

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

**La acción rescisoria pauliana como mecanismo de rescisión contractual:
regulación en la legislación ecuatoriana, alcances y aplicación práctica**

Trabajo de titulación previo a la
obtención del título de Abogada

Autor:

Amanda del Cisne Jaramillo Monteros

Director:

Edgar Geovanny Sacasari Aucapiña

ORCID: 0009-0006-9221-8550

Cuenca, Ecuador

2023-03-07

Resumen

La presente investigación analiza a la acción rescisoria pauliana, institución del derecho civil, desde su construcción gramatical y jurídica, pues desarrolla todos los conceptos en ella incluidos, como requisitos para su procedencia, siendo estos: la cesión de bienes, el concurso de acreedores, la acreencia, la naturaleza de los contratos onerosos, los principales, accesorios, y gratuitos, así como la mala fe, elementos indispensables para que esta institución logre tener éxito una vez propuesta ante la administración de justicia. Se plantean las principales dificultades con las que se encuentran los acreedores al momento de plantear su demanda, mismas que curiosamente nacen de criterios adoptados por las altas cortes del país, pero además de la propia lectura de su regulación, contenida en el artículo 2370 del Código Civil. En tal sentido, lo que se ha pretendido a través de este estudio, mismo que es de carácter teórico – práctico, es, que, a raíz de su análisis, así como de la revisión estadística de su éxito y fracaso en las unidades judiciales del cantón Cuenca, podamos proponer criterios que colaboren a su comprensión, así como a la correcta proposición de la acción rescisoria pauliana en juicio.

Palabras clave: deudor, acreedor, mala fe, contrato, rescisión

Abstract

This research analyzes the Paulus's rescissory action, an institution of civil law, from its grammatical and legal construction, since it develops all the concepts included in it, as requirements for its proceeding, being these: the assignment of assets, the creditors' contest, the creditor, the nature of onerous contracts, the main, accessory and gratuitous contracts, as well as bad faith, indispensable elements for this institution to succeed once it is proposed before the administration of justice. The main difficulties encountered by the creditors at the time of filing their claim are presented, which curiously arise from criteria adopted by the high courts of the country, but also from the reading of its regulation, contained in article 2370 of the Civil Code. In this sense, the purpose of this study is that, as a result of its analysis, as well as the statistical review of its success and failure in the judicial units of the canton of Cuenca, we can propose criteria that collaborate to its understanding, as well as to the correct proposal of the Paulus's rescissory action in trial.

Keywords: debtor, creditor, bad faith, contract, rescission

Índice de contenidos

| | |
|---|----|
| Introducción..... | 8 |
| Capítulo I:..... | 11 |
| Nociones Preliminares | 11 |
| 1.1. El concepto de contrato. | 11 |
| 1.2. Contratos Unilaterales y Bilaterales..... | 11 |
| 1.3. Contratos Onerosos y Gratuitos: | 12 |
| 1.4. Requisitos de la esencia de los contratos. | 12 |
| 1.5. El dolo, la mala fe y el fraude..... | 13 |
| 1.6. El concepto de nulidad de contrato: clases y efectos. | 15 |
| 1.7. La naturaleza de las estructuras contractuales y los efectos de la rescisión en cada una de ellas. | 16 |
| 1.8. La Acción Rescisoria Paulina: origen, concepto y construcción jurídica dentro del código civil. | 18 |
| 1.9. La simulación contractual y su relación con la acción rescisoria pauliana:..... | 19 |
| Capítulo II..... | 21 |
| Naturaleza Jurídica de la Acción Rescisoria Pauliana..... | 21 |
| 2.1. Elementos..... | 21 |
| 2.2. Momento para proponerla:..... | 22 |
| 2.2.1. Antes de la cesión de bienes:..... | 22 |
| 2.2.2. Antes del inicio del concurso | 24 |
| 2.2.3. Requisitos de procedibilidad de la acción: revisión de fallos de altas cortes y criterios doctrinarios. | 27 |
| 2.3. Declaraciones de voluntad sobre los cuales puede pretenderse la rescisión | 34 |
| 2.3.1. Contratos Onerosos..... | 35 |
| 2.3.2. Contratos accesorios a los onerosos | 36 |
| 2.3.3. Casos especiales: anticresis y patrimonio familiar | 37 |
| 2.3.4. Contratos celebrados a título gratuito | 38 |
| 2.3.5. Capitulaciones matrimoniales: resolución Nro. 137-2014 de la Corte Nacional de Justicia..... | 39 |

| | |
|---|----|
| Capítulo III..... | 43 |
| Análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción rescisoria pauliana: estudio de su aplicación en el cantón Cuenca, en el período 2018-2022..... | 43 |
| 3.1. Fraude pauliano: requisitos para demostrarlo | 43 |
| 3.1.1. Perjuicio | 43 |
| 3.1.2. Fraude..... | 43 |
| 3.2. Registro histórico de demandas planteadas en la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Cuenca: años 2018 a 2022..... | 45 |
| 3.2.1. Año 2018..... | 46 |
| 3.2.2. Año 2019..... | 47 |
| 3.2.3. Año 2020..... | 47 |
| 3.2.4. Año 2021 | 48 |
| 3.2.5. Año 2022:..... | 48 |
| 3.3. Resultados obtenidos..... | 48 |
| 3.3.1. Interposición de la acción: | 48 |
| 3.3.2. Perjuicio y el acogimiento del criterio de la necesidad de un mandamiento de ejecución incumplido: | 49 |
| 3.3.3. Prueba de la mala fe:..... | 51 |
| 3.4. Recopilación de criterios | 53 |
| 3.4.1. En referencia a la necesidad de un proceso previo, como prueba de la acreencia: | 53 |
| 3.4.2. Sobre el mandamiento de ejecución: | 54 |
| Conclusiones..... | 56 |
| Recomendaciones | 58 |
| Referencias | 59 |

Dedicatoria

A mis padres, Blondel y Guisela, por su apoyo incondicional, siendo luz y guía a lo largo de estos años de estudio. A Marianita, por su amor y cuidado a lo largo de mi vida. A mi abuelo Nietzsche, por sus quijotescas enseñanzas.

Agradecimiento

Agradezco al director del presente trabajo de titulación, el Doctor Geovanni Sacasari, quien gentil y desinteresadamente ha brindado su guía y apoyo en el presente trabajo, y que también sido un verdadero maestro durante el transcurso de mi carrera.

A mis padres, por su apoyo incondicional.

A mis amigos, por tantas aventuras y gratos recuerdos de nuestra vida universitaria.

También agradezco a Andrés, por ser mi pilar durante estos últimos meses.

Así mismo, agradezco a la familia Jaramillo Loaiza. Gracias Marianita, Abdón, Gabriela, Francisco, Marcelo, Karla, Sandra, Gustavo y Evelina, por cuidar de mí como lo han hecho.

Y agradezco a Tito, mi leal compañero de vida.

Introducción

Una obligación puede ser definida como una "situación jurídica de cooperación concreta, entre el deudor que se obliga a cumplir una prestación patrimonial a favor del acreedor, la misma que estaría dirigida a la satisfacción de un interés que puede ser patrimonial o no patrimonial" (Mendizábal Gallegos, 2015, pág.8). Decimos entonces que nace del vínculo jurídico por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer algo, sabiendo que estas obligaciones tienen, en su mayoría, trascendencia económica, y que, en caso de su incumplimiento, se puede acudir a la administración de justicia para forzar al deudor a honrarlas.

En el ámbito civil, estas tienen origen en seis tipos de fuentes: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, y la ley como fuentes clásicas, contenidas en los artículos 1453 y 2184 del Código Civil), así como el enriquecimiento injustificado, sin sustento sustantivo, por ser una acción de carácter residual, y el Abuso del Derecho, producto de la reforma a la norma *ibidem* en el año 2012, incluida en el artículo 36.1 de dicho código.

Cuando los acreedores acuden a la administración de justicia para obligar a sus deudores a honrar sus obligaciones, a través de las diversas acciones consagradas en el sistema legal, (por citar algunos ejemplos, a través de un juicio ejecutivo, en obligaciones de dar, o el cumplimiento de un contrato, en obligaciones de hacer) pueden lograr obtener resultados favorables, mismos que son plasmados en una sentencia, dictada por un juez, figura que detenta tanto de jurisdicción, como de la competencia necesaria para el efecto.

Posteriormente, y de conformidad a las reglas del sistema procesal, se dictará un mandamiento de ejecución, que contiene la orden de dar cumplimiento a las obligaciones contenidas en dicha sentencia, sean estas de dar, de hacer, o de no hacer. Ahora bien, quienes buscan mecanismos para esquivar el cumplimiento de sus obligaciones, y concretamente de aquellas que nacen del contrato como fuente de las mismas, amparadas por el derecho general de prenda, pueden, en un acto de mala fe, transferir el dominio de sus bienes, a fin de evitar la ejecución forzosa de la orden judicial, dejando al acreedor en un ambiente de perjuicio.

Ante este acto de mala fe, el legislador ecuatoriano ha previsto la acción rescisoria pauliana, consagrada en el artículo 2370 del Código Civil, como un mecanismo de defensa para ser usado por los acreedores que se ven perjudicados por este accionar, existiendo la posibilidad de nulificar los actos y contratos celebrados con la finalidad de eludir el cumplimiento de obligaciones civiles. Sin embargo, la aplicación práctica de la acción resulta problemática por cuanto existe diversidad de criterios sobre su propia construcción gramatical, y su

construcción jurídica, tornando complicado obtener resultados favorables en la administración de justicia.

Dicha problemática gira en torno a cuestiones como el momento en el que puede ser propuesta, pues existen criterios, tanto doctrinarios como de las altas cortes, en los que no existe unanimidad con respecto al momento en el que la acción puede ser planteada, pues tales criterios sugieren la necesidad de obtener una sentencia ejecutoriada previamente, cuyo mandamiento de ejecución se encuentre incumplido, así como la complejidad de obtener mecanismos probatorios para la base de esta institución, que es probar la existencia de mala fe, dependiendo del acto o contrato que se pretende rescindir.

En tal sentido, la acción se ha vuelto casi inoperante, y no ha sido preferida por los acreedores afectados por la mala fe, consecuencia que se intuye si tan solo centramos su aplicación en la jurisdicción de la ciudad de Cuenca, pues de 2018 a la presente fecha, se han planteado solamente, de manera aproximada, únicamente veinte demandas por acción rescisoria pauliana, así como de las decisiones jurisdiccionales tomadas en dichas causas, en las que, en su mayoría, han sido desfavorables para el accionante (esto es, declarando sin lugar la respectiva demanda).

Si la acción fuera analizada y las dudas sobre su aplicación fueran resueltas, se volvería más viable, podría ser aplicable de mejor manera y beneficiar así a los acreedores que se han visto perjudicados a través de los negocios fraudulentos de sus deudores.

Por tales razones, lo que se pretende a través de la presente investigación, es brindar criterios que orienten a la comprensión de la acción rescisoria pauliana a nivel técnico procesal, definiendo cuales son los problemas existentes en la construcción de esta institución jurídica dentro del código, de manera que su tratamiento en la administración de justicia, tenga mayores probabilidades de obtener resultados favorables en la práctica.

Con fundamento en lo antes expuesto, la presente investigación se desarrolla a través de tres capítulos, mismos que se integran de la siguiente manera: el primero, de nociones preliminares, donde se realiza una aproximación teórica sobre el concepto de contrato, los tipos de contrato, las acciones de nulidad consagradas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los conceptos de dolo y mala fe, la simulación contractual, y una pequeña introducción a la acción rescisoria pauliana como un tipo especial de nulidad.

El segundo capítulo explora las características de la acción pauliana, su ámbito de aplicación, así como las deficiencias que se encuentran en su construcción jurídica. Se hace una revisión de los principales fallos dictados tanto por la ex Corte Suprema de Justicia, como por la Corte

Nacional de Justicia, sobre los elementos que se consideran confusos en razón de su aplicación.

Finalmente, el tercer capítulo incluye estadísticas sobre la propuesta de la acción en la administración de justicia, y los resultados obtenidos en sentencia, brindando algunas recomendaciones que amplíen la viabilidad de la acción rescisoria pauliana en la práctica, así como esgrimiendo las conclusiones pertinentes relacionadas al tipo de investigación, misma que es de carácter teórico. Para el correcto desarrollo de esta investigación, se ha formulado la siguiente pregunta: ¿Por qué se presentan dificultades prácticas en relación a los requisitos de procedibilidad de la acción rescisoria pauliana, a la luz del artículo 2370 del Código Civil?

Capítulo I

Nociones Preliminares

1.1. El concepto de contrato.

Comenzamos explicando que la legislación ecuatoriana incluye al concepto de contrato dentro del artículo 1454 del Código Civil, y nos dice que el mismo, en primer lugar, es un sinónimo de convenio, y que es "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

La definición es propia del derecho francés, siendo atribuida a Pothier (consejero de Napoleón). Sin embargo, este concepto no es adecuado, sino que es preciso para la definición de obligación, ya que esta es la situación jurídica que a la postre, implica el dar, el hacer o la abstención de realizar determinada conducta. Esta puede definirse como aquella que "se concede a una persona (acreedor) la facultad de exigir de otra (deudor) una prestación, para cuyo cumplimiento el deudor da en prenda todos sus bienes presentes y futuros" (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, Pág. 2, 1998).

El contrato, por su lado, vendría a ser una especie de convenio, en la que nacen obligaciones y derechos, pues los términos convenio y contrato no deben verse como sinónimos: una convención busca que dos o más personas formen entre ellas un compromiso (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, Pág. 49, 1998) en el que nacen, se extinguen o modifican obligaciones, mientras que, el contrato es una convención busca que se creen obligaciones y derechos, Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 1998) por regla general de trascendencia económica, sin perjuicio de que nazcan obligaciones de otro tipo.

1.2. Contratos Unilaterales y Bilaterales

Tanto el Código Civil como diversos autores han clasificado a los contratos de múltiples maneras. La más común, es la que los divide en bilaterales y unilaterales. Su distinción encuentra acervo legal en el artículo 1455 de la norma ibidem, que se realiza en virtud de las partes que se obligan, estableciendo que un contrato bilateral es aquel que en el que se crean obligaciones para cada uno de los contratantes, mientras que en el unilateral "una de las partes se obliga para con la otra, que no contrae obligación alguna" (Código Civil, art. 1455, 2015).

Esta clasificación es exclusivamente del contrato, no del negocio jurídico unilateral y bilateral, mismos en los que se mira la formación de estos, no sus efectos, es decir, a las obligaciones que generan. (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, Pág. 51). El negocio jurídico se clasifica en estos dos grupos, dependiendo de quienes declaren su voluntad en virtud de los mismos,

siendo bilaterales si exigen el concurso de dos declaraciones de voluntad, que emanen de partes diferentes, y son unilaterales si es suficiente una sola.

El contrato, por su parte, es un tipo de negocio jurídico (ya que esta denominación contiene a los actos, contratos, convenios y cuasicontratos), es unilateral si una de las partes se obliga, y bilateral si los dos lo hacen. Pese a que la norma no lo explique, debemos recordar que el contrato tiene como consecuencia propia el nacimiento de obligaciones, que son, por excelencia, de índole patrimonial. Sin embargo, el que un contrato sea celebrado a título gratuito, no implica que solo una de las partes tenga obligaciones, pues la otra también puede tenerlas, la diferencia entre una y otra es que las últimas no necesariamente tienen trascendencia económica.

