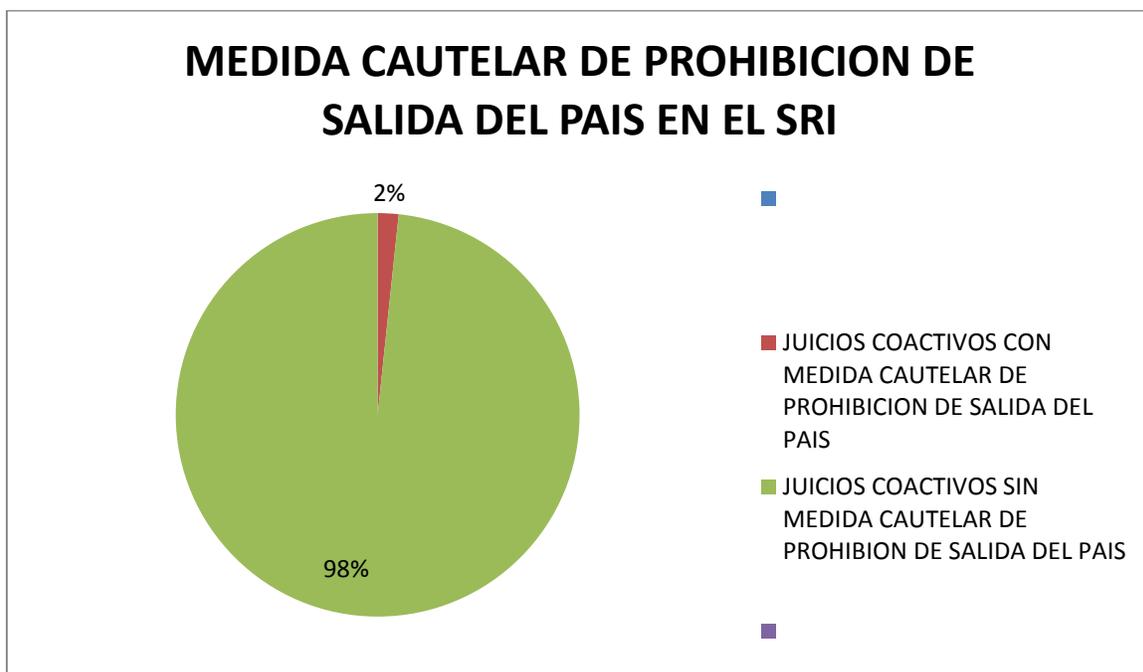
Elaborado por: Investigadora

La medida cautelar más utilizada en los juicios coactivos seguidos por el SRI, Banco de Fomento, Ministerio de Relaciones Laborales, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y Superintendencia de Compañías es el **bloqueo y retención** de las cuentas que estén a nombre del coactivado, sea éste persona natural o jurídica.

b.- La prohibición de salida del país es la medida cautelar que se ordena en las instituciones públicas que se rigen por el Código Tributario.

Así, en el Servicio de Rentas Internas SRI, de alrededor de seiscientos (600) juicios coactivos iniciados en el año 2014, la medida cautelar de prohibición de salida del país se ordenó en 10 juicios, cuyo sustento legal es el artículo 164 del Código Tributario y la sentencia No. 009-12-SIN.CC. CASO N. 0050-090.IN, que ha sido analizada en este trabajo.

Gráfico 13.

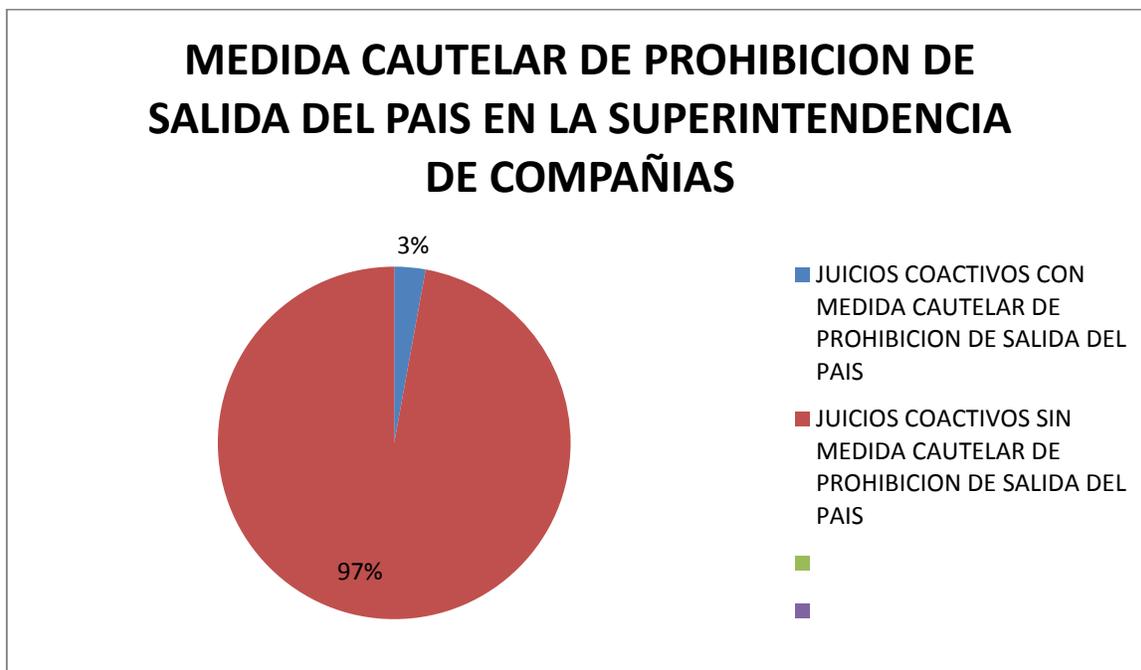


Fuente: entrevista aplicada por la autora al abogado del Juzgado de Coactiva del Servicio de Rentas Internas de Cuenca.2015.

Elaborado por: Investigadora

c.- En el juzgado de Coactivas de la Superintendencia de Compañías de Cuenca se han iniciado en el año 2014 setenta (70) juicios coactivos de los cuales en dos (2) juicios de coactivo se ha dispuesto como medida cautelar la prohibición de salida del país.

Gráfico 14.



Fuente: entrevista aplicada por la autora a Juez de Coactiva de la Superintendencia de Compañías de Cuenca, 2014.

Elaborado por: Investigadora

5.3.1 Resultados del análisis empírico

Con éste análisis empírico he logrado demostrar que en las instituciones públicas estudiadas los jueces de coactiva con potestad administrativa y no jurisdiccional, dictan la medida cautelar de prohibición de salida del país violando los derechos constitucionales de libertad, movilidad, defensa, reglas del debido proceso, y principios constitucionales como la legalidad, proporcionalidad, idoneidad. El art. 424 de la Carta Magna establece que: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

Finalmente con esta medición sociológica, utilizando la entrevista como técnica, basada en un interrogatorio verbal y personal a funcionarios públicos, y también utilizando el método inductivo, pues este constituye un proceso lógico que a partir de casos particulares, como es el caso de los Juzgados de Coactiva del Servicio de Rentas Internas, así como de la Superintendencia de Compañías, se determinó características comunes, que en función de un

proceso lógico se alcanzó una generalización. Por lo expuesto queda demostrado que la medida cautelar de prohibición de salida del país disponen los jueces de coactiva de las Instituciones públicas en donde los procesos coactivos se rigen con el Código Tributario, transgrediendo de esta manera el orden jerárquico de aplicación de las normas, violando derechos y principios establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, como lo he demostrado en esta medición empírica.