Así, los donatarios tienen la obligación de ser gratos con su donante, caso contrario, de encontrarse en una de las conductas que constan dentro del artículo 1444, podría ser declarado un donatario no grato, y revocarse la donación; por otro lado, el comodatario tiene como obligación el cuidar la cosa dada en préstamo gratuito (artículo 2081 CC), el mandatario el de rendir cuentas, y así los ejemplos podrían ser interminables.

1.3. Contratos Onerosos y Gratuitos:

El artículo 1456 del Código Civil, nos dice que el contrato es "gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro" (Código Civil, 2015). Alessandri, Somarriva y Vodanovich (1998, pág.155) señalan que dicha clasificación del contrato, entendido como acto enteramente patrimonial, implica que "el acto a título oneroso implica enriquecimiento y empobrecimiento recíprocos; el acto a título gratuito produce enriquecimiento para una de las partes y empobrecimiento de la otra".

1.4. Requisitos de la esencia de los contratos.

Los contratos están formados de tres tipos de elementos o requisitos, siendo estos los esenciales, los naturales y los accidentales. Para efectos de nuestra investigación, es preciso estudiar a los esenciales, ya que la acción rescisoria pauliana es un tipo de rescisión especial que tiene lugar cuando uno de dichos elementos se encuentra afectado: nos referimos a la voluntad, sobre la base de la mala fe.

En tal sentido, los elementos esenciales de los contratos son aquellos sin los cuales estos, o no surten efectos, o se degeneran en un contrato diferente (Código Civil, art. 1460, 2015). Estos pueden ser generales (esto es, que se aplican a todo contrato) o pueden ser especiales

a contratos específicos, por citar dos ejemplos, el precio en la compraventa, o el valor del canon en el contrato de arrendamiento.

Uno de los elementos esenciales es, según lo que establece el artículo 1461 de la norma *ibidem*, es la voluntad libre de vicios, siendo vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo (Código Civil, art.1467, 2015). La presencia de uno de ellos afecta de nulidad relativa al negocio jurídico en el que se encuentran, ya que este elemento esencial si se encuentra presente en el contrato, pero de manera imperfecta, y si el mismo no estuviera presente, el contrato sería absolutamente nulo.

1.5. El dolo, la mala fe y el fraude.

Ahora bien, la acción pauliana tiene como base la mala fe de quienes celebran el contrato, pero, ¿es el dolo lo mismo que la mala fe? ¿lo que se pretende rescindir con la acción pauliana es un acto doloso?

El propio código nos define al dolo como una categoría consistente en la "intención positiva de irrogar injuria a la persona o a la propiedad del otro" (Código Civil, artículo 29), mientras que, inicialmente, la misma norma nos dice que la buena fe se presume, y que la mala se demuestra (artículo 722), siendo la buena fe una presunción de hecho, que admite prueba en contrario (artículo 721).

El concepto del dolo previamente citado, no es claro ni nos da pistas de cuando estaremos frente a él, siendo necesario recurrir a la doctrina. Mientras que aplicado a la legislación penal se constituye como el conocimiento de la ilicitud de una conducta, en materia civil se presenta cuando existe

La voluntad maliciosa que persigue deslealmente el beneficio propio o el daño de otro al realizar cualquier acto o contrato, valiéndose de argucias y sutilezas o de la ignorancia ajena; pero sin intervención ni de fuerza ni de amenazas, constitutivas una y otra de otros vicios jurídicos. (G. Cabanellas, 1993, pág. 164).

En el mismo sentido, la mala fe también encuentra asidero legal, sin embargo, previo a definirla como parte elemental del objeto de estudio, es necesario referirnos a su némesis, la buena fe, concepto que también se encuentra previsto en nuestra norma. La encontramos de manera especial, en el libro referente a los bienes, específicamente en la prescripción como un modo de adquirir el dominio, puesto que uno de los requisitos para que esta opere es la posesión de buena fe de la cosa, estableciendo el código que la buena fe es "la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de cualquier otro vicio" (Código Civil, artículo 722, 2016).

A su vez, la tenemos como parte del principio de buena fe contractual, mismo que forma parte del capítulo denominado "del efecto de las obligaciones" (aunque la norma más bien se refiera directamente al contrato como fuente de las mismas). Nos dice la norma, que la buena fe implica que los contratos deben cumplirse respetando la voluntad de quienes participaron en este, y deben, a su vez, respetar las disposiciones legales que los regulan (Código Civil, artículo 1562, 2015). En consecuencia, la mala fe deviene del simple hecho de no respetarse dicha voluntad, y de no actuar conforme a lo debido.

Ahora bien, al ser un concepto aplicable en múltiples situaciones jurídicas, y entendiendo que la única definición que tenemos dentro del sistema de derecho privado se aplica precisamente a la acción rescisoria pauliana, es necesario que previo a su análisis dentro de dicha institución, se entienda a la mala fe en un sentido más amplio al dado dentro de la legislación ecuatoriana. La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia nro. C-544/94, definió a la mala fe como "el conocimiento que una persona tiene de la falta de fundamento de su pretensión, del carácter delictuoso o cuasi delictuoso de su acto, o de los vicios de su título".

Aquello implica, en otros términos, que la mala fe constituye por regla general una actitud fraudulenta, en la que quien actúa tiene pleno conocimiento del perjuicio que causará al otro. De ambos conceptos podemos obtener como elemento común, que ambas conductas se realizan estando presente la conciencia del daño ajeno, y que en las dos se encuentra un elemento fraudulento. También podemos verificar que tanto la mala fe como el dolo son sancionados una vez exteriorizados, es decir, cometida la conducta fraudulenta, puesto que no puede sancionarse una intención, toda vez que esta no tiene consecuencias en el mundo exterior.

Según Welzel, padre de la teoría finalista de la acción penal, para que la conducta pueda ser sancionada, debe contener dos elementos: uno subjetivo, que implica precisamente el ánimo de llevar a cabo la conducta dolosa o fraudulenta, y uno objetivo, que implica la exteriorización de la voluntad. (tomado de Donna, p. 131). El fraude, y concretamente el pauliano, también debe exteriorizarse de manera material en la suscripción de un contrato, así como tener tras de él a la intención de causar perjuicio al acreedor.

Sin embargo, y pese a las similitudes, no deben ser vistos como sinónimos. El dolo es un vicio del consentimiento y, una vez probado, la consecuencia es que un juez, a petición de parte de quién tenga derecho a reclamarla, se declare la nulidad relativa del negocio jurídico que vicia, según las reglas establecidas en los artículos 1698 y 1700 del Código Civil.

Lo que busca es la adhesión voluntaria del perjudicado al negocio jurídico, mientras que la mala fe, dentro de la acción rescisoria pauliana, causa precisamente que el mismo esté fuera

del contrato que ha sido celebrado con fraude, pues recordemos que implica el conocer los vicios del título otorgado a su favor, obrar sabiendo el perjuicio que puede causarse.

Así lo ha establecido la propia Corte Nacional de Justicia, en tanto el fraude con mala fe contra los acreedores que reprime la acción pauliana "es diferente al dolo en los contratos, en los que se manifiesta como maquinaciones fraudulentas, que obran sobre el espíritu de la contraparte para obtener su consentimiento, su adhesión". (Res. No. 137-2014, pag.11).

1.6. El concepto de nulidad de contrato: clases y efectos.

Etimológicamente, la palabra nulidad proviene del latín nullus, que tiene el significado de incapacidad o cualidad de nada. (información sobre nulidad, s.f.). La nulidad del contrato se distingue de la nulidad de la obligación, e implica, según el Tribunal Supremo de Madrid, aquella acción en virtud de la cual, y según los elementos a los que ataque, que los contratantes "deben restituirse las cosas que hubieren sido materia del contrato, como sus frutos, y el precio con los intereses". (Sentencia STS 3541, 2017).

Como en un contrato puede haber múltiples obligaciones y de categoría muy distinta, la declaratoria de nulidad puede ser absoluta o relativa, esta última llamada rescisión. La nulidad absoluta, según Alessandri, es "la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie" (como se cita en Carpio Frixone & Naranjo Ponce, 2021).

Este concepto encuentra una concordancia directa con lo que establece el artículo 1461 del Código Civil, donde establecen los requisitos de la esencia de todo tipo de acto y declaración de voluntad. La falta de uno de ellos, causa la nulidad del acto o contrato, conforme lo prevé el artículo 1697 de la norma ibidem. Cuando se refiere a la especie, implica la clase de negocio jurídico o de acto al que ataca, puesto que, si los causales de nulidad afectarían al acto según la calidad o estado de las partes que la celebran, sería relativa, tal como lo detalla el artículo 1698 del mismo código. (Carpio Frixone & Naranjo Ponce, 2021).

La nulidad relativa, por otro lado, se produce y según lo nombra el propio código, por cualquier otra especie de vicios, siendo estos el error, la fuerza, el dolo, así como la incapacidad relativa de uno de los contratantes (esto es, la de los menores adultos, quienes se encuentren en interdicción de administrar sus bienes – por citar un ejemplo, los interdictos- y las personas jurídicas), y da lugar a la rescisión del contrato. Cabe señalar que tanto la nulidad absoluta, como la nulidad relativa, producen exactamente el mismo efecto: la retroactividad al momento anterior a la celebración del contrato. (Código Civil, art. 1704, 2015).

Ahora bien, existen ciertas acciones de rescisión de naturaleza especial, que no se amparan por la normativa previamente mencionada, ni tienen las características de la rescisión general,

por lo que tienen una regulación distinta y específica dentro del Código Civil, siendo estas, la Lesión Enorme, la rescisión por vicios redhibitorios, y precisamente, la acción rescisoria pauliana. Tanto la lesión enorme, como la rescisión por vicios redhibitorios, sirven para nulificar un contrato específico, siendo este la compraventa.

Sin embargo, proceden en situaciones jurídicas diferentes, pues la primera ataca uno de sus elementos esenciales especiales: el precio, mientras que la segunda tiene lugar cuando se incumple una de las obligaciones inherentes al vendedor, que es entregar la cosa saneada de vicios ocultos. Finalmente, la acción pauliana nulifica negocios jurídicos celebrados con un tipo de vicio diferente a los clásicos aplicables a la rescisión general: la mala fe, diferente del dolo, de ahí que sea una acción especial.

No son una acción de nulidad en estricto sentido, puesto que no se aplican a ninguno de los supuestos previstos para los casos de declaratoria de nulidad absoluta o de rescisión. Se le ha dado tal denominación, porque los efectos de estos tres tipos de acciones son los mismos que los de las nulidades, de ahí que se consideren rescisiones de tipo especial. En palabras de la propia Corte Nacional de Justicia, dentro de la resolución Nro. 137-2014, se establece que la acción pauliana es rescisoria, porque sus efectos son idénticos a los de la nulidad.

Además, podemos decir que el hecho de que se vuelva a las condiciones anteriores a la celebración del contrato implica una especie de ficción legal, por cuanto aquello es natural y materialmente imposible, pues de hecho los actos o contratos nulificados en efecto existieron en el mundo jurídico y surtieron efecto, pero, por adolecer de defectos de diversos grados de gravedad, fue preciso acudir a la administración de justicia, para que un juez los declare sin efectos.

1.7. La naturaleza de las estructuras contractuales y los efectos de la rescisión en cada una de ellas.

La aplicación de la rescisión depende de la naturaleza de las estructuras contractuales a las que intenten aplicarse. La tradición francesa, a la que indudablemente nos encontramos ligados al ser tributarios del sistema romano germánico, recoge dos estructuras contractuales, siendo estas la negociación individual y la adhesión, entendiéndose que estas dos incluyen dentro de sí a la numerosa clasificación de los contratos que la doctrina ha desarrollado a lo largo de la historia. (Gherzi, 1996).

En la línea planteada, la negociación individual tiene como característica principal a la autonomía de la libertad en igualdad de condiciones, lo que implica que "su contenido solo puede ser anulado por vicios" (Gherzi, 1996, pág. 34), como garantía de la férrea seguridad

jurídica que busca protegerse a través de la legislación, en especial el primer efecto de los contratos, por cuanto es ley para los contratantes. (Código Civil, art. 1561, 2015).

En consecuencia, por regla general los contratos serán válidos respetando la libertad de los contratantes en cuanto estos puedan disponer libremente de lo suyo, y por excepción, contendrán cierto tipo de defectos, mismos que, dependiendo de su tipo, atacarán al negocio que los adolece de modo que no puedan surtir efectos jurídicos, o incluso como se desarrollará posteriormente, pueda llegar a considerarse que jamás formaron parte del mundo jurídico como consecuencia de las categorías más radicales de imperfección, como es el caso de la inexistencia del negocio que adolece de dicho defecto. (Coronel Jones & Del Bruto Andrade, 2011).

La Adhesión, por otro lado, tiene como contenido a los "modelos contractuales", propios de la lógica capitalista de la Revolución Industrial y el surgimiento de los procesos de manufacturación masivos, donde se desarrollan las cláusulas de carácter general relacionadas al consumo de bienes y servicios. Este modelo contractual tiene dos categorías, la individual y la masiva. La masiva es de tipo tradicional, y se divide en adhesión *in totum*, esto es, "absolutamente cerrada sin alternativa al consumidor" y de "alteridad aparente", en donde el contratante a quien se impone el modelo contractual con cláusulas de contenido general se le da cierta liberalidad para que pueda modificar, a su elección, cláusulas que contractualmente se estipulasen entre los sujetos que participan de la relación jurídica. (Gherzi, 1996).

Cabe aclarar que, si bien es cierto ciertas corrientes doctrinarias como la Escuela Francesa agrupa a la adhesión en esas sub – clasificaciones, existen otras que separan una modalidad contractual denominada como "de cláusulas predisuestas" que se identifica de manera más adecuada en lugar de la adhesión individual. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor define a esta modalidad contractual en su artículo 2, como un tipo de contrato en el cual sus cláusulas "han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido", implicando que el modelo adoptado en la legislación ecuatoriana es la adhesión tradicional, de tipo masivo (LODC, art. 2, 2022).

Sobre ellos, se entiende que no existe como tal, la voluntad para estipular por parte del consumidor, sino que la voluntad es de adherirse al mismo y por lo mismo, invalidar estos negocios a través de la clásica figura de la rescisión es posible de una manera especial, bajo la lógica del artículo 20 de la norma *ibidem*, esto es, por defectos o vicios ocultos, pudiendo el consumidor elegir entre la rescisión del contrato, la reposición del bien (una especie de resolución) o la reducción del precio, dejando salva la indemnización por daños y perjuicios.

1.8. La Acción Rescisorias Paulina: origen, concepto y construcción jurídica dentro del código civil.

La acción rescisoria pauliana es una institución propia del derecho civil, que data de la época de los pretores. Su origen se remonta a la antigua Roma, atribuyéndose su invención al Pretor Paulo (de ahí su nombre). Nace del principio *restitutio in integrum*, mismo que consiste en "el restablecimiento de la situación anterior a la violación", y suponía exactamente la traducción de la locución latina, esto es, "volver íntegramente a la situación jurídica que existía entre dos personas antes que el acto civil, ahora anulado y sin efectos hubiera tenido lugar" (Pinaglia Villalón, 2001, p. 26).

Por otro lado, Planiol y Ripert (2001, pág. 650) la definen como "la acción concedida a los acreedores para obtener la revocación de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos". Tiene entonces algunos elementos que la caracterizan, siendo estos: a) que quien la proponga debe ser acreedor del demandado, b) que se encuentre perjudicado del negocio cuya rescisión se pretende, y c) que tal perjuicio devenga de la intención positiva del deudor de causarle tal malestar.

Su finalidad es la equidad de las partes, produciéndose una ficción de restablecimiento al estado anterior de la celebración del negocio jurídico, entendiéndose, lógicamente que de manera material esto no puede producirse, puesto que es imposible volver el tiempo a la celebración del contrato que adolece de fraude.

Fundamentalmente, lo que esta acción persigue es "declarar la ineficacia de actos que ha hecho el deudor en fraude de acreedores" (Fauss, s.f), a través de una sentencia, en la que el administrador de justicia declarará la nulidad del negocio jurídico, retrotrayendo los efectos del mismo al día de su celebración.

La institución encuentra sustento en el artículo 2370 del Código Civil, mismo que establece: "En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las siguientes disposiciones", explicando, a continuación, los requisitos que deben cumplirse para rescindir contratos onerosos, en los que existe una contraprestación recíproca, y, a su vez, los requisitos para rescindir actos jurídicos y contratos gratuitos, donde el beneficio es obtenido por una de las partes, estando la otra obligada a soportar el gravamen, de conformidad a lo establecido en el artículo 1456 de la norma *ibidem*.

La base de esta acción es la mala fe del deudor moroso, y como bien lo explica Cabanellas, esta consiste en "la convicción íntima de que no se actúa legítimamente, ya por existir una prohibición legal o una disposición en contrario, ya por saberse que se lesiona un derecho ajeno". (1998, p. 196), implicando que se realicen negocios jurídicos con la finalidad de evitar

la ejecución forzosa sobre los activos del patrimonio del deudor, de sentencias que contengan obligaciones, que, comúnmente, son obligaciones de dar.

Los requisitos para rescindir los negocios jurídicos fraudulentos, difieren en cuanto al tipo de acto o contrato que se pretende nulificar. Para el caso de los contratos onerosos y todos los contratos accesorios que para asegurar su cumplimiento se creen, exige que, para obtener su rescisión, sean necesarios: a) la mala fe del otorgante, b) la mala fe del adquirente, y c) que el adquirente conozca del mal estado de los negocios del otorgante. Por otro lado, en el caso de actos jurídicos y de los contratos gratuitos (cuya diferencia estudiaremos en los acápite subsiguientes), será necesaria la mala fe del deudor, y el perjuicio de los acreedores.

1.9. La simulación contractual y su relación con la acción rescisoria pauliana:

Ferrara (como se cita en Parraguez Ruiz, 2014) define al negocio simulado como aquel que tiene una apariencia contraria a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de cómo aparece siendo este "la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo" (p.41).

Tiene según el citado autor, una esencia intrínseca y una forma externa, visible a la sociedad, siendo en apariencia un negocio serio, pero siendo ficticio en su interior. Debido a que no tenemos una definición de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, vale remitirse a aquellos códigos que si la contienen. El código civil argentino nos dice que la simulación contractual tiene lugar

cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. (art. 955).

Aunque en principio comparten algunas similitudes el contrato simulado y el contrato fraudulento cuya rescisión se pretende con la acción pauliana no son el mismo tipo de negocio jurídico. Simular es "fingir, engañar, aparentar lo que no es" (Parraguez, 2014, pág.43), y tiene como nota distintiva al falseamiento de la verdad. Sin embargo, no necesariamente es ilícita.

En palabras del Tribunal Supremo Español, la simulación no siempre se constituye como un fraude a la ley, mismo que consiste en un enfrentamiento indirecto con aquella, para escapar a sus previsiones o mandatos, colocándose bajo el amparo de otras (S48/1993, como se cita en Parraguez, 2014). Aquello es así por el principio de autonomía de la voluntad, entendiendo

que mientras no se perjudique a terceros de mala fe, el negocio simulado será perfectamente válido.

Ahora bien, la acción pauliana tiene como base un tipo de fraude que "se sustenta en el hecho ilícito ejecutado por el deudor y destinado a perjudicar a los acreedores" (Alessandri, 1978, pág.158 y 159). Este, a diferencia del negocio simulado, siempre buscará tal perjuicio, conociendo que su celebración implicará que el acreedor no pueda cobrar su crédito, de ahí que no pueda ser considerada como un tipo de simulación, pese a que esta puede ser relativa o absoluta, al igual que la nulidad. En consecuencia, lo que se pretende con la acción de simulación es diferente de lo que el actor busca con la acción pauliana. La primera quiere dejar entrever cual era el contrato que en la realidad se ha celebrado y que ha sido cubierto por el simulado, mientras que la acción pauliana busca rescindir un acto o contrato que ha sido celebrado de manera real, con efectos jurídicos verdaderos.

Capítulo II

Naturaleza Jurídica de la Acción Rescisoria Pauliana

2.1. Elementos

Como bien se había explicado, la acción rescisoria pauliana tiene sustento en el artículo 2370 del Código Civil. La norma se compone de un inciso introductorio y tres numerales subsiguientes, a los cuales podemos clasificar de la siguiente manera:

a) el primer inciso, referente al momento en el cual procede proponer la acción en la administración de justicia, esto es, antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso; b) el numeral primero, habla de los requisitos necesarios para que se declare con lugar la acción y se rescindan los efectos de contratos celebrados a título oneroso; c) el numeral segundo, en la misma línea, incluye los requisitos para que prospere la rescisión aplicada a los actos jurídicos y a los contratos celebrados a título gratuito, diferenciados entre sí y d) se incluye una regla especial de prescripción de la acción, que deja fuera la aplicación de las reglas generales consagradas en el artículo 2415 de la norma previamente citada.

La acción se encuentra ubicada dentro del título XXXIX (número 29), del libro IV de la norma, referente según su nombre, a la prelación de créditos, y comienza, muy acertadamente, incluyendo una disposición que nos habla del derecho general de prenda.

El término prenda puede ser visto dentro de la legislación civil de dos modos: a) a manera de caución, es decir, una especie de obligación accesoria a una principal, que se impone precisamente para asegurar el cumplimiento de esta, según lo señala el artículo 31 del Código Civil, tratándose, lógicamente, de un contrato accesorio, y que puede ser de distintos tipos; civil, comercial ordinaria, industrial y agrícola; y b) como una situación consistente en que, cuando una persona contrae una obligación, compromete su patrimonio para su cumplimiento (Avendaño, 1954).

Esta última se denomina derecho general de prenda, e implica la facultad que tiene el acreedor para ejecutar una obligación sobre el patrimonio del deudor, al acudir a sede judicial para que, mediante la acción pertinente, pueda reclamar el derecho (que forma parte de su patrimonio) de cobrar dicha obligación, y en caso de no ser cubierta por el propio deudor, pueda procederse con el embargo y posterior remate de los bienes que logren cubrir el total de esta, pudiendo quedar embargado todo el patrimonio del deudor o parte del mismo.

Guarda una estrecha concordancia con la naturaleza de la acción rescisoria pauliana, puesto que el acreedor se encuentra protegido por este derecho, pudiendo proceder a la ejecución forzosa de las obligaciones contenidas en sentencia, en caso de incumplimiento del mandamiento de ejecución dictado dentro de una causa, y procede sobre cualquier tipo de

activo que conste dentro del patrimonio del deudor, de ahí que este, de manera fraudulenta, celebre un negocio jurídico que evita al acreedor obtener tal cumplimiento que se ejecuta por el derecho general de prenda. Este, ante tal hecho, puede proponer la acción, y lograr que se rescinda el acto o contrato que le ha causado perjuicio.

2.2. Momento para proponerla:

2.2.1. Antes de la cesión de bienes:

La cesión de bienes es una forma de pago, es decir, de dar solución efectiva a una obligación. Según el artículo 1630 del Código Civil, tiene lugar cuando se produce "el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas". En palabras de Esnaola (2011), como se cita en Morales Bravo (2016), se trata de

un negocio pro solvendo sin efectos liberatorios o extintivos hasta que se enajenen y liquiden los bienes y con su importe se pague a los acreedores de modo total o parcial, produciendo también la extinción total o parcialmente siendo su naturaleza jurídica la de un mandato liquidatario y de pago.

Esta institución puede ser de dos tipos: pro soluto, o pro solvendo. Es pro soluto la conocida dación en pago, misma que no encuentra asidero legal per se, pero podemos intuirlo de la disposición contenida en el artículo 1585 del Código Civil, ya que, por regla general, el pago debe hacerse de la forma que concuerde con el tenor de la obligación, y por excepción, según lo que digan las leyes especiales, no se hará según lo estipulado.

De manera excepcional, puede hacerse de una manera diferente a lo acordado por las partes inicialmente, pues prevalece la autonomía de la voluntad, y en el derecho privado, a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley (artículo 8, Código Civil). En tal sentido, la dación en pago, también llamada cesión con recurso, opera mediante la entrega al acreedor de un bien distinto a la que inicialmente se pactó entregar, transfiriendo el dominio de dicho bien al acreedor, siendo enteramente voluntaria y convenida así por quienes son acreedor y deudor de una obligación en específico. (De la Fuente Nuñez de Castro, 2012).

Por otro lado, la cesión de bienes pro solvento, también conocida como sin recurso y que es la que se incluye en el primer inciso del artículo 2370 de la norma previamente citada, opera cuando se produce la transmisión de la titularidad del crédito al cesionario, pero no la extinción de la deuda, porque el cedente responde por la solvencia del deudor, y no queda liberado hasta que este paga el crédito. (ILP abogados, 2018).

En este tipo de cesión la deuda no se extingue con la entrega de los mismos, ya que el deudor voluntariamente entrega parte o todos sus bienes al acreedor, para que este, a su vez, los

enajene, y con el producto de tal enajenación, se extinga la obligación. Aclaremos, en esta línea, que lo que recibe el acreedor no es el derecho de dominio (como si lo hace en la dación en pago), sino la facultad de administración de los bienes del deudor.

Entiéndase, además, que opera dentro de un proceso judicial previamente iniciado, según la disposición contenida en el artículo 1631 del Código Civil, y que para que proceda, es necesario que el deudor logre probar, por un lado, que el mal estado de sus negocios provenga de lo que el código define como "accidentes inevitables", (por ejemplo, un caso de fuerza mayor) y por otro, que dichos accidentes no hayan sobrevenido por su culpa. Además, no se especifica que gradación de culpa se aplica: si es culpa grave, leve o la levísima, por lo que se entiende que debe probarse que no hubo cualquiera de ellas, y por lo mismo, si se logra probar que no hubo culpa grave – equivalente al dolo – consecuentemente se entenderá que no tuvo lugar ni la leve, ni la levísima.

Para su procedencia, la propia norma (art. 1631) nos remite a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos. Si revisamos dicho código, encontramos su regulación en un único artículo, referente al concurso de acreedores: la disposición número 414 sitúa tanto a la cesión de bienes, como a la insolvencia, como causales para el inicio del proceso conocido como "Concurso de Acreedores".

La más común y precisamente la más utilizada es la insolvencia del deudor, pues esta da lugar al concurso necesario, que se inicia bajo la presunción de dicha insolvencia, sin embargo, la norma procesal no es clara en explicar en qué casos procede el concurso de acreedores bajo el supuesto de haberse realizado la cesión de bienes por parte del deudor.

Se entendería que la cesión daría lugar al concurso voluntario, también llamado preventivo, pues en este es el deudor quien, como el nombre de la institución correctamente lo señala, voluntariamente hace un llamado a sus acreedores para, en primer lugar, reconocer su imposibilidad de cumplir con las obligaciones por el contraídas, en los términos y plazos estipulados y, en segundo, para ofrecer una fórmula de pago como beneficio ante tal reconocimiento, pero los supuestos procesales no concuerdan con la naturaleza de la institución, ni con su regulación en el Código Civil.

Adicional a ello, la cesión de bienes a la que refiere la acción rescisoria pauliana debe darse dentro de un proceso judicial, ya que lo que intenta el deudor, precisamente, es evitar la ejecución forzosa de las obligaciones contenidas en una sentencia, de ahí que sea la completa voluntad de este, el transferir la facultad de disposición a su acreedor, de todo o de parte de sus bienes, así como de los frutos que genere.

Recordemos que la ejecución de una sentencia, en términos generales, termina siendo uno de los máximos fines perseguidos por la administración de justicia, y que la ejecución forzosa es parte fundamental en el cumplimiento de las obligaciones civiles, porque a través de la ejecución de las mismas "se obtiene la efectiva satisfacción de los derechos de crédito que puedan verse lesionados". (Murga Fernández, 2015, pág. 9).

Entendiendo que la o las sentencias en su contra ya tienen fuerza de cosa juzgada, misma que Osorio (2014, p. 885), define como "aquella que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y contra la cual no es posible intentar recurso alguno, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por los litigantes", la cesión de bienes del deudor trata de cumplir sus obligaciones en un acto de buena fe (teóricamente), tratando de dar al acreedor la potestad de usar sus bienes para cubrir sus deudas.

El hecho de su procedencia en un proceso judicial, se deduce del propio Código Civil, por cuanto el artículo 1631 de la norma nos dice que "esta es admitida por el juez con conocimiento de causa", es decir, el juzgador ante el cual se sustancia un proceso judicial en el cual se requiere al deudor, para que se le obligue a cumplir con sus obligaciones.

Se aclara, además, que aunque debe darse dentro de un proceso judicial según los supuestos planteados en el artículo 2370 del Código Civil, para la procedencia de la acción rescisoria pauliana, siendo un presupuesto ineludible que esta se produzca previa a la celebración del negocio fraudulento, sin embargo, al igual que la dación en pago, puede proceder en espacios donde no se haya acudido a la administración de justicia, como la aplicación de la autonomía de la voluntad del deudor y del acreedor.

2.2.2. Antes del inicio del concurso

El concurso de acreedores puede definirse como

Una institución mixta de derecho mercantil y procesal que tiene por objeto la salvaguarda del patrimonio social o masa con la finalidad de permitir a los acreedores de una sociedad en situación de insolvencia obtener el cobro de sus créditos en la mayor medida posible, ya sea mediante la suscripción de un convenio que tienda a permitir la supervivencia de la empresa como medio de obtención de los recursos precisos para hacer frente al pago, ya sea mediante la instauración de un proceso liquidatorio. (Arraiza Jiménez, 2011, pág.1).