CONCLUSIONES

1.- El Título Valor es de esencial importancia en la sociedad ecuatoriana, pues facilita con eficacia las actividades industriales, comerciales y financieras entre sujetos económicos y población en general; en un mundo globalizado e integrado tecnológicamente que demanda y oferta bienes y servicios, se necesitan instrumentos que impulsen el desarrollo de la producción y comercialización. Constituye una herramienta fundamental en el desarrollo económico de un Estado y su sistema financiero, y representa poder económico, instrumentado a través de legislación especializada.

2.- Es deber del Estado, que los títulos valor se encuentre regulados por una metodología jurídica enmarcada en principios constitucionales, ajustada al debido proceso, con una administración de justicia equilibrada y justa, que garantice los derechos, civiles y tributarios de las personas.

3.- El procedimiento coactivo es un procedimiento administrativo en el que no hay juzgamiento, no hay juicio de conocimiento, sino que se constituye en una potestad administrativa que hace que los procesos correspondientes sean de esta naturaleza y no procesos judiciales; su fundamento jurídico radica en el principio de ejecutividad de los actos administrativos.

4.- Quienes ejercen la jurisdicción coactiva son funcionarios de la administración pública, empleados, recaudadores que por lo mismo no ejercen la jurisdicción ordinaria; sus providencias constituyen actos de autoridad pública, por lo expuesto queda demostrado que los jueces de coactiva tienen potestad administrativa y no jurisdiccional.

5.- Las medidas cautelares son acciones necesarias y de alta incidencia para garantizar un efectivo y rápido cobro de la obligación. En el presente trabajo se ha medido la constitucionalidad de las medidas cautelares en los procedimientos coactivos, puntualizando que éstas son inconstitucionales cuando violan principios fundamentales del convivir colectivo como la libertad, la proporcionalidad, el derecho a la defensa y el debido proceso, previstos como derechos ciudadanos inalienables por la Carta Magna ecuatoriana.

6.- Las medidas cautelares afectan a los derechos personales y reales de los ciudadanos y ciudadanas, tales como; la libertad, entrar y salir del país y la propiedad. Por lo tanto el juez administrativo, al momento de dictar una medida cautelar, debe ajustar su conducta para evitar que estos bienes jurídicos de las personas sean afectados. Es necesario un estudio responsable, razonado de las situaciones de hecho y de derecho que ofrece el proceso.

7.- En esta investigación a través de métodos y técnicas científicas y sociológicas, se ha demostrado que se está violando derechos y principios constitucionales, cuando un Juez de Coactiva con potestad administrativa dicta una medida cautelar de prohibición de salida del país, lesionando el derecho a la movilidad, derecho garantizado en la Constitución artículo 66 numeral Adicionalmente se está Irrespetando el artículo 424 de la Constitución que establece la Supremacía de la Constitución.

8.- También es perfectamente válida la afirmación como se ha determinado, que el bloqueo y la retención de cuentas bancarias es la medida cautelar real, más utilizada por las instituciones públicas en los procesos coactivos que ha demostrado efectividad en la recaudación de los títulos de crédito.

RECOMENDACIONES

- 1.- Este estudio tiene como objeto visibilizar la necesidad de cambio, mediante el análisis de criterios válidos que contribuyan en el futuro a tener un procedimiento de ejecución con medidas cautelares legales, constitucionales y dictadas con criterio proporcional, con el fin de no causar lesiones jurídicas y restricción de los derechos de las personas.
- 2.- Este documento servirá para analizar y difundir entre los profesionales del derecho, los estudiantes universitarios, los funcionarios públicos y la sociedad en general, el proceso coactivo y la importancia de las medidas cautelares, utilizadas como un instrumento válido, eficaz y rápido para el recaudo de obligaciones adeudadas al Estado, la misma que requiere adecuarse a la normativa constitucional y legal actual, a fin de que en el futuro las actuaciones procesales que se desarrollen tengan sustento legal y no sean impugnadas por encontrarse afectada la competencia de quienes la ejerzan a nivel de la administración pública, y que las acciones de cobro no puedan ser ejecutadas por ilegales, por falta de competencia de quienes las han dictado y queden afectadas de nulidad, causando perjuicios a las partes involucradas en el proceso.
- 3.- En relación con las vulneraciones al debido proceso, a la Constitución de la República e incluso a tratados y convenios internacionales de los cuales Ecuador es suscriptor, la crítica de la presente investigación apunta a que es menester la creación de leyes o en su defecto realizar las pertinentes reformas legales que permitan admitir medidas cautelares proporcionales, normadas y reguladas basadas en igualdad procesal, justicia y derecho a la defensa. Este fortalecimiento legal, que constituye un desafío y una enorme responsabilidad para la Asamblea Nacional, permitirá que tanto el demandado como el demandante ejerzan sus derechos en iguales condiciones, eliminando del sistema medidas cautelares arbitrarias e indignas. Para conseguir la mencionada reforma debemos concientizar un sistema cautelar justo, igualitario y equilibrado, respetando y siguiendo los principios constitucionales.
- 4.- Con el fin de precautar el principio de proporcionalidad es fundamental que cuando el Juez de Coactiva dicte la medida cautelar de bloqueo y retención de fondos, establezca el monto o valor a retener, de acuerdo con la cuantía de la obligación, intereses y costas procesales.
- 5.- Las actuaciones de los jueces de coactiva deben regirse en conductas y valores de ética profesional, sin arbitrariedades respetando siempre la Supremacía de la Constitución, con procedimientos enmarcados en la aplicabilidad directa e inmediata de las normas constitucionales.

6.- Es muy importante la capacitación a funcionarios públicos, abogados en libre ejercicio, catedráticos universitarios, estudiantes de derecho sobre el procedimiento coactivo y sobre todo la aplicación de las medidas cautelares basadas en un sistema constitucional de derechos y justicia.

7.- Respecto de las personas jurídicas usadas para defraudar, la Ley de Defensa de los Derechos Laborales establece que se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no residentes o domiciliados en el Ecuador. La autora considera que previo al ejercicio subsidiario de la acción debe existir una resolución del fraude, es decir una sentencia dictada por parte de juez competente, pues en caso contrario sería una apreciación subjetiva y se estaría violando derechos constitucionales.

8.- Se debe aplicar el principio Uti, non abuti que significa usar pero no abusar. Para que se cumplan todas las expectativas que nos hemos trazado debemos propender un cambio de actuaciones y pensamientos, manteniendo coherencia, teniendo un criterio claro sobre las consecuencias de los actos, promoviendo mas justicia, y solidaridad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Corte Nacional de Justicia No. 009-12-SIN:CASO No. 0050-09-IN.

DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. (1948). BOGOTA.

“Recurso de amparo constitucional interpuesto en contra del juez de coactivas de la Empresa Metropolitana de Transporte”, Caso No. 729-2002-RA (Resolución de la Segunda Sala del ex Tribunal Constitucional 2002).

Diccionario Economía - Administración - Finanzas - Marketing. (ENERO de 2015). Obtenido de http://www.eco-finanzas.com/diccionario/B/BASE_IMPONIBLE.htm

TEMAS DE DERECHO. (10 de MARZO de 2015). Obtenido de DEBIDO PROCESO: <http://temasdederecho.com/2012/06/04/el-debido-proceso/>

AGUILAR HEREDIA, E. (s.f.). *De los títulos valor.* Recuperado el 1 de Diciembre de 2014, de <http://www.slideshare.net/videoconferencias/de-los-ttulos-valor;>

ALVARADO ESQUIVEL, M. (1999). *EL CONCEPTO DE INGRESO EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA: ANALISIS EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL.* . MEXICO.

ANALUISA, V. (2015). *Derecho Tributario.* Obtenido de <https://vicenteanaluisa.wordpress.com/2011/03/29/derecho-tributario-2/>

ANDRADE UBIDIA, S. (2006). o “*Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano*” (tercera ed.). Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial.

ARAUJO López, J. R. (s.f.). “*Títulos de Crédito, Derecho Mercantil*” . Recuperado el 2 de septiembre de 2014, de <http://blogs.monografias.com/ra-abogado/2009/07/07/titulos-de-credito-derecho-mercantil/>.

CONSTITUCION ESPAÑOLA. (Artículo 31).

AVILA SANTAMARIA, R. (2009). *Los retos en la exigibilidad de los derechos del buen vivir en el derecho ecuatoriano.* Quito: La proteccion judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

AVILÉS Pino, E. (s.f.). “*INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL*”,. Recuperado el 7 de enero de 2014, de <http://www.encyclopediadelecuador.com/temasOpt.php?Ind=1092&Let=>.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y CASTELLARES AGUILAR, Rolando. . (2000). *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores.* Lima: Gaceta Jurídica.

BEBECERRA, O. (s.f.). *Artículos sobre Derecho Constitucional y Ciencia Política.* Recuperado el 10 de MARZO de 2015

- Belluscio - Zanoni. (s.f.). *Significado Legal, Diccionario Juridico, BUENA FE, : que es tomado de Código Civil y leyes complementarias, Tomo 5, Ed. Astrea, 2º reimpresió*. Obtenido de <http://www.significadollegal.com/2008/11/cul-es-el-significado-de-buena-fe.html>
- BELLUSCIO-ZANONI. (1994). *Código Civil y leyes complementarias* (Vol. tomo 5). Astrea.
- BOCARANDA, L. (2015). *RELACION JURIDICA Y DOMICILIO FISCAL*. BARQUISIMETO.
- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (25ª ed.). Buenos Aires: Heliasta S.R.L. .
- Cabanellas, G. (s.f.). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. HELIASTA. 2003
- CALAMANDREI, P. (1996). *Introducción al estudio sistemático de las medidas cautelares*. . Buenos Aires: El foro.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto. (2005). *Prologo en, Ernesto Rey Cantor, Ángela Rey Anaya, Medidas Provisionales y Medidas Cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogota: temis.
- CARRION CUEVA, L. (2012). *“Medidas Cautelares Constitucionales”*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- CHIOVENDA, G. (1951).) *Instituciones de Derecho Procesal Civil, Volumen I Conceptos Fundamentales, Doctrina de las Acciones*,. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- CÓDIGO CIVI ECUADORL, R.O. 46-S, 24.06.2005. . (s.f.).
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL ECUADOR, R. O. 58-S, 12.07.2005. (s.f.).
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, R.O. 111-S, 09.03.2009. (s.f.).
- Codigo Procesal Civil Perú*. (s.f.).
- CODIGO TRIBUTARIO. (2009). Suplemento 38 de 14-jun-2005 Ultima modificación: 09-mar-2009 Estado: Vigente.
- Código Tributario Ecuatoriano artículo 16*. (s.f.).
- COUTURE, E. J. (1997). *“Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.
- CUÉLLAR SERRANO, N. G. (1998.). *”EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL ESPAÑOL*. Universidad de Castilla-La Mancha.
- DE LÁZZARI, E. (1995). *“Medidas Cautelares”*. La Plata Librería Editora Platense S.R.L. T. I.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. (2002). *Curso de Derecho Administrativo I*,. Madrid: Civitas Ediciones S.L., .
- ENCICLOPEDIA JURIDICA*. (s.f.). Recuperado el 10 de MARZO de 2015, de LA LEGALIDAD: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-legalidad/principio-de-legalidad.htm>

- ESPASA, J. (1860). *ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA EUROPEO AMERICANA ESPASA-CALPE*.
- FALCONÍ GARCÍA, J. (2005). *Doctrina Derecho Civil* ,. Recuperado el 1 de Diciembre de 2013, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechocivil/2005/11/24/las-medidas-cautelares-en-materia-civil>
- FALCONÍ, J. (2009). *LOS PRINCIPIOS RECTORES Y DISPOSICIONES FUNDAMENTALES QUE DEBEN OBSERVAR EN LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DEL ECUADOR SEGUN EL CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL*. QUITO: RODIN.
- FERNÁNDEZ, M. Á. (1985). *“Lecciones de derecho procesal III, La ejecución Forzosa, las Medidas Cautelares”*.. Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.
- GARCIA GUERRERO, S. (s.f.). *MEXICOLEGAL.com.mx*. Recuperado el 11 de Enero de 2015, de Ensayo Equidad Tributaria: <http://mexicolegal.com.mx/vp-ind.php?id=605&categoria=derecho>
- GARCIA VISCAINO, C. (s.f.). *Derecho Tributario, Consideraciones Económicas y Jurídicas, Tomo I*, (Vol. TOMO 1). DEPALMA.
- GARRIGUES, J. (1987). *Curso de Derecho Mercantil*. (Vol. 3). Bogota: Temis.
- GONZÁLEZ, L. (2012.). *“De los Títulos Valor, Guía Didáctica”*, . Loja,: UTPL,.
- GUALTIERI, Giuseppe y WINIZKY, Ignacio, Abeledo Perrot, . (1984). *“Títulos Circulatorios”* (Sexta ed.). Buenos Aires.
- HERRERA BRAVO, Rodolfo y NUÑEZ ROMERO, Alejandra. D. (1999). *erecho Informático*,. Santiago de Chile: La Ley Ltda.
- HUMANIUM ONG INTERNACIONAL*. (s.f.). Obtenido de DERECHO A LA LIBERTAD: <http://www.humanium.org/es/derecho-libertad/>
- JUNTA BANCARIA. Resolución No. JB-2013-2533. Art. 3.* . (s.f.).
- Legitimacion pasiva, diccionario jurídico mx*. (s.f.). Recuperado el 2 de septiembre de 2014, de [/www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=299](http://www.diccionariojuridico.mx/?pag=vertermino&id=299)
- Legitimacion procesal activa, de la Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Número: VII;* . (s.f.). Recuperado el 2 de septiembre de 2014, de
- Ley de Compañías. Ecuado. Codificación, R.O. 312, 13.10.2011.* (s.f.).
- LEY DE FOMENTO AMBIENTAL, R.O. 583, 24.11.2011. Disposiciones para el cobro eficiente de las acreencias del Estado. Considerando 1-2.* (s.f.).
- MACHICADO, J. (s.f.). *APUNTES JURIDICOS*. Recuperado el 19 de MARZO de 2015, de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/10/dertrib.html>