Es un procedimiento de ejecución forzosa de tipo colectiva (de ahí que sea de "acreedores", en plural), y que busca, ante la crítica situación económica del deudor, y la imposibilidad manifiesta de cumplir con sus obligaciones, tratar de solventar las existentes a favor de varios

acreedores. Según el Código Orgánico General de Procesos, esta puede ser de dos tipos, que tienen las siguientes características:

2.2.2.1. El concurso preventivo o voluntario

Este tiene lugar como "un beneficio del que pueden gozar los deudores, sean o no comerciantes, para evitar el concurso de acreedores". (Pineda Cordero, 2015). Su antecedente se encuentra dentro de la Ley de Concurso preventivo (actualmente derogada) del año 1997, donde dicho concurso ya tenía el nombre de "concordato" - término que aún se utiliza en el articulado actual para referirse a ese-, y era exclusivo para compañías (sobre quienes el proceso de denominada comúnmente como quiebra).

El concurso preventivo tiene lugar cuando el deudor logra demostrar que tiene bienes suficientes para honrar todas las obligaciones que tiene con sus acreedores, o que genera ingresos de manera permanente, según lo establece el artículo 415 del COGEP. Consecuentemente, como se ha explicado, la legitimación activa para proponer este tipo de concurso, la tiene única y exclusivamente el deudor.

Como se explicó en el acápite que antecede, lo lógico sería que este tipo de concurso sea en el que se produce la cesión de bienes de la que habla la acción rescisoria pauliana, sin embargo, de la lectura de la norma procesal, se concluye que no tiene sentido aplicar tal forma de hacer el pago de lo que se debe a los acreedores, ya que como bien se ha detallado, esta es una especie de "convenio que persigue fines solutorios, pero que no alcanza a constituir un pago mientras los bienes no se liquiden efectivamente, y con ese abono no se haya abonado a la deuda" (Moisset de Espanes, 1990, pág.7).

Es decir, el deudor traspasa hacia sus acreedores la facultad de disposición de sus bienes, para que estos realicen los negocios jurídicos necesarios para que, en virtud de ellos, se obtenga los réditos necesarios para la extinción de sus obligaciones, mientras que los supuestos del artículo 419 del Código Orgánico General de Procesos, no recogen a la facultad de disposición de los bienes del deudor como una alternativa al cumplimiento de sus deudas, sino que establecen la obligación de este de señalar el plan de pagos, fuentes de financiamiento, plazos y la posibilidad de refinanciar su deuda.

2.2.2.2. Concurso presuntivo o necesario:

El concurso presuntivo tiene lugar, según lo establece el artículo 416 de la norma ibidem, cuando, a su vez, se presume la insolvencia del deudor. El término insolvencia proviene del latín in, que significa negación, y solvere, que significa resolver (Cuberos Gómez, 2005, pág. 3), y se traduce a la imposibilidad de dar solución a una situación concreta. Según Fernández

(como se cita en Cuberos Gómez, 2005), en términos jurídicos y económicos, se define como "la impotencia del deudor para afrontar las obligaciones a su vencimiento".

Ahora bien, esta se presume en (3) tres casos, siendo pertinente analizar en nuestra investigación, el primero, mismo que tiene lugar cuando "requerido la o el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes". El mandamiento de ejecución es la orden efectiva del juzgador, una vez ejecutoriada una sentencia y cuando no quedan recursos pendientes sobre la misma, de cumplir con las decisiones por el resueltas, y una vez liquidadas (de ser el caso), de las obligaciones que contiene la misma, considerando que pueden o no, tener trascendencia económica.

Según el artículo 372 de la norma adjetiva, este se dicta una vez liquidada la obligación que contiene la sentencia, que debe cumplirse en el término de 5 días, caso contrario, se procede a su ejecución forzosa, que se libera sobre el patrimonio del deudor, por el ya mencionado derecho general de prenda.

Ante el mandamiento, el deudor tiene dos opciones: a) pagar la obligación, y b) dimitir bienes para su cumplimiento. La dimisión es un término sinónimo a la renuncia, lo que implica que el deudor renuncie a sus bienes para solventar sus deudas.

Para saber si el artículo se refiere a la dación en pago, a la cesión de bienes previamente analizados, o a otra situación diferente, podemos revisar la redacción del tercer caso de presunción de insolvencia del ya citado artículo 416 del COGEP, e incluso, remitirnos al actualmente derogado Código de Procedimiento Civil, en su artículo 507, para descifrar que no se trata de la misma situación jurídica.

La cesión de bienes es un acto en el cual el deudor abandona voluntariamente sus bienes, para que el acreedor o acreedores directamente dispongan de estos, y de sus frutos, para que solventen sus obligaciones. Esta solución puede provenir, por ejemplo, de la venta de los mismos, de su arrendamiento, y en general de negocios en los que se obtenga cualquier tipo de rédito. Por abandono entendemos a la renuncia de la facultad de disposición de los mismos, como elemento del derecho de dominio.

Por otro lado, la dimisión de bienes, conforme se desprende de la lectura de las prenombradas disposiciones, y del propio significado de la palabra dimisión, también implica un abandono voluntario, pero con una finalidad única: la puesta a buen recaudo de un juez, para su embargo y posterior remate, y con el producto de dicho remate, la solución de las obligaciones del deudor.

A fin de cuentas, es una venta forzada, realizada con la intervención de un tercero – el juez-, pero implica una acción en específico, y no da liberalidad de disposición a los acreedores. Además, se diferencia de la cesión por cuanto esta recae sobre la totalidad de los bienes, mientras que la dimisión puede ser total o parcial, de ahí que, cuando sea insuficiente, de lugar al concurso de acreedores necesario, y no al preventivo.

2.2.3. Requisitos de procedibilidad de la acción: revisión de fallos de altas cortes y criterios doctrinarios.

La acción rescisoria pauliana pretende nulitar un contrato celebrado con la única intención de perjudicar a un acreedor o acreedores concretos. Este contrato, según detalla el artículo 2370 del Código Civil, debe celebrarse "antes de la cesión de bienes o del inicio del concurso". Ahora bien, dentro de la práctica jurídica, los operadores de justicia a través del desarrollo de sus sentencias, mediamente han establecido como un requisito de procedibilidad de la rescisión, que el acto o contrato fraudulento haya sido celebrado una vez que, en una causa judicial, el juzgador que la conoce haya dictado el mandamiento de ejecución respectivo, y que este se haya incumplido.

Tal criterio se recoge en las decisiones adoptadas dentro de numerosos casos, tanto de los juzgados y cortes de instancia, como del tribunal de casación del país (hoy Corte Nacional de Justicia), sin que exista una norma que explícitamente así lo señale. Sería sencillo si tal disposición se recogiera en nuestro código, como sí lo hace expresamente la legislación española, pues el artículo 1111 del código civil del Reino, señala

Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho.

Adicional a ello, en esta legislación también se incluye el requisito del mandamiento de ejecución, únicamente para contratos onerosos. La norma pertinente señala:

Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes. (art. 1297).

Aquello vuelve necesario que revisemos los criterios dados en este aspecto a través de las diferentes resoluciones judiciales adoptadas por la hoy llamada Corte Nacional de Justicia y los aportes realizados por sus magistrados a lo largo del tiempo:

2.2.3.1. *Que no sea necesario que exista proceso previo y, por ende, mandamiento de ejecución:*

El primer fallo de trascendencia que encontramos sobre la acción data del año 1961, dictado por la ex Corte Suprema de Justicia, que en ese entonces funcionaba como tribunal de instancia. La magistratura no hizo referencia a la necesidad de existencia de un proceso previo, por cuanto los hechos del caso que relatan los actores, plantean que el acto o contrato fraudulento se celebró con la intención de evitar que los demandados paguen un crédito contenido dentro de un pagaré a la orden a su favor.

De primera mano, la magistratura concluye que la obligación que tiene el acreedor a su favor, contraída por el deudor fraudulento, cuyo cumplimiento intenta evitarse a través de la celebración del negocio rescindible, ni siquiera necesita ser exigible, pues en palabras del tribunal:

La finalidad de esta acción no es obtener el pago de lo adeudado, caso en que, si contaba el vencimiento del plazo, sino el restablecimiento de la situación económica que tenía el obligado al momento de contraer la deuda, ya que de acuerdo con la garantía general establecida por el art.2482 del Código Civil, se comprometía al pago con todos sus bienes, sin que le sea permitido empeorar su situación económica, en forma maliciosa y en perjuicio de los acreedores. (pág.6).

Sin embargo, nos apartamos de este criterio. Si bien es cierto, hemos mantenido que no se necesita proceso de cobro previo en ciertos casos, el vencimiento de la deuda es un hecho que en gran medida puede servir para probar el perjuicio, ya que, vencida esta, el acreedor tendrá a su favor todas las acciones que la ley le otorgue, y de las que pueda servirse para ejecutar la deuda sobre el patrimonio del deudor, no antes. El incumplimiento de la obligación en el plazo y la forma establecidas en ella es lo que nos lleva a presumir que existe un perjuicio de índole patrimonial para el acreedor.

Comprendiendo que la letra de cambio es un título valor, mismo que se define como "un documento acerca de un derecho privado cuyo aprovechamiento está condicionado jurídicamente a la posesión del documento" (Brunner, como se cita en Zegarra Mulánovich, 2021), tiene como característica no necesitar declaración previa para exigir su cobro, ni siquiera la acción judicial, y que, ante el incumplimiento del deudor y al plantearse tal acción,

esta es de tipo ejecutivo (que es más ágil y tiene lugar con la demostración de la existencia y la mora del deudor en el cumplimiento del crédito).

Por lo mismo, consideramos que la persecución de los bienes previa dentro de la administración de justicia en casos como los aquí relatados, resultaría entorpecedora del resultado pretendido; la prueba de la acreencia vendrá acompañada del título que la contiene, entendiendo que el contrato fraudulento abría de celebrarse después de instrumentalizada la obligación.

Para demostrar la legitimación activa dentro de la acción pauliana, será necesaria la simple presentación del documento que contiene el título, quedando al arbitrio del demandado plantear las excepciones de las que se vea asistido, si considera que la obligación está extinguida, pues si el actor ya no detenta la calidad de acreedor, la demanda rescisoria sería improcedente, debiendo declararse sin lugar, entendiendo que el acervo probatorio del demandado podrá o no contener una sentencia con fuerza de ley que haya declarado que se encuentra extinta la obligación por cualquiera de sus modos (art. 1583, Código Civil, 2015), o cualquier otro tipo de documento (por ejemplo, un acta transaccional, dependiendo del caso).

Ahora bien, el fallo no considera que los procesos judiciales también pueden ser de conocimiento, en los que existe una incertidumbre jurídica que debe ser declarada (Bahamonde, 2018), por ejemplo, los juicios por cobro de dinero, el enriquecimiento injustificado, las resoluciones de contrato donde se pretende la retroactividad a la fecha de celebración por la aplicación de la condición resolutoria tácita, y demás procesos donde es necesario anunciar prueba, practicarla, defender las pretensiones de los actos de proposición, y convencer al juez sobre la veracidad de las mismas, de una manera en la que se muestre la existencia o extinción de los derechos discutidos.

En este tipo situaciones jurídicas, si es necesario que medie acción judicial previo a la celebración del acto o contrato presuntamente fraudulento, puesto que, en las sentencias dictadas en estas causas, se encuentran contenidos los derechos que el deudor busca evitar dar cumplimiento, a diferencia de las ya nombradas, por ejemplo, la existencia de una deuda instrumentalizada en un pagaré, pues el documento ya contiene la declaración de un derecho, y la celebración del contrato posterior a su origen podría llegar a considerarse fraudulento.

Considerando que la prueba de la extinción de la obligación puede o no devenir de un proceso judicial, podemos concluir que existirán casos en los que, en efecto, no sería necesaria la existencia de un proceso previo de cobro, por ejemplo y de manera clara, los títulos valor como los pagaré a la orden, las letras de cambio y los cheques.

Aclaremos, siendo necesario hacerlo, que la acreencia no deviene de una sentencia ejecutoriada y firme, viene de las múltiples situaciones jurídicas que se encuentran reguladas, en el derecho civil, a través de las fuentes de las obligaciones, sin embargo, esta si constituye la culminación del proceso dentro del cual el acreedor a justificado tal posición.

Finalmente, debemos recordar lo analizado en acápite anteriores, concretamente en el análisis de la institución denominada cesión de bienes. La misma expresamente señala que procede la acción cuando el acto o contrato se ha celebrado antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso.

Explicamos también que la cesión, de acuerdo al supuesto del artículo 1631, debe ser admitida por un juez con conocimiento de causa, y que no cabe duda que el concurso de acreedores precisamente tiene como fundamento el incumplimiento de órdenes contenidas en sentencia (sin perjuicio del concurso preventivo).

Pese a que consideramos que no en todos los casos será necesaria la existencia de un proceso previo, la norma así lo deja entrever. Esta es una de las razones que, a nuestro criterio, le resta practicidad a la acción pauliana, ya que muchos de los casos en los que podría tener lugar, no necesitarían acudir a la administración de justicia, y, aun así, el propio código plantea como requisito de procedibilidad, la existencia de dicho proceso.

Esto le resta agilidad, ya que plantea la existencia de un proceso previo para poder acceder a ella, lo que le toma tiempo y recursos al usuario de la administración de justicia.

2.2.3.2. *Que siendo necesario un proceso previo, sea necesario un mandamiento de ejecución.*

Planteado el supuesto primer requisito de procedibilidad, ahora analizaremos el que surge de la necesidad de que, sentenciado el caso, exista un mandamiento de ejecución en la causa, y que el mismo se encuentre incumplido, entendiendo que el deudor no ha acatado la orden del operador jurisdiccional, es decir, no ha pagado la obligación ni ha dimitido bienes para su embargo.

En el año 2002, la ex Corte Suprema de Justicia, ahora ya tribunal de casación y no de instancia, emitió un fallo donde se incluye la obligatoriedad del mandamiento. La sentencia, de manera expresa (y citando el artículo con una codificación no vigente a la fecha), dice lo siguiente:

TERCERO: La acción establecida en el artículo 2394 del Código Civil es la llamada por la doctrina acción pauliana. Para la procedencia de esta acción, por actos o contratos onerosos, prevista en el inciso primero del artículo citado, deben cumplirse

las siguientes condiciones: a) Que el deudor no haya pagado ni dimitido bienes equivalentes, notificado con el mandamiento de ejecución. De lo contrario, el actor no podría alegar perjuicio, pues los bienes de aquel alcanzarían para el pago de sus obligaciones. (pág.7).

De primera mano, recordando lo que el accionante necesitaría demostrar para que el juez sustanciador de la causa falle a su favor, superado el requisito de la acreencia, seguiría el de probar el perjuicio, mismo que lógicamente se entiende de índole económico, y puede definirse como " todo detrimento que sufre una persona por la inejecución de la obligación" (Osterling Parodi, 1968).

Este perjuicio se traduce a la responsabilidad de indemnizar, que en palabras de Tamayo (como se cita en Sarmiento, Medina y Plazas, 2017), engloba a " los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar ".

Abría de esperarse que el tribunal detalle motivadamente el porqué, a su criterio, únicamente puede alegarse perjuicio una vez incumplido el mandamiento, sin embargo, el tribunal no hace mayor explicación al respecto, de modo que el fallo carece de la motivación necesaria para comprender por qué el de este requisito de procedibilidad para la acción pauliana, pues el hecho de que los bienes del deudor alcanzarían para el pago de sus obligaciones sin que se dicte mandamiento de ejecución no es algo que pueda darse por seguro.

Como uno de los requisitos de procedibilidad de la acción es demostrar el perjuicio que el negocio fraudulento le ha causado, que se haya incumplido con la orden de pagar o dimitir bienes no es prueba absoluta ni exclusiva para justificar el perjuicio. Si el acreedor logra demostrar documentadamente que el deudor no tiene bienes para cumplir sus obligaciones, sería suficiente para entender que el primero se encuentra perjudicado por este último.

Además, la acción pauliana tampoco es un proceso de cobro por si misma, con ella no se busca el cumplimiento de las obligaciones de trascendencia económica, sino revertir el perjuicio causado para que acreedor pueda cobrar su crédito.

Dicho mandamiento, en términos procesales, se configura como "el despacho escrito del juez en que se ordena la ejecución de algo". (Cabanellas, 1993, pág. 197). Este es dictado una vez que la sentencia, sea de la instancia en la que fuere dictada, se encuentra firme, y no queda recurso por agotar.

Si bien es cierto, se entiende que el tribunal ha formulado tal conclusión porque después del incumplimiento del mandamiento de ejecución, se presume la insolvencia de una persona, el

deudor puede celebrar el contrato fraudulento muchísimo antes de que este mandamiento exista, precisamente para que sus bienes no alcancen a cubrir en todo o en parte sus obligaciones.

Esto va unido con el hecho de que el deudor tendrá conocimiento del inicio de un juicio que tenga como pretensión el cumplimiento o cobro de una obligación con la citación a la demanda. Esta, según lo establecido en el artículo 56 del COGEP, es el "acto a través del cual se pone en conocimiento del demandado o requerido del contenido de la demanda o solicitud", y definiéndose, en palabras de Alvarado Velloso (2018, p. 356) como "la orden que emite la autoridad para que alguien comparezca al proceso para realizar allí determinada actividad".

La citación con el acto de proposición planteado en contra del deudor, puede ser suficiente para que, posterior a ella, la celebración del negocio, sea a título oneroso o gratuito se presuma fraudulenta, pues con la práctica de los medios probatorios que sean útiles, pertinentes y conducentes, puede llegar a verificarse que el deudor celebró el contrato con la finalidad de empeorar su situación económica.

En otras palabras, el mandamiento de ejecución es necesario, como se explicó previamente, para demostrar la acreencia en ciertos casos. Sin embargo, que el negocio fraudulento se celebre una vez que esta orden sea incumplida, no puede ser un hecho considerado como un requisito para probar el perjuicio del acreedor, ni tampoco del fraude, pues la celebración del mismo después de citado el deudor con la demanda pertinente, es suficiente para que, en conjunto a las pruebas practicadas, pueda formarse en el operador jurisdiccional, un criterio que pueda ser calificado de presunción que reúna los requisitos para considerarse de orden judicial.

Tal presunción, de conformidad a lo que establece el artículo 172 del COGEP, para que el juzgador considere que ha existido mala fe en la celebración del negocio, lo que lo volvería fraudulento, nace de un conjunto de medios probatorios que, analizados en su totalidad, llevan al juzgador a entender que determinado hecho a ocurrido, de ahí que la mala fe deba demostrarse, y que la buena fe sea una presunción de hecho, que admita prueba en contrario.

En conclusión, la citación con el inicio del proceso de cobro, pone al deudor en la alerta de que el acreedor le obligará a cumplir con sus obligaciones, por lo que este, para evitar que las mismas se ejecuten sobre su patrimonio, transfiere el dominio de sus bienes a través de negocios fraudulentos. Esto significa que si bien es cierto ha de necesitarse la orden del juez, si esta se encuentra incumplida, y en el transcurso del proceso se realizó un contrato donde se transfirió el dominio de bienes del deudor, este pueda llegar a presumirse ilícito.

Ahora bien, nuevamente recordemos que el primer inciso del art. 2370, expresamente dice que son rescindibles los contratos celebrados con fraude a los acreedores, antes de la cesión de bienes o de la apertura del concurso, siendo necesario que analicemos el momento en el que ocurren estas dos situaciones jurídicas, y su relación con el negocio cuya rescisión se pretende.

De primera mano, según el artículo 1631 del Código Civil, la cesión de bienes es admitida por un juez con conocimiento de causa, sus requisitos, forma y efectos se sujetan a lo dispuesto por el Código Orgánico General de Procesos. La norma puede entenderse de dos maneras:

- a) Que exista un proceso judicial cualquiera, sea de conocimiento, sea ejecutivo, en el que esta se realiza para evitar la ya nombrada ejecución forzosa de una sentencia, siendo así aceptado por el acreedor (de ahí que la disposición diga que el juez tiene conocimiento de causa, es decir, que precisamente conozca un proceso previo de cobro); o
- b) Que el legislador haya querido asimilar a la cesión de bienes como el concurso de acreedores preventivo, planteando la acción el propio deudor, reconociendo su imposibilidad de cumplimiento ante sus acreedores (de ahí que la norma diga que su forma se sujeta a lo establecido en el COGEP, y que el artículo de este código que se refiere a la cesión de bienes, nos hable del concurso de acreedores).

El término "antes", nos hace entender que el legislador se refiere a que el contrato fraudulento debe celebrarse previamente a que se realice tal cesión de bienes. De este modo, la propia norma no incluye la necesidad del mandamiento incumplido. El artículo 508 del Código de Procedimiento civil, actualmente derogado, nos decía que " La cesión de bienes presupone la insolvencia del deudor y ésta puede ser fortuita, culpable o fraudulenta", lo que nos haría intuir que estamos frente al concurso de acreedores voluntario o preventivo, es decir, que para que proceda la cesión, el deudor debe, necesariamente, ser insolvente.

En consecuencia, según la norma, el contrato fraudulento debería ser celebrado en un periodo de tiempo comprendido entre la citación con la demanda del proceso de cobro, donde se exige el cumplimiento de determinada obligación, y el llamado que hace el deudor a su acreedor o acreedores, si son varios, para que concurran al concurso preventivo.

Por otro lado, la celebración del contrato antes de la apertura del concurso, es una situación jurídica mucho más sencilla de entender, ya que las propias normas procesales son las que nos explican cuando, según el artículo analizado, se considera como fraudulento al negocio jurídico que se pretende nulificar. Dictado el mandamiento de ejecución, al amparo de lo que establece el artículo 416 numeral 1 del COGEP, se presume la insolvencia de una persona,

cuando dictado el mandamiento de ejecución dentro de un proceso, el deudor no ha cumplido con el pago o no ha dimitido bienes para el embargo.

En concordancia con aquello, el artículo 417 de la norma ibidem, nos detalla los tres tipos de insolvencia. Uno de ellos es la fraudulenta, que tiene lugar cuando "ocurren actos maliciosos del fallido, para perjudicar a los acreedores". Es lógico entonces, en este supuesto, que exista mala fe en el negocio que se pretende rescindir, y que la acción pauliana tenga lugar cuando se demuestre la existencia del fraude con el que se ha celebrado el contrato con el que se ha perjudicado a los acreedores en concreto.

Parte de dicho mal estado, es que se tenga el riesgo de que el deudor esconda los bienes para evitar cumplir las obligaciones que tenga con sus acreedores. En consecuencia, la frase "antes de la apertura del concurso" indica que el contrato fraudulento debería celebrarse en el período comprendido entre la citación con la demanda del proceso de cobro, y la presentación de la solicitud del concurso necesario.

El hecho de que deba esperarse a obtener un mandamiento de ejecución, retrasa demasiado al usuario de la administración de justicia en su proceso para obtener la rescisión del contrato, lo cual vuelve en cierto modo, inoperante en la práctica a la acción pauliana, pues su procedencia supone un periodo de tiempo muy largo y, considerando que su prescripción es de un año, contado desde la celebración del contrato fraudulento, existe la posibilidad de que una vez obtenido el mandamiento y que se produzca su incumplimiento en el proceso previo, la acción de rescisión se encuentre prescrita.

Además, esto se suma al hecho de que el usuario tiene a su favor herramientas que le permiten asegurar el cumplimiento de su crédito con la sola presentación de la demanda, y nos referimos aquí a las providencias preventivas, mismas que precisamente son concebidas con dicha finalidad.

Estas se pueden presentar demostrando la existencia del crédito, por un lado, así como el mal estado de los negocios del deudor, por otro. (COGEP, art. 125) de manera general a cualquier proceso, y específicamente, en procesos de tipo ejecutivo, estas se pueden pedir con la presentación de la demanda, y presentando los documentos que justifiquen la titularidad del derecho de dominio de los bienes del deudor. (COGEP, art. 351)

2.3. Declaraciones de voluntad sobre los cuales puede pretenderse la rescisión

El artículo 2370 del Código civil establece la posibilidad de rescindir cualquier acto o contrato, siendo necesario que definamos estos conceptos. La corriente alemana define al acto jurídico como todo hecho voluntario del hombre, que tiene consecuencias en el mundo del derecho. (Galvano, 1982, pág.39).

Este, a su vez, se clasifica en dos tipos de actos; el primero cuyas consecuencias o se encuentran preestablecidas en la ley, siendo estas inmodificables por la voluntad, llamados actos en estricto sentido, como lo son el matrimonio, y el reconocimiento voluntario de los hijos. Aquí, el efecto jurídico no se produce si el hecho consiste en el comportamiento voluntario y consciente del hombre.

Ahora bien, el segundo tipo de acto es precisamente el negocio jurídico, concepto que gira en torno a "la base del papel específico que cumple en ella la voluntad del hombre; el derecho no atribuye el efecto jurídico, como ocurre en el acto jurídico en general, a la mera voluntariedad del comportamiento, sino al ulterior extremo de la llamada voluntad de los efectos". (Galgano, 1982, pág.40). Son ejemplo de los mismos, el contrato como negocio bilateral, y el testamento, como negocio unilateral.

En consecuencia, su diferencia radica en que, en el acto jurídico, se generan efectos legales por el simple hecho de haberse realizado con voluntad, sin importar que quien ejecuta tal acto busque o no, los efectos que este tiene, mientras que, en el negocio, los efectos no se producirán si el sujeto no lo ha querido. (Galgano, 1982).

El contrato es un tipo de negocio jurídico puesto que se caracteriza por la concurrencia de dos voluntades, y dentro de él, se encuentran contenidas obligaciones de diversa índole, siendo las fundamentales las relacionadas a la patrimonialidad. Es decir, en el contrato siempre estará presente una intención económica, mientras que el negocio engloba una serie de actos diferentes al contrato: los convenios, los testamentos, actos no patrimoniales, etc. (Ledesma Boschini, s.f).

2.3.1. Contratos Onerosos

El primer numeral del artículo 2370 del Código Civil, en principio nos dice que "Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos (...) ". Esto nos explica el primer tipo de contratos cuya rescisión cabe la acción pauliana, siendo estos los onerosos, previamente analizados en el capítulo I de este trabajo de investigación. La clasificación entre onerosos y gratuitos tiene como fundamento la utilidad generada para quienes celebran el negocio, misma que, por excelencia es de trascendencia económica.

La gradación de la culpa, detallada en el artículo 1563 del Código Civil, es la base de dicha distinción, y tal norma, cuyo origen se remonta al propio imperio Bizantino, impone "determinar primero el interés que redunda del contrato en beneficio de las partes o de una de ellas, y averiguar luego si el deudor faltó a la diligencia y cuidado que estaba obligado a emplear según dicho beneficio" (Martínez, 2009, pág.182).

Por ello, cuando el contrato solo genera beneficio al acreedor (es decir, si es gratuito), el deudor es responsable de culpa grave o lata, equivalente al dolo según el artículo 29 de la norma previamente citada; responsable de la culpa leve, si el contrato beneficia a ambos sujetos de la relación (a título oneroso), y levísima, si lo causa beneficio al propio deudor (otra vez, si es celebrado a título gratuito).

Los contratos son onerosos por regla general, y gratuitos por excepción. Implican, como bien lo hemos explicado en los acápites que anteceden, que el beneficio o utilidad es mutuo, lo que para Pothier (de quién se nutre Andrés Bello para redactar el Código Civil chileno, del cual es tributario el ecuatoriano), se clasifica con la expresión "intéressés de part ét d'autre", que, traducida al español, significa "interesados de una u otra parte", pues para el redactor del código francés, la base de la onerosidad radica en el interés (Álvarez Salamanca, 2015, pág.87).

Son onerosos, por citar algunos ejemplos, el contrato de compraventa (por excelencia), el de arrendamiento, el mutuo o préstamo, la permuta, el mandato cuando es remunerado, pues tiene una naturaleza ambivalente, pudiendo ser oneroso o gratuito, dependiendo de lo estipulado por las partes, el contrato de seguro, los de naturaleza mercantil, como el de transporte, corretaje, leasing o arrendamiento financiero, y en general, todo contrato del cual se infiera un beneficio, utilidad o interés para ambos contratantes.

Adicional a ello, no podemos dejar de lado a los contratos innominados o atípicos, no regulados por la Ley, surgidos a la vida jurídica en razón de la libertad de contratación, inherente a la autonomía de la voluntad, (Martínez Guillén, 2007, pág.16). Estos son perfectamente legales en virtud de la autonomía de la voluntad de quienes los celebran, mientras no se incluyan cláusulas que atenten contra los requisitos esenciales que necesitan para tener efectos (como una causa ilícita, o un objeto contrario al orden público).

En conclusión, es rescindible por acción pauliana, cualquier tipo de contrato oneroso, pues el código así lo señala, y la lista de contratos ahí incluida no es taxativa, sino ejemplificativa.

2.3.2. Contratos accesorios a los onerosos

El numeral primero del artículo 2370, establece que la acción pauliana también rescinde las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar. Las hipotecas y prendas son cauciones y también contratos accesorios, que según el artículo 31 del Código Civil, son obligaciones que se contraen para asegurar el cumplimiento de otra, y son contratos que sirven para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, respectivamente.

En consecuencia, es lógico que, si se declara la nulidad en virtud de la acción pauliana, de un contrato oneroso calificado de principal, el contrato accesorio se extinguirá, pues no tiene

sentido que siga existiendo si el contrato que contiene obligaciones cuyo cumplimiento se pretende asegurar, ha sido nulificado y, por ende, se rescindirán sus efectos, rescindiéndose también los del accesorio.

2.3.3. Casos especiales: anticresis y patrimonio familiar

2.3.3.1. Anticresis

La anticresis es definida como un derecho real que atribuye al acreedor de una obligación principal, la posesión de un bien inmueble ajeno, en cuya virtud, para garantizar el cumplimiento de aquella y el cobro de los intereses que devengue, está facultado para percibir sus frutos, promover su enajenación si la obligación es incumplida, y que le reconoce preferencia al cobro sobre el precio obtenido. (Alegre de Miquel, 2013).

Sobre si es principal o accesorio, resultaría lógico que nace para extinguir una obligación preexistente, por lo que podríamos calificarlo como una especie de garantía y, en consecuencia, como un contrato accesorio. Para La Cruz, (como se cita en Alegre de Miquel, 2013) son garantías la hipoteca, la prenda y la anticresis, pues se caracterizan por "la adscripción de otro patrimonio al cumplimiento de la obligación del deudor".