- MESSINEO, F. (1979). *“Manual de Derecho Civil y Comercial, Relaciones Circulatorias Singulares”*. (F. MESSINEO, Trad.) Buenos Aires: Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa- América.
- MONROY PALACIOS, J. J. (2002). *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. . Lima: Comunidad.
- MONTOYA ALBERTI, H. (2000). *Nueva Ley de Títulos Valores. Gaceta Jurídica*. Lima.
- MONTOYA MANFREDI, U. (1982). *Comentarios a la Ley de títulos Valores*. Lima: Desarrollo.
- MORALES, L. (2006). *LA DESMATERIALIZACIÓN DE LOS TITULOS*. GUATEMALA: UNIVERSIDAD SAN CARLOS DE GUATEMALA.
- MOYA, M. (2009). *Elementos de Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. CARACAS: MOBILIBROS.
- ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO. (s.f.). Recuperado el 3 de 10 de 2014, de www.wto.org/wto/ecom/ecom.htm
- ORTIZ, R. (2002). *El poder cautelar general y las medidas innominadas*. Caracas.
- PACHECO SOLANO, J. (2010). *LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO TRIBUTARIO ECUATORIANO*. CUENCA, AZUAY, ECUADOR.
- PATIÑO Ledesma, R. (2013). *“Sistema Tributario Ecuatoriano”* (tercera ed., Vol. 1). Cuenca: Universidad del Azuay.
- PATIÑO, R. (2013). *SISTEMA TRIBUTARIO ECUATORIANO TOMO PRIMERO PRINCIPIOS DEL DERECHO TRIBUTARIO Y RÉGIMEN TRIBUTARIO ADMINISTRATIVO*.
- PAZ Y MIÑO, M. (2010). *LOS TITULOS VALOR*.
- PEÑA NOSSA, L. (1992). *Curso de Títulos Valores*. Bogotá: Temis S.A.
- PÉREZ FONTANA, S. (1990). *TITULOS VALORES*. LIMA: CULTURAL CUZCO S.A.
- PEREZ LEAL, H. (1992). *TITULOS VALORES*. BOGOTA: FUNDACION JURIDICA COLOMBIANA.
- PÉREZ, H. (s.f.). *Títulos Valores*,. Colombia: Fundación Jurídica Colombiana.
- PERIS, P. (2011). *LECCION 5 LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO FINANCIERO 1*. Recuperado el 10 de Enero de 2015, de <http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/derecho-financiero-y-tributario-i/leccion5df.pdf>
- Pulido, C. B. (2011). *Diccionario Iberoamericano de derechos Humanos y Fundamentales*. Recuperado el 2015
- QUEVEDO Coronado, I. (2008). *“Derecho Mercantil”* (Tercera ed.).
- Rafael, O. (2002). *El poder cautelar general y las medidas innominadas*. Caracas.

- Ramírez, C. (2006). *Manual de Legislación Mercantil* .
- RAMOS PADILLA, C. (s.f.). *Teoría General de los títulos valor*. Recuperado el 28 de agosto de 2014, de boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulos/Titulos_Valores.doc
- RAMOS ROMEU, F. (2006). *Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico*. . Barcelona: Atelier.
- Resolución del IEES No. 434 del 8/2012*. (s.f.).
- RESOLUCIÓN NO. C. D. 301. 11/01/2010 IEES*. (s.f.).
- RODRIGUEZ, H. (2005). *Apuntes Básicos en materia de Títulos Valores*.
- RODRÍGUEZ, J. (1980). *Curso de Derecho Mercantil* (quinceava ed.). Mexico: Porrúa.
- SOLIS ESPINOZA, J. A. (1995). *Temas sobre derecho cartular*. . Lima : Idemsa. .
- TORRES MENDOZA, A. (2011). *Tesis final Magister en Derecho Procesal "Ámbito de aplicación y delimitación de las medidas cautelares de carácter civil frente a los principios del debido proceso y del derecho a la defensa"*. Guayaquil.
- Uria, R. (1992). *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas S.A.
- VALENTIN, G. (s.f.). *cita de PODETTI, Ramiro, r "Responsabilidad Por El Dictado de medidas cautelares"*. Recuperado el 2014 de septiembre de 1, de <http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/VALENTIN.pdf>
- VAN RYN, J. (1957). *Principes de droit comercial*. Bruxelles.
- Vázquez, M. (s.f.). *Colección Académica.- Régimen Tributario.-, Capítulo II. Principios Constitucionales, página 137-138* . FEDYE.
- VELEZ VARGAS, C. M., & “. (2002.). El título valor electrónico, Instrumento Negociable de la nueva era”. Colombia: ontificia Universidad Javeriana,. Obtenido de Organización Mundial del Comercio,: www.wto.org/wto/ecom/ecom.htm
- VICENTE Y GELLA, A. (1986). *LOS TITULOS DE CREDITO EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO POSITIVO*. ZARAGOSA.
- VILLANUEVA, C. (2013). *Temario Do Mercantil II TEMA 18 LOS TÍTULOS VALORES EN GENERAL*,. Obtenido de www.fernandodiezestella.com/derecho.../tema_18.pdf
- VILLAREAL, R. (2009). *"Medidas Cautelares: Instrumento de Protección de Derechos Humanos; Tesis Maestría en Derecho Constitucional*, . Quito: Universidad Andina Simon Bolivar.
- VIVANTE, C. (1895). , *"Tratado del Derecho Mercantil"*,, (Vol. vol. III). Madrid: REUS.
- ZABALA EGAS, J. (2013). *ALVARO NOBOA, La Pèrsecución Política y su Resistencia Constitucional*. Recuperado el 15 de diciembre de 2014, de <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFj>

AA&url=http%3A%2F%2Fwww.alvaronoboa.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2013%2F01%2F%25C3%2581lvaro-Noboa-La-persecuci%25C3%25B3n-y-su-Resistencia-Constitucional-Dr-Jorge-Zavala-Egas.pdf

Zafra, F. *EL HECHO GENERADOR O IMPONIBLE*. Recuperado el ENERO de 2015, de <http://derechotributari.blogspot.com/>

ZAVALA BAQUERIZO, J. (2002). *El debido proceso*. Guayaquil: Edino.