2.3.3.2. Constitución de Patrimonio Familiar

El patrimonio familiar, como último ejemplo citado dentro del numeral 1 del artículo 2370 del Código Civil, también es rescindible a través de la acción pauliana. La norma ibidem (artículo 835) lo define como un derecho propio de los cónyuges, así de como quienes han constituido unión de hecho bajo los presupuestos legales exigidos para el efecto, a constituir para ellos mismos y sus descendientes, un patrimonio exclusivo para el grupo familiar, quedando excluidos del régimen ordinario de la sociedad conyugal, y de toda acción de los acreedores. (art. 747 CC).

Su regulación parte de un principio constitucional, incluido en la carta magna del año 2008, para proteger los derechos de quienes componen a una familia, según su artículo 69. En palabras de Zurita Borbor (2014, p.38) está formado por "todos aquellos activos tangibles y/o intangibles que conforman la riqueza que posee una familia".

Tiene como finalidad proteger el patrimonio de lo que se cree es la base de la sociedad, la familia, buscando que esta siempre tenga dentro de su patrimonio los activos suficientes para sustentar las necesidades de todos sus miembros, de ahí que lo que decida ingresarse a este patrimonio esté protegido de cualquier acreedor de quienes lo constituyen.

Precisamente por la protección reforzada que le brinda el ordenamiento jurídico, constituye una excepción a la aplicación del derecho general de prenda, y puede ser utilizada de modo fraudulento para que los acreedores no puedan ejecutar forzosamente las obligaciones

impagas de un deudor que ha ingresado sus bienes al patrimonio familiar que forme dicho deudor con su cónyuge.

Concluimos que el patrimonio familiar es un tipo de acto jurídico, en el cual quienes lo celebran son capaces de estipular las condiciones y consecuencias que este genera, lo que, a su vez, lo transforma en un negocio concretamente.

Esto deviene del hecho de que este está sujeto al arbitrio de quienes lo constituyen, pues ellos son quienes deciden la masa patrimonial que será protegida por él, sus reservas, su administración y demás, y siempre que se respeten las reglas fijadas en la norma sustantiva para su constitución y regulación, será perfectamente válido todo lo que se estipule dentro de él. En conclusión, es un negocio jurídico, propiamente dicho.

Para saber si es un negocio unilateral o bilateral, esto dependerá de quienes concurren a la celebración de la escritura pública de constitución del acto, pues este puede formarse por uno de los cónyuges, o por ambos. Esto se infiere de la lectura de los artículos 835, 836 y 837 del Código Civil, donde se desprende que habrá casos en los que se celebre por un cónyuge, por ambos, por una persona viuda, o por un célibe.

2.3.4. Contratos celebrados a título gratuito

El análisis realizado en líneas anteriores nos deja entrever que cualquier tipo de acto puede ser sujeto a la acción pauliana. Esto incluye actos jurídicos cuyas consecuencias pueden ser modificadas por quienes los celebran, esto es, a negocios como lo son el testamento y el convenio, y a los contratos propiamente, que son un tipo de negocio según la doctrina alemana a la que hemos hecho alusión.

Por ello, el numeral segundo del artículo 2370 nos dice que "los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles". Por actos, se incluyen todos aquellos que no son considerados contratos, como lo es el propio patrimonio familiar o las capitulaciones matrimoniales, y por pactos de liberación, el legislador se refiere a contratos gratuitos, como lo son el comodato, la donación, el mandato gratuito, etc.

En estos contratos, las obligaciones de trascendencia económica se gravan en beneficio de uno de los contratantes, sin perjuicio que quien recibe el beneficio tenga obligaciones de otra índole: cuidar la cosa objeto del préstamo del uso gratuito en el caso del comodato, rendir cuentas en el caso del mandato, ser grato con el donante, en el caso de la donación. A su vez, cuando habla de remisiones, se refiere al modo de extinguir las obligaciones, consagrado en el numeral 5 del artículo 1583 del Código Civil.

También es llamada condonación, y se define como "el perdón que hace el acreedor a su deudor de realizar la prestación debida, impulsado por fines altruistas o de beneficencia, así, el deudor se libera del cumplimiento de la obligación operando a la vez la extinción de la misma (animus solvendi)" (Castro Ayala & Calonje Londoño 2015, pág. 226).

La razón de que se incluya dentro de este artículo, es porque se rige bajo las reglas de la donación, cuando: esta se aplica sobre el derecho a percibir los réditos de un capital puesto a intereses (CC, art.1411); si se realiza a título gratuito sobre un derecho renunciable bajo los supuestos del artículo 11 de la norma ibidem (art.428); y cuando procede de la mera liberalidad (art. 1669). Consecuentemente, pese a no ser un contrato celebrado a título gratuito, para que cumpla con su cometido, y logre extinguir una obligación, se debe celebrar de la forma en la que se celebra el contrato gratuito por excelencia: la donación.

2.3.5. Capitulaciones matrimoniales: resolución Nro. 137-2014 de la Corte Nacional de Justicia.

Habiendo especificado que cualquier acto o contrato puede ser sujeto a la rescisión por acción pauliana, comenzamos diciendo que las capitulaciones matrimoniales no son un contrato, sino un convenio, según la disposición del artículo 150 del Código Civil. Aunque la norma ibidem trata al término como sinónimo de contrato, son diferentes tipos de negocio jurídico.

La convención, por un lado, es un acto jurídico bilateral, un negocio en estricto sentido, que tiene como finalidad " la creación, la modificación y la extinción de derechos preexistentes" (Alessandri, 1936, p.3), de ahí que precisamente sea el primer y más importante modo de extinguir las obligaciones, según el artículo 1583 de la norma ibidem. El contrato es en cambio un tipo de convención, que exclusivamente se circunscribe a la creación de obligaciones y derechos. (Carvajal R, 2007).

La capitulación matrimonial se constituye como un tipo de convenio, puesto que en estas se cumplen todos los presupuestos doctrinarios para darle tal clasificación, que surgen de las estipulaciones de los contrayentes, quienes se apartan de la tradicional sociedad conyugal. Así, la división de patrimonios, la inclusión de bienes que forman parte del haber relativo de los cónyuges, la renuncia a determinados derechos, entre otros,

Ahora bien, siendo un convenio típico o nominado, es también accesorio del contrato de matrimonio. La accesoriedad del contrato, según lo que establece el artículo 1458, implica que nace para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, entonces ¿cuál es la obligación principal que las capitulaciones matrimoniales protegen?

El contrato de matrimonio tiene dos obligaciones: que los cónyuges vivan juntos y que se auxilien mutuamente. El auxilio puede ser de diverso tipo, siendo el que nos importa el que

tiene trascendencia económica. Para que esta obligación pueda ser cumplida, el legislador hace que surja la conocida sociedad conyugal, para efectos de administración del patrimonio común que los cónyuges formen a lo largo de su matrimonio.

La capitulación matrimonial tiene por objetivo establecer, modificar o sustituir las normas de carácter patrimonial aplicables al matrimonio (Badía, 2014), por lo que, a la postre, viene a tratar de proteger la obligación de auxilio mutuo en el aspecto patrimonial.

Adicional a ello, son una convención accesoria que sigue la suerte de su contrato principal, (Badía, 2014), ya que, si estas son celebradas antes del matrimonio, y este no llega a ser celebrado, estas automáticamente perderán su valor; por otro lado, si el matrimonio termina, también lo harán las capitulaciones, como un efecto accesorio a dicha terminación del vínculo conyugal, eminentemente bilateral.

Entendiendo que también puede ser rescindible a través de la acción pauliana, en el año 2014, la Corte Nacional de Justicia analizó un recurso de casación planteado dentro de un juicio de esta naturaleza, que versa sobre la celebración de capitulaciones matrimoniales que, a decir de los actores, eran fraudulentas, por cuanto buscaban que los acreedores no cobren un crédito a su favor, instrumentalizado en una letra de cambio.

De sus hechos obtenemos parte de las hipotéticas situaciones que planteamos en acápites anteriores: a) el acreedor tiene a su favor un título valor, que no requiere de declaraciones adicionales para que se le reconozca en tal posición; b) el convenio presuntamente fraudulento fue celebrado después de haber nacido la obligación, y antes de que el proceso de cobro, implicando que se inició incluso mucho antes de que el acreedor pueda considerarse como insolvente; y c) la acción se propuso sobre la base de un convenio, de un negocio jurídico bilateral.

El fallo, pese a no ser de triple reiteración, constituye jurisprudencia muy valiosa para nuestro estudio, pues confirma algunos de los criterios que manejamos en los acápites anteriores, y brinda otros que son muy útiles. Estos son:

- i. **No es necesario que quienes celebren el acto o contrato fraudulento, lo hagan en virtud de la existencia de un proceso previo.**

Esto por cuanto la letra fue firmada en enero de 2009, siendo exigible en julio del mismo año; el proceso de cobro de la letra, así como el proceso de rescisión pauliana, iniciaron en distintos días del mes de enero de 2010. Sin embargo, nos mantenemos firmes en lo que inicialmente planteamos en la presente investigación, y el fallo lo confirma: el caso analizado tiene como

fuerza de la acreencia a una letra de cambio, donde el derecho de crédito se encuentra previamente reconocido.

Por otro lado, si la acreencia deviniera de otro tipo de fuente, necesitaría que la misma sea reconocida en juicio. Aclaramos que no necesita ser declarada por el juez, ya que dicha acreencia existe ante el simple incumplimiento de las obligaciones del deudor, pero necesita ser reconocida a través de una sentencia en firme, ya que la acción pauliana pretende una sola cosa: obtener la revocación de los actos realizados por el deudor en fraude de sus derechos. (Alessandri, 1983, pág. 149).

Su intención es retrotraer a la fecha de celebración del acto fraudulento sus efectos, como si este jamás haya sido celebrado, pero no está pensada ni diseñada jurídicamente para que dentro de ella se incluya como parte de las pretensiones que se reconozca la calidad de acreedor al accionante, de ahí que sea necesario el proceso previo.

- ii. **No es necesario que la celebración del acto o contrato fraudulento se haya dado cuando el deudor ha hecho cesión de bienes o ha sido declarado insolvente.**

El tribunal expresamente señala:

El hecho de que el Art. 2370 se refiera a los actos ejecutados “antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso”, no se relaciona al caso de que sólo durante el concurso o de la cesión pueda haber su ejercicio” (...) “este artículo no ha pretendido decir que sólo puede intentarse la acción pauliana únicamente cuando el deudor está declarado en concurso o haya hecho cesión de bienes”(pág.9)

Tomando las reflexiones Arturo Alessandri, y a los franceses Planiol y Ripert, la corte sostiene que la frase de apertura contenida en el inciso primero de la norma analizada, sirve para entender las consecuencias de la celebración de los negocios fraudulentos antes y después de la cesión de bienes y de la apertura del concurso, pues los que concurren en el segundo supuesto, son nulos de pleno derecho, mientras que los primeros rescindibles, ya que los deudores aún conservan la libre administración de sus bienes. (CNJ, pág.10).

En consecuencia, no es necesario que el deudor se encuentre en cesión de bienes, o que su insolvencia haya sido declarada, para que el acreedor pueda plantear la demanda de acción pauliana respectiva, cuando se cree perjudicado por la celebración de determinado acto o contrato por parte del deudor.

- iii. **La acción rescisoria pauliana no necesita un mandamiento de ejecución incumplido previamente:**

Se entiende entonces, que el mandamiento ejecución no es necesario a criterio del tribunal, ya que no sería un elemento probatorio del perjuicio, ni del fraude. Si bien es cierto, la Corte no rechaza el requisito de manera expresa, esto se infiere de la propia redacción de la sentencia, pues el tribunal señala que es un criterio que no constituye fallo de triple reiteración, y que más bien es un caso de "dogmatización de las sentencias" que tiene lugar cuando los casacionistas seccionan la parte que a cada cual le interesa del fallo de casación, recogiendo así una afirmación cualquiera. (Diez Picazo, 2003, como se cita en la resolución Nro. 137-2014).

Como explicamos anteriormente, el proceso previo en algunos casos servirá como prueba de la acreencia, pero que exista un mandamiento de ejecución que no haya sido cumplido es un requisito que carece de sentido; más bien, termina retrasando al acreedor en su travesía, y pone en riesgo la posibilidad de que plantee su demanda, considerando el corto plazo de prescripción de la acción.

Capítulo III

Análisis de los requisitos de procedibilidad de la acción rescisoria pauliana: estudio de su aplicación en el cantón Cuenca, en el período 2018-2022

3.1. Fraude pauliano: requisitos para demostrarlo

Los requisitos que necesitan probarse para la procedencia de la acción pauliana, son excluyentes entre sí, de modo que, si uno no logra probarse, termina siendo inviable la rescisión a través de dicha acción. Estos son: a) la acreencia; b) el perjuicio; y c) el fraude. Habiéndonos referido a la acreencia en acápite anteriores, ahora nos centraremos tanto en el fraude, como en el perjuicio.

3.1.1. Perjuicio

De primera mano, debe entenderse que el acto o contrato ha sido celebrado en perjuicio de los acreedores. Según Alessandri, este perjuicio tiene como base un hecho ilícito, que a su criterio es una especie de delito civil, lo que "autoriza a los acreedores para intentar la acción pauliana, destinada a obtener la reparación del daño causado por el delito civil". (Alessandri R, 1936, pág.158 y 159).

Para Planiol y Ripert, consiste en que el acto realizado por el deudor "produce su insolvencia o aumenta la ya existente, en cuanto carencia de bienes suficientes para responder a las obligaciones contraídas" (2001, 652). En tal sentido, el acervo probatorio del actor deberá ir encaminado a demostrar que el crédito que tiene a su favor es imposible de ejecutarse sobre el patrimonio del deudor fraudulento, por cuanto este, a la fecha de presentación de la demanda, se encuentra en la imposibilidad de afrontar sus obligaciones.

Los certificados de bienes de los diferentes Registros de la Propiedad, los certificados de poseer vehículos, la información bancaria y demás, son ejemplos de medios probatorios que pueden ser usados para probarlo. Así, se probará al administrador de justicia que la celebración del contrato en primer lugar ha empobrecido el patrimonio del deudor y que, en consecuencia, de tal empobrecimiento, el acreedor no ha podido cobrar su crédito, ya que sería improcedente si pese al empobrecimiento del patrimonio, el deudor aún contaba con bienes sobre los cuales el acreedor podía ejecutar el derecho general de prenda que le asiste.

3.1.2. Fraude

La doctrina ha entendido por fraude pauliano, la "connivencia o confabulación (consilium fraudis) entre el deudor y los terceros que participan, a sabiendas, en actos o contratos que producen o aumentan la insolvencia de aquel en perjuicio de sus acreedores" (Ospina F & Ospina A 1994, p. 524).

Está formada por dos elementos: el ánimo de perjudicar y la existencia del perjuicio. El primer supuesto se denomina *consilium fraudis*, que se demuestra comprobando que el actor ha obrado con ánimo de disminuir su solvencia, en perjuicio de sus acreedores, y el segundo es el *eventus damni*, que implica la demostración de que el acto fraudulento, se ha derivado un perjuicio para los acreedores. (Ospina F & Ospina A 1994, p. 524).

Esto implica que tiene dos elementos, uno subjetivo, que es el ánimo de perjudicar, así como uno objetivo, que es la materialización del hecho fraudulento, mismo que se plasma en la celebración del negocio o los negocios que buscan impedir al acreedor ejecutar su crédito sobre el patrimonio del acreedor.

Se prueba en diferentes condiciones, dependiendo del tipo de contrato: a) Contratos onerosos: se necesita probar que concurre cuando tanto el adquirente como el otorgante conocían del mal estado de los negocios del deudor; y b) actos jurídicos y contratos gratuitos: únicamente es necesario que se pruebe la mala fe del deudor para celebrarlos, esto es, que al celebrarlos habría de producirse el perjuicio.

Ahora bien, según el artículo 741 del Código Civil, la mala fe debe probarse, y el legislador no le ha dado la calidad de presunción legal, bajo los supuestos del artículo 32 de la norma *ibidem* lo que, a nuestro criterio, implica que esta sea una presunción de orden judicial. Decimos que es una presunción ya que el propio significado dado por la Real Academia Española sobre el tema, implica suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen.

Ya que la mala fe tiene dos elementos, la clave estaría en demostrar el elemento subjetivo, que es el ánimo de perjudicar, como base del objetivo, que es la celebración del acto o contrato fraudulento, y ya que el elemento sujeto no es palpable a través de los sentidos, de ahí que sea probado a través de presunciones. Sobre esta base, la ex Corte Suprema de Justicia, señala sobre las presunciones:

Dada la circunstancia de que esta clase de conocimientos se los tiene cuidadosamente reservados y ocultos es muy difícil o casi imposible poder probarlos por medios directos (inspección judicial) o medios indirectos (documentos públicos o privados, confesión judicial y declaraciones testimoniales); de allí que la ley ha previsto la prueba por inducciones y deducciones que lleva a cabo el Juez por sí mismo, procurando reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas y por medio de inferencias que conduzca de los hechos conocidos a los hechos desconocidos. (Como se cita en la resolución Nro.01333-2019-01318, dictada por la Dra. Lineth Boada).

Tal pensamiento nos hace concluir que el juzgador tomará todo el acervo probatorio que ha formado parte del proceso, lo valorará y obtendrá tal presunción sobre la base de las conclusiones obtenidas. Ahora bien, pese al criterio de la ex Corte, no podemos dejar de lado la importancia de la prueba testimonial en estos casos, así como la declaración de parte de quienes tengan conocimiento sobre los pactos fraudulentos, son fundamentales para obtener prueba de la mala fe.

La prueba testimonial es valorada en su conjunto y en relación a las otras pruebas aportadas, según el artículo 176 del COGEP. De la valoración de todo el acervo probatorio del sujeto procesal, el juzgador terminará haciendo las deducciones necesarias que lo lleven a presumir si existe o no mala fe, entiendo, claro está, que se aplicará la sana crítica del juzgador que conozca la causa.

Ahora bien, habiendo dicho que la mala fe termina siendo una especie de presunción judicial, se prueba al amparo de lo previsto en el artículo 1729 del Código Civil, en concordancia al artículo 172 del COGEP, y se define como "la consecuencia de un silogismo, fundado en premisas, llamadas indicios, que se apoyan en hechos reales y probados, graves, precisos y concordantes, que nos llevan al convencimiento de que determinados hechos se produjeron de cierta manera". (Falcón, 2009, como se cita en Navarrete Ríos, 2020, pág.29).

Se entrevé que la mala fe tiene una dificultad probatoria mayor en el caso de los contratos onerosos que en los actos y los contratos celebrados a título gratuito, ya que en primer caso es necesario probar que tanto el adquirente y el contratante conocían el mal estado de los negocios del deudor, mientras que en el segundo la mala fe es únicamente atribuible al otorgante del acto o contrato cuya rescisión se pretende, y no al adquirente.

En consecuencia, la lógica nos lleva a pensar que los deudores fraudulentos, conscientes de tal situación, han de preferir celebrar contratos a título oneroso, ya que el acreedor tendrá mayores dificultades para demostrar la mala fe, pues deberá hacerlo sobre la relación existente entre el deudor y el tercero que celebra el negocio con él.

3.2. Registro histórico de demandas planteadas en la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Cuenca: años 2018 a 2022.

La investigación se ha encargado de explicar hasta este momento, las razones por las cuales teóricamente la acción pauliana presenta dificultades de aplicabilidad. Estos criterios han surgido del análisis a la construcción gramatical del artículo 2370 del Código Civil, de donde hemos obtenido que la problemática surge principalmente de los siguientes supuestos:

- 1) Que el juzgador que conoce la causa, aplique el criterio de la necesidad de un proceso de cobro previo, que tenga mandamiento de ejecución, y que este se

encuentre incumplido, como requisito para probar tanto a la acreencia como al perjuicio.

- 2) Que el actor logre probar que se le ha causado perjuicio, esto es, que a consecuencia de la celebración del acto o contrato no ha podido cobrar su crédito y;
- 3) La prueba de la mala fe, dependiendo del tipo de contrato.

A su vez, señalamos que la acción pauliana es procedente justificando de primera mano que: a) quien la propone es acreedor del demandado, b) que el acto se ha producido en su perjuicio, y c) que tal perjuicio es un acto de mala fe. A esto podríamos sumarle el tiempo de prescripción de la acción, mismo que es de un año.

Esto se confirma a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que establece como requisitos de procedibilidad a:

- (a) Que el actor sea acreedor del vendedor; b) Que el contrato de compraventa sea en perjuicio del actor; c) Que haya mala fe de parte del otorgante y del adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero; d) Que la acción sea deducida dentro del año contado de la fecha del acto o contrato. (Resolución No. 82003, 2003)

Planteadas las dificultades teóricas, se ha realizado una investigación centrada en las demandas de acción rescisoria pauliana propuestas en la ciudad de Cuenca, del año 2018 al año 2022. Para su análisis, se incluyen los siguientes datos, a los cuales se les ha asignado una letra en específico a efectos de organizar la información obtenida, siendo estas:

- (a) número de proceso; (b) tipo de contrato; (c) Aplicación del criterio de necesidad del mandamiento de ejecución; (d) Si se logra, a criterio del juzgador, probar el perjuicio (la existencia del crédito impago y que la celebración del acto o contrato no ha permitido al acreedor cobrarlo); (e) Si se logra, a criterio del juzgador, probar la mala fe necesaria dependiendo del tipo de contrato; y (f) sentencia.

Se han analizado las sentencias de primera instancia obtenidas en el periodo estudiado, obteniendo los siguientes resultados:

3.2.1. Año 2018

| Categoría (a) | Categoría (b) | Categoría (c) | Categoría (d) | Categoría (e) | Categoría (f) |
|------------------|-------------------|---------------|-----------------|-----------------|----------------------|
| 01333-2018-03299 | Gratuito/Donación | No se aplica | No se demuestra | No se demuestra | Se declara sin lugar |

| | | | | | |
|------------------|---|-----------|--------------|--------------|----------------------|
| 01333-2018-04533 | Se retira la demanda, y se archiva la causa. | | | | |
| 01333-2018-05688 | Oneroso / Compraventa | Se aplica | Se demuestra | Se demuestra | Se declara con lugar |
| 01333-2018-07293 | Se declara improcedente por falta de conformación del Litis consorcio pasivo necesario. | | | | |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

3.2.2. Año 2019

| Categoría (a) | Categoría (b) | Categoría (c) | Categoría (d) | Categoría (e) | Categoría (f) |
|------------------|-----------------------|---------------|---------------|---------------|----------------------|
| 01333-2019-01318 | Oneroso / Compraventa | Se aplica | Se logra | No se logra | Se declara sin lugar |
| 01333-2019-07686 | Oneroso / Compraventa | No se aplica | No se logra | No se logra | Se declara sin lugar |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

3.2.3. Año 2020

| Categoría (a) | Categoría (b) | Categoría (c) | Categoría (d) | Categoría (e) | Categoría (f) |
|------------------|---|---------------|---------------|---------------|----------------------|
| 01333-2020-01860 | Gratuito / donación | Se incluye | No se logra | No se logra | Se declara sin lugar |
| 01333-2020-02139 | Gratuito / Donación | Se incluye | No se analiza | No se analiza | Se declara sin lugar |
| 01333-2020-03717 | Se produce el retiro de la demanda, y el archivo de la causa. | | | | |
| 01333-2020-04224 | Se produce el abandono de la causa por falta de impulso procesal. | | | | |
| 01333-2020-05386 | Se desiste de la acción planteada, y se ordena su archivo. | | | | |
| 01333-2020-06499 | En trámite. | | | | |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

3.2.4. Año 2021

| Categoría (a) | Categoría (b) | Categoría (c) | Categoría (d) | Categoría (e) | Categoría (f) | Categoría (g) |
|------------------|--|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| 01333-2021-02972 | Se declara sin lugar la demanda por operar la prescripción de la acción. | | | | | |
| 01333-2021-05888 | En trámite. | | | | | |
| 01333-2021-08199 | En trámite. | | | | | |
| 01333-2021-10639 | En trámite. | | | | | |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

3.2.5. Año 2022:

| Categoría (a) | Categoría (b) | Categoría (c) | Categoría (d) | Categoría (e) | Categoría (f) | Categoría (g) |
|------------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|---------------|
| 01333-2022-02363 | En trámite. | | | | | |
| 01333-2022-12941 | En trámite. | | | | | |
| 01333-2022-11724 | En trámite. | | | | | |
| 01333-2022-11096 | En trámite. | | | | | |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

3.3. Resultados obtenidos.

3.3.1. Interposición de la acción:

En los años analizados, se han propuesto (20) veinte demandas de acción rescisoria pauliana. Esto representa apenas el 0,04 % del total de casos propuestos ante la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Cuenca, lo que entreve que, en efecto, los acreedores no han preferido a dicha acción para pretender resarcir el perjuicio causado por sus deudores.

Si lo analizamos por año, los porcentajes son los siguientes:

| Año | Demandas civiles planteadas en la unidad judicial de Cuenca | Demandas por acción rescisoria pauliana | Porcentaje que representa la acción del total de demandas |
|-----|---|---|---|
| | | | |

| | | | |
|--------------|--------------|-----------|----------------|
| 2018 | 8539 | 4 | 0,0468 % |
| 2019 | 8532 | 2 | 0,0234% |
| 2020 | 6624 | 6 | 0,0905% |
| 2021 | 10697 | 4 | 0,0373% |
| 2022 | 14889 | 4 | 0,0268% |
| TOTAL | 49281 | 20 | 0,0405% |

Fuente: Sistema SATJE, Función Judicial (recopilación propia).

Concluimos entonces, que el porcentaje de planteamiento de demandas es prácticamente inexistente, y aquello nos pone frente a una grave problemática: su desuso. Este implica que la institución jurídica es una norma respecto a la cual "los sujetos sometidos no realizan los comportamientos mediante los cuales se evita la sanción, es decir, no es acatada, y tampoco genera dicho incumplimiento la aplicación de una sanción por parte de los órganos jurídicos". (Calvo Soler, 2007, pág.174).

Por un lado, implica que habrá deudores que celebren negocios fraudulentos, y por otro, que no serán sancionados con la rescisión del mismo. Pese a que no existe la derogación tácita por desuso dentro de nuestro código, ya que esta se aplica por nacimiento de normas cuyo sentido no puede conciliarse con la anterior (art. 37 CC), lo que ha terminado sucediendo en la práctica jurídica es que la acción pauliana resulta inoperante en su cometido, es decir, se ha vuelto ineficaz, esto es, que "dadas las condiciones de aplicación de la misma esta no es acatada y tampoco es aplicada la sanción prescrita" (Calvo Soler, 2007, pág.174).

A la postre, la institución se ha mantenido vigente en el Código Civil sin modificación alguna, ni tampoco ha sido desarrollada a través de la jurisprudencia de las altas cortes, como bien lo hemos explicado a lo largo de esta investigación. Este hecho no es del todo atribuible a las cortes, ya que, si las demandas por acción pauliana son casi inexistentes, mucho más lo serían las apelaciones a sus sentencias, y más aún, los recursos de casación planteados contra ellas.

3.3.2. Perjuicio y el acogimiento del criterio de la necesidad de un mandamiento de ejecución incumplido:

De los 20 procesos revisados, únicamente 6 tienen sentencia, y de ellos, en 4 se acoge el requisito de procedibilidad que la ex Corte Suprema de Justicia ha impuesto a la acción pauliana, esto es, que exista un mandamiento de ejecución de un proceso de cobro previo a la celebración del negocio presuntamente fraudulento.

En los procesos donde este criterio no es mencionado, el mismo no se incluye debido a que dentro del proceso no se ha justificado, a decir de los juzgadores, la acreencia del actor.

Sobre esto, de primera mano podemos decir que la acreencia y el perjuicio están estrechamente ligados si utilizamos el criterio del mandamiento de ejecución.

Si bien es cierto, la ex Corte Suprema señala que este es la prueba del perjuicio, no podría existir sin el proceso de cobro, lo que nos obliga a entender que los jueces asocian tanto a la acreencia como al perjuicio con la existencia de un proceso previo.

Dentro del caso número 01333-2019-01318, también se incluye el criterio analizado, celebrándose el negocio presuntamente fraudulento, 10 días después de que la Corte Nacional de Justicia rechaza el recurso de casación planteado sobre la sentencia de apelación del proceso de cobro previo, en la que se ordenaba el pago de determinada cantidad de dinero al acreedor.

En el caso 01333-2019-07686 no existe prueba del crédito, pese a nombrarse dentro del libelo de la demanda la existencia de un juicio ejecutivo previo, sin embargo, nunca se presentaron copias certificadas de dicha causa, ni se presentó otro tipo de documento que justificara tal acreencia, por ende, la juez sustanciadora no aplica el criterio del mandamiento de ejecución, ya que dentro del juicio no se ha probado la existencia del proceso de cobro previo.

Finalmente, en el número 01333-2018-03299, tampoco se estudia tal cuestión debido a que, a criterio del juez que conoció la causa, el accionante no logró demostrar su calidad de acreedor frente al demandado, por lo que, consecuentemente, no se logró probar el perjuicio ni la mala fe de los contratantes del negocio materia de la acción, mismo que era una compraventa.

Ahora bien, el único caso que ha obtenido una sentencia favorable es el número 01333-2018-05688. La sentencia dictada rescinde un contrato de compraventa celebrado entre la deudora del accionante y el hermano de esta, y se celebra cumpliendo tajantemente los presupuestos fijados en la sentencia dictada por la ex Corte Suprema de Justicia en el año 2002, previamente analizada y que trae el criterio del mandamiento de ejecución incumplido. En el caso analizado, el contrato de compraventa, en efecto se celebra después de incumplirse con la orden dictada por la juez sustanciadora.

Recordemos que esto, a decir del tribunal, sirve como único medio para demostrar el perjuicio. Habíamos dicho también, que la prueba de la acreencia puede o no devenir de un proceso previo, pero que, cuando es necesario que este exista, la sentencia que se encuentre firme reconocerá tal calidad.