Códigos

CÓDIGO CIVIL, R.O. 46-S, 24.06.2005.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, R. O. 58-S, 12.07.2005

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, R.O. 111-S, 09.03.2009

CÓDIGO TRIBUTARIO, R.O. 38-S, 14.06.2005

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, PUBLICADO EN EL REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO NO. 544 DEL 9 DE MARZO DE 2009

Leyes

CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, R.O. 449, 20.10.2008

LEY DE COMPAÑÍAS, Codificación, R.O. 312, 13.10.2011.

LEY DE FOMENTO AMBIENTAL, R.O. 583, 24.11.2011

LEY DE MERCADO DE VALORES, R.O. 215-S, 22.02.2006

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL, R. O. 52- S, 22.10.2009

LEY ORGÁNICA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORABLES; R.O. 797,
26.09.2012

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL, R.O. 465, 30.11.2001

Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador y la Ley Reformatoria N° 2005-48, publicada esta última en el Registro Oficial N° 532, de 25 de febrero de 2005.

Reglamento

REGLAMENTO DE AFILIACIÓN Y CONTROL CONTRIBUTIVO, R.O. 128, N° C.D.301,
11.02.2010

Decretos

DECRETO NO. 18, R.O. 591, 18.03.1928; mediante éste Decreto se creó la Caja de Jubilaciones y Montepío Civil, Retiro y Montepío Militares, Ahorro y Cooperativa, institución de crédito con personería jurídica, organizada que de conformidad con la Ley se denominó Caja de Pensiones.

DECRETO SUPREMO NO. 40, R.O. 15, 10.07.1970. que transformó la Caja Nacional del Seguro Social en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Estatuto

ESTATUTO DEL IESS, R.O. 431-S, 07.05.1990

JURISPRUDENCIA

Sentencia Número 156-12-SEP-CC, Caso Número 1127-10-EP, “Recurso de amparo constitucional interpuesto en contra del juez de coactivas de la Empresa Metropolitana de Transporte”.

CONVENCION

Convención Interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares Codificación 1243 Registro Oficial Suplemento 153 del 25 de noviembre de 2005

ANEXOS

Anexo 1.

Juzgado provincial de coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Cuenca, 14 de Enero del 2015, a las 9h00

VISTOS. De la orden de cobro Nro. 31098847, que ha sido expedida por el señor Director Provincial del Azuay del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, aparece que ... RUC No. ... y su Representante Legal y/o patronal..., por sus propios derechos y por los que representa, adeuda (n) a esta Institución la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES DOLARES CON 60/100 (\$ 253.60), más intereses, multas y costas que se calcularán a la fecha de pago, por concepto de PLANILLA DE APORTES DESDE 2012-09 HASTA 2012-12; IECE Y SECAP. Y siendo tal orden de cobro suficiente Título de Crédito, y la obligación líquida, clara, pura, determinada y de plazo vencido, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 288 de la Ley de Seguridad Social en concordancia con el art. 298 del Estatuto del I.E.S.S; y, artículo 948 del Código de Procedimiento Civil vigente, en uso de mis atribuciones legales y en ejercicio de la Jurisdicción coactiva, INICIO el presente juicio de coactiva en contra de.... RUC No. ... y su Representante Legal y/o patronal..., por sus propios derechos y por los que representa, se manda que pague (n) o dimita (n) bienes en el término de TRES DIAS, apercibiéndole (s) que de no hacerlo, se embargarán bienes equivalentes a la deuda, intereses, multas y costas. Con el fin de precautelar los intereses de la Institución en mérito del Título de Crédito de fojas uno de los autos con lo cual queda demostrado la existencia de un crédito a favor del I.E.E.S. Dirección Provincial del Azuay, lograr el cobro de lo adeudado y solucionar jurídica y legalmente esta acción en cumplimiento de lo dispuesto en los Arts. 897, 907, y 909 del Código de Procedimiento Civil vigente y más pertinentes en concordancia con el art. 290 de la Ley de Seguridad Social dispongo como medida cautelar el BLOQUEO Y RETENCION de las cuentas CORRIENTES Y/O AHORROS que estuvieren o llegaren a estar en favor del coactivado, y/o de la empresa a la que representa hasta por un valor de QUINIENTOS TREINTA DOLARES, bloqueo que cubre el valor de la obligación liquidada a la fecha, más costas judiciales y se

verificará en Bancos en especial en los siguientes: Banco del Austro, Banco de Guayaquil, Banco de Machala, Banco Internacional, Banco Bolivariano, Banco del Pacífico; Banco del Pichincha, Produbanco, Banco Proamérica, Banco General Rumiñahui; así como también en Mutualistas Financieras, Cooperativas, para lo cual se notificará a la Intendencia de Bancos Regional Cuenca para que las rentas, créditos o bienes que tenga el coactivado y/o de la empresa a la que representa no puedan entregárselos sin la orden del Juzgado de Coactiva del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de la provincia del Azuay. Actúe como Secretaria, en el presente juicio para que lo dirija de acuerdo a la Ley, la señora doctora... Abogada Externa Contratada del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, quién hallándose presente acepta el cargo y jura desempeñarlo fiel y legalmente. Firmando para constancia con el suscrito Juez de Coactiva. El Instituto formula expresa y general reserva de sus derechos en contra de los obligados solidarios, conforme a las Leyes, Estatutos y Reglamentos vigentes. Se previene al demandado su obligación de señalar casilla judicial y/o el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico de un abogado para las notificaciones posteriores conforme lo establece el artículo 75 inciso primero del Código de Procedimiento Civil vigente. CÍTESE Y CÚMPLASE.

JUEZ DE COACTIVA

SECRETARIA ABOGADA²

OJO: VERIFICAR LA SECUENCIA DE LA NOTA DE PIE DE PÁGINA

²ARCHIVOS DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE SEGURIDAD SOCIAL, DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL AZUAY

propio mes y año, por el cual en su parte pertinente se concluye que: "...La facultad de los funcionarios ejecutores para dictar medidas cautelares, como el "arraigo o la prohibición de ausentarse" prevista en el Art. 164 del Código Tributario no vulnera el derecho a transitar libremente prevista en el numeral 14 del Art. 66 de la Constitución, por lo que no existe inconstitucionalidad por el fondo o material; pues es evidente que la administración tributaria, a través de estos funcionarios pueden hacer efectivos los principios de la política fiscal; como son los de eficiencia y simplicidad administrativa y suficiencia recaudatoria" (texto de sentencia citada).- Para la ejecución de las diligencias ordenadas en los numerales 1, 2, 3 y 4 se designa como depositario fiscal al CPA. XXXXXXXXXXXXXXX, quien encontrándose presente acepta el encargo encomendado prometiendo cumplirlo de manera fiel y apegada a la Ley.- Ofíciase a los señores: **a)** Superintendente de Bancos y Seguros y Superintendente de Economía Popular y Solidaria, para que envíen atento oficio a las Instituciones del sistema financiero bajo su control a fin de que procedan con la inmediata retención de fondos y créditos señalados; **b)** Representante legal de XXXXXXXXXXXXXXX; **c)** Registrador de la Propiedad del cantón Cuenca; **d)** Ministro del Interior-Dirección Nacional de Migración de la Policía Nacional; con el fin de que se ejecute de inmediato la medida cautelar correspondiente.- Intervenga en esta causa como Secretario Ad-Hoc el señor XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, quien deberá tomar inmediata posesión de su cargo y actuar en adelante en tal calidad.- Cítese con este auto de pago al señor XXXXXXXXXXXXXXX por las calidades que ostenta de representante legal y responsable solidario de XXXXXXXXX en el domicilio tributario señalado en la Calle: AV. XXXXXXXXXXX Número: XXXX Intersección: XXXXXXXXXXXZ Referencia ubicación: XXXXXXXXXXXX, del cantón CUENCA.- Ordénese el desglose de la documentación aparejada para efectos de cobro, la misma que será devuelta al área correspondiente.- Se le advierte al contribuyente de la obligación que tiene de señalar domicilio legal dentro del perímetro de esta jurisdicción para posteriores notificaciones.- **OFÍCIESE Y CÍTESE.**

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
RECAUDADOR ESPECIAL

Acepto la designación conferida de Secretario Ad-Hoc dentro de esta causa a partir de la presente fecha.- Cuenca, a XX de XXX de 2014, a las 09:03.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
SECRETARIO AD-HOC

Acepto la designación de Depositario Fiscal dentro de esta causa a partir de la presente fecha.- Cuenca, a XX de XXX de 2014, a las 09:03.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Depositario Fiscal

Proveyó y firmó la providencia que antecede el XXXXXXXXXXXXXXX, Recaudador Especial de la Dirección Regional Austro del Servicio de Rentas Internas.- Cuenca, a XX de XXX de 2014, a las 09:03.- **CERTIFICO.**

XXXXXXXXXXXX
SECRETARIO AD-HOC

El Estado ecuatoriano, para alcanzar el cumplimiento del principio de suficiencia recaudadora previsto en el artículo 306 de la Constitución, debe gozar de un ordenamiento jurídico que le permita actuar de manera eficiente y simple. Sobre la base de estas consideraciones, el Código Tributario establece la facultad que tienen los funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias para dictar medidas precautelatorias y entre ellas el arraigo y la prohibición de salir del país. Debe entenderse entonces que las disposiciones del Código Tributario están encaminadas precisamente a alcanzar los objetivos constitucionales de la política fiscal y cumplir con los principios constitucionales tributarios.

La denominación de jueces de coactiva se encuentra en más de un centenar de normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y siempre se ha entendido que los funcionarios públicos ejercen jurisdicción coactiva; por ello, no puede hablarse de que en la legislación ecuatoriana no se ha reconocido a estos funcionarios la calidad de jueces. Esta calidad se vuelve aún más importante en el Código Tributario, pues le toca al funcionario ejecutor o juez de coactivas el hacer efectivas las sentencias emitidas por los Tribunales Distritales de lo Fiscal, por así disponerlo el artículo 149 del Código Tributario, en concordancia con el artículo 157 del mismo cuerpo legal.

Se puede observar, entonces, que a diferencia de otros procesos en los que la ejecución de la sentencia es llevada a cabo por el mismo juez que tramitó el proceso, en el ámbito tributario este proceso de ejecución de la sentencia para lograr el cobro de obligaciones tributarias determinadas y liquidadas es totalmente distinto, pues se lo realiza a través de un funcionario ejecutor, y es por ello que el Código Tributario le da a este funcionario las mismas atribuciones que a un juez de la Función Judicial; de lo contrario, no tendría sentido otorgarle esta facultad de ejecutar una sentencia a un funcionario de la Administración, si este no va a gozar de las herramientas legales necesarias para lograr el cobro de la obligación, pues simplemente nadie acataría en modo alguno sus disposiciones; herramientas entre las que cuentan las denominadas medidas precautelatorias, mismas que de no contar el funcionario ejecutor, la eficiencia del trabajo se torna nula, y el principio de suficiencia recaudatoria, inaplicable, pues los contribuyentes en no pocas ocasiones esquivan su deber de tributar, haciendo uso de innumerables argucias, sean legales o no.

Estas medidas no significan de modo alguno un atentado a los derechos del contribuyente, pues de no estar de acuerdo con la acción coactiva, el contribuyente puede presentar un juicio de excepciones en contra de la misma, juicio que sustanciaría ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal, por lo que serían los magistrados de una de las salas de estos tribunales los que establezcan la pertinencia de levantar o no, a las referidas medidas cautelares. Además, debe tenerse en cuenta que la mayoría de las veces, y salvo descuido del administrado, la acción coactiva se ejerce cuando ya se han agotado las instancias administrativas y judiciales interpuestas por el deudor, luego de que este ha ejercido su derecho a la defensa y luego de que se ha declarado, en sentencia ejecutoriada en firme, la obligación tributaria.

De la lectura del Código Tributario se entiende claramente que está dirigido a proteger por un lado los derechos de los

contribuyentes, estableciendo las normas para la actuación de la Administración Tributaria, pero por otro, también se establecen los mecanismos necesarios para que las administraciones tributarias puedan, en el momento legal oportuno, ejercer un cobro eficiente de tributos, caso contrario se produciría un desbalance legal que permitiría ejercer al contribuyente en las etapas administrativas y judiciales su derecho a la defensa, pero no permitiría a la administración un cobro seguro y eficiente de los tributos líquidos y determinados.

Por lo anterior, resulta extraño que luego de más de treinta años de la promulgación del Código Tributario, se pretenda la inconstitucionalidad de una de sus normas, sobre todo cuando de acuerdo a la Constitución de la República, la administración tributaria se rige también por los principios de eficiencia y simplicidad administrativa. El no gozar de las herramientas legales que le permitan alcanzar sus objetivos, solamente otorgaría a los contribuyentes morosos mayores oportunidades para evadir o dilatar el cumplimiento de su deber constitucional de cumplir con el pago de sus tributos. Solicita que se deseché la demanda de inconstitucionalidad.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

El Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, es competente para concebir y resolver el presente caso, de conformidad con lo previsto en el numeral 2 del artículo 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 75 numeral 1, literal f), de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Determinación de los problemas jurídicos a resolverse

Previo a efectuar el examen de constitucionalidad de la norma acusada, la Corte Constitucional, para el período de transición, estima necesario sistematizar los argumentos planteados en el caso a partir de los siguientes problemas jurídicos: a) Sentido y alcance del control constitucional por el fondo y por la forma; b) La disposición de la norma tributaria que se impugna, siendo anterior a la Constitución de la República, ¿vulnera lo previsto en el artículo 133 de la Constitución de la República, si consideramos que dicha norma regula el derecho a entrar y salir del país?; y, c) El funcionario ejecutor que asume la calidad de juez competente para ordenar o disponer la prohibición de salida del país de ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, ¿vulnera el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución de la República?

Consideraciones de la Corte Constitucional, para el período de transición, sobre los problemas jurídicos identificados

El artículo 436 de la Constitución de la República establece:

"Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de lo que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

2.- Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado”.

De la norma constitucional transcrita se infiere, sin duda alguna, que la acción pública de inconstitucionalidad puede ser impugnada por la forma o por el fondo, o por ambas a la vez.

En la especie, es evidente que los demandantes han activado la acción pública de inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la frase“(...) El arraigo y la prohibición de ausentarse (...)”, del artículo 164 del Código Tributario.

Por su parte, el artículo 439 de la Constitución de la República señala:

“Art. 439.- Las acciones constitucionales podrán ser presentadas por cualquier ciudadana o ciudadano individual o colectivamente”.

La disposición transcrita, que contiene una amplísima garantía para el ejercicio de la acción constitucional, no contiene restricción de ninguna naturaleza; esto es que para impugnar un acto normativo de carácter general, mediante la acción pública de inconstitucionalidad, quien compete no tiene la obligación de justificar calidad alguna para activarla.

Así, entonces, oponer medio de defensa relacionado con el tema de la legitimación activa resulta totalmente irrelevante; y por otro, esto es, respecto a la norma legal que se impugna, es evidente que se trata de un acto normativo de efectos generales, *erga omnes*.

a) Sentido y alcance del control constitucional por el fondo y por la forma

Los accionantes demandan la inconstitucionalidad por la forma y el fondo de la frase: “(...) El arraigo y la prohibición de ausentarse (...)”, del artículo 164 del Código Tributario. Por la forma, en cuanto se habría contrariado el numeral segundo del artículo 133 de la Constitución de la República que establece que deben expedirse leyes orgánicas cuando se regula el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales; en este caso del derecho a transitar libremente dentro del territorio nacional y fuera de él. Por el fondo, en tanto se vulnera el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución que establece: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición del país sólo podrá ser ordenada por juez competente”.

En líneas generales, el control de constitucionalidad abstracto es aquella competencia que tiene la Corte para establecer si una determinada ley es compatible o no con la Constitución. Tal control puede adoptar en esencia dos análisis: Uno de forma y otro de fondo o material. El control constitucional de forma examina si el acto

normativo impugnado adolece de vicios de procedimiento en su proceso de formación, conforme lo determina el texto constitucional; este control permite establecer en definitiva si la ley se ajusta al procedimiento legislativo establecido en la Constitución. El análisis de fondo o material analiza el acto normativo impugnado en función de posibles regulaciones contrarias a las normas y derechos singularizados en la Constitución.

b) La disposición de la norma tributaria que se impugna, siendo anterior a la Constitución de la República, vulnera a la previsto en el artículo 133 de la Constitución de la República, si consideramos que dicha norma regula el derecho a entrar y salir del país?

Según los recurrentes se viola el numeral segundo del artículo 133 de la Constitución, que señala que debe asignarse la calidad de leyes orgánicas cuando se trate de regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, y en el caso del Código Tributario se trata de una Ley ordinaria. Es evidente que el argumento planteado por los accionantes carece de sustento constitucional y legal, en tanto es evidente que la Ley que según los accionantes fue expedida en el Suplemento del Registro Oficial N.º 38 del 14 de junio del 2005, responde a la Constitución que, como es lógico, estuvo vigente a la fecha; en otras palabras, alegar tal supuesto, supondría que todas las leyes emitidas con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución son inconstitucionales por la forma, lo cual a todas luces resulta inconcebible.

No obstante, es necesario precisar que el Código Tributario sí tiene el carácter de Ley Orgánica. Al respecto, la Asamblea Constituyente, en ejercicio de las atribuciones previstas en el artículo 2 del Mandato Constituyente N.º 1, publicado en el Registro Oficial N.º 223 del 30 de noviembre del 2007, dictó la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial N.º 242 del 29 de diciembre del 2007, misma que en la Segunda Disposición Final señala: “SEGUNDA.- A partir de la publicación de la misma en el Registro Oficial, el Código Tributario tendrá categoría de Ley Orgánica y sus disposiciones prevalecerán sobre cualquier cuerpo de ley que tenga categoría de General, anterior o posterior, que se le oponga”.

Es decir, a partir del 30 de noviembre del 2007, el Código Tributario tiene la jerarquía de Ley Orgánica. Es más, es el mismo Código Tributario en relación a su supremacía que señala: “Art. 2.- Supremacía de la normas tributarias. Las disposiciones de este Código y de las demás leyes tributarias, prevalecerán sobre toda otra norma de leyes generales. En consecuencia, no serán aplicables por la administración ni por los órganos jurisdiccionales las leyes y decretos que de cualquier manera contravengan este precepto”. Es decir, dichas normas no solo que determinan el carácter orgánico del Código Tributario sino que también la supremacía de la norma tributaria respecto de las que la contravengan, lo cual no obstante ser anterior a la Constitución de la República, es concordante con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución de la República, pues es evidente que dicha norma regula el ejercicio de un derecho y garantía constitucional, cuál es una de sus exigencias, determinando al funcionario ejecutor como juez competente para dictar medidas cautelares, entre

ellas, la de ordenar la prohibición de salida del país dentro de la acción coactiva, y en virtud de su supremacía, prevalece sobre las leyes ordinarias.

Por lo expuesto, carece de sustento constitucional y legal el argumento de los accionantes al pretender atribuir una inconstitucionalidad por la forma, a la frase el arraigo o la prohibición de ausentarse del artículo 164 del Código Tributario, materia de impugnación.

c) El funcionario ejecutor que asume la calidad de juez competente para ordenar o disponer la prohibición de salida del país de ciudadanos ecuatorianos y extranjeros, ¿viene el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución de la República?

El artículo 164 del Código Tributario textualmente señala:

"164. Medidas precautelatorias.- El ejecutor podrá ordenar, en el mismo auto de pago o posteriormente, el arraigo o la prohibición de ausentarse, el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar bienes.

Al efecto, no precisará de trámite previo.

El coactivado podrá hacer cesar las medidas precautelatorias, de acuerdo a lo previsto en el artículo 248 de este Código.

En caso de que el sujeto activo afectado por la imposición de las medidas cautelares mencionadas en el inciso primero, impugne la legalidad de las mismas, y en sentencia ejecutoriada se llegare a determinar que dichas medidas fueron emitidas en contra de las disposiciones legales consagradas en este código, el funcionario ejecutor responderá por los daños que su conducta haya ocasionado, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar" (la frase resaltada constituye materia de impugnación).

Para el análisis de la pretendida inconstitucionalidad por el fondo, se hace necesario tener presente lo manifestado por el patrocinador del presidente constitucional de la república, quien señala que es necesario enmarcar a la norma citada dentro del contexto en la cual se encuentra; es decir, en la sección correspondiente al procedimiento administrativo de Ejecución, que se encuentra ubicado en el Libro Segundo del Código Tributario, que trata de los procedimientos tributarios, que no son los mismos que los que establece el Código de Procedimiento Civil para el procedimiento coactivo de entidades públicas que no son administraciones tributarias. Esto último debido a que las normas del Código Tributario persiguen un fin superior distinto al que persiguen otras entidades del sector público. Debe entenderse enlonce, que las normas del Código Tributario están encaminadas a establecer los conceptos y procedimientos que permite la actuación de la administración tributaria que son el sustento económico presupuestario del Estado y de los Gobiernos Seccionales. Lo expresado debe mirarse dentro del contexto de los principios tributarios establecidos en el artículo 285 de la Constitución que propician: "(...) 2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados (...)" . Por lo tanto, los tributos son los medios o instrumentos necesarios para conseguir la redistribución

de la riqueza; por ello, para su ejecución, deben tener las herramientas legales necesarias que permitan alcanzar los objetivos constitucionales de la política fiscal.

Conforme el artículo 300 ídem, el régimen tributario se rige por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Para alcanzar el cumplimiento de este último, el Estado debe gozar de un ordenamiento jurídico que le permita actuar de manera rápida y eficiente.

Con fundamento en las consideraciones que preceden es claro que el Código Tributario establece la facultad que tienen los funcionarios recaudadores de las administraciones tributarias para dictar medidas precautelatorias como el arraigo y la prohibición de ausentarse del país. La denominación de jueces de coactiva, cuestionada por los accionantes, se encuentra en múltiples normas del ordenamiento jurídico, generando como es lógico, una suerte de cortidumbre de que los funcionarios ejecutores son los que ejercen la jurisdicción coactiva, por ello, la denominación de jueces de coactiva. En definitiva, las disposiciones del Código Tributario están orientadas a alcanzar los objetivos constitucionales de la política fiscal, en función del cumplimiento de los principios tributarios previstos en la Constitución.

La calidad de jueces asume mayor relevancia cuando al funcionario ejecutor o juez de coactivas le corresponde hacer efectivas las sentencias emitidas por los Tribunales Distritales de lo Fiscal, por así disponerlo el artículo 149 del Código Tributario, que establece: "Los títulos de crédito u otros de cobro se emitirán por la Autoridad competente de la respectiva Administración cuando la obligación fuere determinada y líquida, sea a base de catastros (...) o de sentencias del Tribunal Distrital de lo Fiscal, cuando modifiquen la base de liquidación o dispongan que se practique nueva liquidación (...)", dicha norma es concordante con el artículo 157 ídem, que trata de la ejecución coactiva.

Como se puede apreciar, a diferencia de otros procesos en los que la ejecución de la sentencia es llevada a cabo por el mismo juez que tramitó la causa, en el ámbito tributario este proceso de ejecución de la sentencia es distinto; esto se explica en la medida de que el funcionario ejecutor debe lograr el cobro de obligaciones tributarias determinadas y líquidas de manera simple y diligente, haciendo efectivo el principio de suficiencia recaudatoria; por ello, insistimos, el legislador le ha otorgado al funcionario ejecutor la calidad de juez, calidad que como vemos, no es fortuita, se ejerce a partir de las facultades sancionadora y recaudadora de la autoridad, cuestión que no se puede confundir con la potestad jurisdiccional otorgada a la Función Judicial; es decir, son facultades propias de la naturaleza de la administración, cuyo objetivo último es el acatamiento de sus decisiones administrativas derivadas del principio de legalidad.

En este sentido, conviene preguntarse: ¿Qué sentido tendría otorgarle al funcionario ejecutor la calidad de juez, si este no dispondría de las herramientas como las denominadas medidas precautelatorias como el arraigo y la prohibición de ausentarse, mismas que son indispensables para el cobro

de las obligaciones tributarias?, la respuesta es simple: Ninguna, lo que es peor, nadie acataría sus disposiciones.

Por lo tanto, las medidas precautelatorias dictadas por el funcionario ejecutor de modo alguno atentan contra el derecho a transitar libremente, previsto en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución, si consideramos que al no estar de acuerdo con la acción coactiva se puede presentar un juicio de excepciones ante los Tribunales Distritales de lo Fiscal, los que establecerían la pertinencia de levantar o no las medidas precautelatorias; es más, conforme consta en el mismo texto del artículo 164 materia del análisis, el conativado puede hacer cesar las medidas conforme el artículo 243 del mismo Código Tributario.

Como corolario de lo anterior, es necesario tener presente la parte pertinente de la sentencia interpretativa N.º 001-08-SI-CC, de esta Corte, misma que fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial N.º 479 del 02 de diciembre del 2008, que señala: "A la luz de la disposición derogatoria de la Constitución, en un contexto de mutación constitucional como el que vive el Ecuador, la vigencia de la nueva Carta, no puede implicar la desinstitucionalización del país, es por ello, que en aplicación de los principios de conservación del derecho y armonización constitucional, todas las normas preconstitucionales que no sean contrarias al texto constitucional mantienen su vigencia, mientras no sean reemplazadas por una nueva legislación post-constitucional (...)"

Conclusión

En conclusión, se puede afirmar entonces, que la facultad que tienen los funcionarios ejecutores para dictar medidas precautelatorias, como "el arraigo o la prohibición de ausentarse", prevista en el artículo 164 del Código Tributario, no vulnera el derecho a transitar libremente previsto en el numeral 14 del artículo 66 de la Constitución, por lo que no existe inconstitucionalidad por el fondo o material; pues es evidente que la administración tributaria, a través de estos funcionarios, puede hacer efectivos los principios de la política fiscal como son los de eficiencia y simplicidad administrativa y suficiencia recaudadora.

No se explica de otra manera que el Código Tributario desde su vigencia, haya previsto la posibilidad de que los funcionarios ejecutores, como jueces de coactiva que son, gocen de las herramientas legales que les permita efectivizar el cobro de tributos cuando los contribuyentes morosos se desentienden de sus obligaciones tributarias, en esa medida mal puede acusarse que la frase el arraigo o la prohibición de ausentarse vulnera el derecho constitucional a transitar libremente por el territorio nacional.

Utilización de precedentes

Los accionantes respecto a supuestos "precedentes", citan varias acciones de amparo emitidas por anteriores y actuales miembros del extinto Tribunal Constitucional y actual Corte Constitucional, en las que, según su afirmación, los funcionarios ejecutores no son jueces y consecuentemente no pueden prohibir la salida del país. Al respecto, cabe precisar que según lo manifestado por esta Corte en

reiterados fallos, este tipo de problemática puesta a consideración de la Corte Constitucional requiere un mínimo de demostración argumentativa del cargo que se propone. Esto se explica en la medida de que no es dable resolver sobre aspectos vagos, dispersos, abstractos que nos permitan establecer y desarrollar el pensamiento jurídico de la Corte hacia los casos futuros y con efectos de generalidad. En otras palabras, el mínimo de demostración argumentativa del cargo que se pone en consideración de la Corte, ayuda a determinar cuál es el problema en concreto que debe resolver, mediante el análisis constitucional. Por esta razón, las citas, así planteadas, nos relevan de un pronunciamiento al respecto.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, en ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Negar la acción de inconstitucionalidad presentada.
2. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Braunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinuceza, Ruth Saní Pincargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate, Nina Pacari Vega y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del día martes diez y siete de abril del dos mil doce. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 4 de julio del 2012.- f.) Ilegible, Secretaria General.

CAUSA 0050-09-IN

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día lunes once de junio de dos mil doce.- Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 4 de julio del 2012.- f.) Ilegible, Secretaria General.