Establecido aquello, ninguno de los juzgadores hace mayor explicación del porqué el mandamiento de ejecución es necesario, ni la pertinencia del mismo, lo que va sumado al

hecho de que tal criterio está contenido dentro de una sola sentencia, es decir, no es fallo de triple reiteración y, por ende, no es jurisprudencia vinculante. Las sentencias analizadas se limitan a copiar textualmente el criterio aportado en el año 2002, y a revisar si tal mandamiento de ejecución incumplido se encuentra probado dentro del juicio.

Debemos comprender no se es un acreedor perjudicado, por la existencia de un mandamiento de ejecución incumplido, sino desde el mismo momento en el que la obligación se incumple. La acreencia nace de "el derecho de crédito que tiene el acreedor para exigir una prestación que puede ser de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse produce el fenecimiento de la relación jurídica". (Castillo Freyre, 2014, pág. 210) lo que se demuestra sin necesidad de un proceso previo, en algunos casos, y necesitándose dicho proceso en otros, pues recordemos que las obligaciones pueden nacer de diversas fuentes, y que su prueba dependerá del tipo de obligación y de las condiciones en que esta haya nacido.

Es el acreedor, quien tiene la carga de la prueba para justificar que tiene tal calidad, demostrarlo con el acervo probatorio que tenga a su favor, pudiendo ser estos el título valor que tenga, instrumentalizado por el nacimiento una obligación económica, que no necesite mayor prueba que su existencia misma, un contrato, una sentencia ejecutoriada, o en general con cualquier documento que contenga el reconocimiento de un derecho de crédito, conforme se desprenda del caso concreto.

Además, como bien lo explicamos, el mandamiento de ejecución incumplido tampoco es prueba única y exclusiva del perjuicio, pues este deviene cuando se produce el detrimento al acreedor, por el incumplimiento de una obligación, incumplimiento que por lógica tuvo lugar antes de plantearse la acción rescisoria, de ahí precisamente que se demande en la sede judicial.

3.3.3. Prueba de la mala fe:

En 5 de las 6 sentencias dictadas por los juzgadores de primera instancia, se concluye que el acreedor no ha podido demostrar la mala fe de su deudor. De los seis casos, tres versan sobre contratos de compraventa, y tres sobre donación. En ninguna de las cinco causas se hace mayor explicación del fraude, en el sentido de que los fallos se limitan a decir que tal fraude no ha sido probado.

De manera especial, conviene analizar el fallo dictado dentro del juicio nro. 01333-2019-01318. Nos sirve para demostrar, en primera mano, lo sostenido en relación a que existirán procesos donde deba ser necesario que se reconozca la acreencia en un proceso previo, ya que el accionante ha justificado tal calidad con la sentencia ejecutoriada de un proceso de cobro de dinero.

Concretamente cuando se habla de la mala fe, existe una consideración que es necesaria para probarla: el conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. En el caso sub examine, la vendedora y el comprador que fueron partes del contrato de compraventa cuya rescisión se pretendía, también ostentaban las calidades de empleadora y trabajador, respectivamente.

Ya que el contrato era oneroso, para demostrar que se celebró con mala fe, el actor debía demostrar que el comprador sabía que la vendedora, también empleadora suya, se encontraba en una situación económica que no le permitía pagar sus deudas, lo que lógicamente, implica que el comprador debe conocer tanto la existencia de las mismas, como la imposibilidad de pagarlas.

Al analizar y valorar los medios probatorios aportados, la juzgadora concluye de primera mano que se ha probado la mala fe del otorgante, es decir de la deudora, por cuanto ella expresamente reconoció que existía la deuda, y celebró el contrato de compraventa conociendo tal situación. Esto lo infiere al analizar la declaración de parte de la demandada, de donde se desprende que estaba consciente de la existencia de la deuda y así lo reconocía.

Al momento de analizarse si el comprador conocía el mal estado de los negocios del comprador, se prueba que los contratantes tenían una compañía juntos, que se conocían cerca de cuatro años y que conocía del mal estado de los negocios del cónyuge de la vendedora. A su vez, se prueba que el inmueble estaba hipotecado.

La juzgadora concluye que el hecho de ser trabajador de la codemandada, como conocer el gravamen que recaía sobre el inmueble, no son prueba suficiente para demostrar que el comprador conocía el mal estado de los negocios de la vendedora. Sostiene que la relación laboral no es suficiente para conocerlo, por un lado, y que la existencia de una hipoteca no es razón suficiente para suponer el mal estado de los negocios de una persona.

Además, se le da un peso relevante a la declaración de parte del demandado, quien dice no conocer la mala situación económica de su empleadora. No se analiza la producción del certificado de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros de donde se desprende que ambos demandados eran accionistas de una determinada sociedad, cuestión que podía apelarse según las reglas de valoración de la prueba; sin embargo, a nuestro criterio la práctica de este documento en audiencia tampoco es relevante por sí mismo, a menos que adquiera fuerza a través del interrogatorio realizado al comprador, puesto que si se realizaran las preguntas correctas, probablemente la juzgadora hubiera tenido un criterio diferente al adoptado en sentencia.

Por otro lado, dentro del juicio Nro. 01333-2018-05688, único centro del cual se declara con lugar la sentencia de primera instancia, al referirse sobre el requisito de la mala fe, el juez sostiene que este pudo probarse a través de las declaraciones de parte de los demandados, sobre la base de que eran hermanos, por un lado, y por otro, que el comprador conocía de la existencia de la deuda que la vendedora mantenía con el actor dentro de la causa. Esto nos lleva a concluir que la mala fe es el requisito más difícil de probar ante la administración de justicia. Las relaciones personales no constituyen un antecedente para presumir por sí mismas que se conoce el mal estado de los negocios del vendedor, y no podrá demostrar nada si no se acompaña de pruebas que puedan llevar al juzgador a presumir la mala fe.

Con esto, no decimos que no es importante analizar el tipo de relación que tengan los contratantes, pues, por citar un ejemplo, en la resolución Nro. 137-2014, dictada por la Corte Nacional de Justicia y previamente analizado en esta investigación, los demandados eran cónyuges, y lo que se rescindió fueron las capitulaciones matrimoniales que ellos celebraron.

Lo que tratamos de explicar, es que se necesita la suma de los medios probatorios suficientes que nos lleven a presumir que en efecto el comprador conocía del mal estado de los negocios del comprador, lo cual, en efecto, puede resultar difícil para el accionante, y sin embargo, consideramos que la presunción de orden judicial tiene una razón de ser, y el hecho de que probarla sea tan difícil, deviene de su propia naturaleza, pues el juzgador deberá estar completamente seguro de que se actuó con mala fe, en perjuicio del acreedor.

3.4. Recopilación de criterios

A través de la presente investigación hemos encontrado las principales falencias que tiene la acción a través de su estudio tanto teórico como práctico. Se ha hecho revisión de las instituciones que gramaticalmente componen al artículo 2370, así como se han analizado los principales criterios aportados por las altas cortes.

Dicho aquello, resulta preciso resumir cuales son, a nuestro criterio, los aportes que deberían ser tomados en consideración para entender la naturaleza de la acción pauliana, siendo estos, a nuestro criterio:

3.4.1. En referencia a la necesidad de un proceso previo, como prueba de la acreencia:

De primera mano, decimos que existirán casos en los que no será necesario un proceso previo de cobro, y que estos principalmente serán aquellos donde el crédito esté contenido en un documento donde este se reconoce, como, por ejemplo, una letra de cambio, un pagaré a la orden, un contrato incumplido, entre otras.

Aquello supondría que el negocio fraudulento, para presumirse como tal, deberá ser celebrado posterior al vencimiento de la deuda, mas no al momento que la orden judicial del juez sea incumplida. Como explicamos antes, el vencimiento de la deuda es necesario a nuestro criterio, pues si no se encuentra vencida, el deudor no podrá reclamarla y, mucho menos, que un negocio hecho por el deudor le cause perjuicio.

Si bien es cierto el crédito nace por el derecho que el acreedor adquiere del compromiso realizado por el deudor, el hecho de transferir la propiedad de uno o de determinada cantidad de inmuebles antes del vencimiento de la deuda no puede ser considerado como perjuicio para el acreedor, ya que hasta que el plazo no venza, el deudor no estará en mora y, por ende, no habrá incumplido su obligación.

Para aquellos casos donde sí se necesite un proceso previo, el negocio fraudulento habría de celebrarse en cualquier momento posterior a la citación con la demanda, entendiéndose, claro está, que para que pueda proceder, la sentencia dentro del juicio deberá ser favorable para el acreedor, y encontrarse en firme.

Si bien es cierto, el acreedor deberá esperar hasta tener en firme una sentencia donde se le reconozca tal calidad (insistimos, únicamente que se reconozca, pues se es acreedor desde que la obligación nace hasta que se extingue), una vez que la obtenga, la prueba del fraude podrá soportarse de primera mano con el propio hecho de haberse realizado la citación, entendiéndose, lógicamente, que no será la única prueba para que la presunción pueda tener el carácter suficiente para rescindir un contrato.

3.4.2. Sobre el mandamiento de ejecución:

Es necesario que los operadores de justicia se alejen del criterio adoptado por la ex Corte Suprema de Justicia en el año 2002. De primera mano, no constituye fallo de triple reiteración, por lo que no puede ser considerado como fuente de derecho, según lo establecido en el numeral segundo del artículo 184 de la Constitución de la República.

En segundo lugar, carece de la motivación necesaria para comprender por qué tal mandamiento es imperativo previo al planteamiento de la acción rescisoria pauliana. Recordemos que en acápite anteriores explicamos que existen países donde este requisito si se incluye, siendo este el Reino de España, para los contratos celebrados a título oneroso.

Pese a aquello, consideramos que tal mandamiento de ejecución no es como prueba del perjuicio. En los casos donde en efecto necesitaremos una sentencia ejecutoriada, no necesariamente debe venir acompañada del mandamiento de ejecución, ya que este es posterior a su ejecutoría, y de así decidirse por el acreedor, podrá o no acompañarse junto al

acervo probatorio. En consecuencia, la sentencia ejecutoriada si sería requisito, el mandamiento no.

Esto, debido a que el perjuicio deviene en demostrar que el acreedor no ha pedido ejecutar su crédito en el patrimonio del deudor debido al fraude con el que este ha actuado, y puede probarse ante el juzgador, haciéndole saber que el acreedor no tiene bienes o activos en su patrimonio sobre el cual cobrar su acreencia, lo que se puede demostrar a través de medios documentales, como:

- i. Los certificados de poseer bienes de cualquier tipo, que se pueden obtener en los respectivos registros de la propiedad y las agencias de tránsito respectivas.
- ii. las certificaciones que se obtienen de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.
- iii. Los certificados que otorguen la Superintendencia de Bancos, y de Economía Popular y Solidaria que, solicitados con auxilio judicial, muestren los fondos de las cuentas y los productos adquiridos a las instituciones del sistema financiero.
- iv. En general, los certificados que cualquier registro otorgue, de donde se desprenda la existencia de cualquier activo registrado a nombre del deudor (por ejemplo, el Registro Mercantil respectivo).

Recordemos que a nivel nacional podemos acudir a la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos (DINARDAP), institución que tiene la obligación de remitir al juzgador la constancia dentro de sus archivos, de la existencia de activos del deudor. Así, la prueba del perjuicio quedaría demostrada sin acudir a la administración de justicia, cuando el caso no lo amerite.

Conclusiones

Como conclusiones del presente trabajo de investigación, tenemos en primer lugar que la acción rescisoria pauliana presenta una deficiencia de orden teórico a raíz de su construcción gramatical, que deviene del primer inciso del artículo 2370. Cuando analizamos a las instituciones conocidas como cesión de bienes y la insolvencia, explicamos que, si bien la norma es clara en establecer que el negocio fraudulento ha de celebrarse antes de la cesión de bienes o del inicio del concurso, no nos daba mayor explicación del momento a partir del cual la acción pauliana puede entenderse como procedente. Lo que nos queda absolutamente claro de la propia redacción de la norma, es que esta puede utilizarse sobre cualquier tipo de acto o contrato.

Aquello a la postre viene a ser obviado tanto por los usuarios como por los administradores de justicia, pues de los casos analizados, se desprende que estas dos instituciones ni siquiera son analizadas al momento de verificar si procede o no la rescisión de un acto o contrato por esta acción. Sin embargo, ya que los criterios manejados por las cortes de casación sirven como forma de producción del derecho, una conclusión que obtenemos sobre este particular es que, no es un requisito de procedibilidad de la acción, que el deudor se encuentre en cesión de bienes, o se haya iniciado concurso de acreedores en su contra.

Como segunda conclusión, tenemos que no será necesario un proceso de cobro previo para aquellos casos donde la acreencia se encuentre demostrada, y como hemos citado, ejemplos como la tenencia de un pagaré a la orden o una letra de cambio, serán suficientes para demostrarlo, considerando que el demandado tiene a su favor pruebas que demuestren la extinción de la obligación. Sin embargo, existirán obligaciones cuya vigencia deberá ser probada en juicio, de modo que la acreencia en estos casos será reconocida en sentencia, de ahí que sea necesario que activen los aparatos jurisdiccionales.

Como tercera conclusión, un mandamiento de ejecución tampoco será necesario para demostrar que existe perjuicio para el acreedor. El demostrar que no existen activos sobre los cuales ejecutar la deuda del demandado por rescisión, es prueba suficiente del perjuicio, pues servirá para que el juez corrobore que no existe posibilidad de cobro, lo que precisamente se traducirá al perjuicio.

A lo largo de la presente investigación, hemos realizado un análisis tanto teórico como práctico de la acción rescisoria pauliana. De ello, hemos obtenido que las principales dificultades que los acreedores enfrentan al momento de proponer la acción, están ligadas al hecho de que existen criterios de aplicación de la misma que dificultan su éxito en la práctica. Este problema principalmente deviene del criterio mantenido desde el año 2002, de que se necesita un proceso de cobro previo para que pueda proponerse la acción pauliana.

Esto nos hace concluir de primera mano, que los juzgadores ligan la prueba de la acreencia con la prueba del perjuicio, criterio que a lo largo de este estudio ha sido desvirtuado. Lógicamente el accionante deberá ser un acreedor perjudicado, pero ni su acreencia, ni el perjuicio, deviene únicamente de un proceso de cobro con un mandamiento de ejecución incumplido. El exigir este requisito previo retarda a los acreedores en su tarea de lograr rescindir el contrato fraudulento.

Finalmente, concluimos que, pese a que la acción es muy útil para quienes se han visto afectados por el fraude de sus deudores, la acción se encuentra prácticamente en desuso. A la postre, necesitará que tanto la jurisprudencia como la doctrina, fuentes productoras de derecho (una a mayor nivel que la otra) aclaren todas las deficiencias y problemáticas que aquí hemos detallado, de modo que pueda salir de dicho desuso, y cumplir con el fin para la que fue incluida en nuestra legislación, caso contrario, será una norma ineficaz, que a la postre verá desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico.

Recomendaciones

Se recomienda principalmente una reforma al Código Civil, en donde se aclaren todas las interrogantes planteadas a lo largo de la presente investigación. En tal sentido, de incluirse la necesidad de un mandamiento de ejecución (como en el caso español), la exposición de motivos que el legislador ecuatoriano ha de incluir, deberá ser expresa y suficiente al explicar por qué tal mandamiento sería necesario o, siguiendo la línea de la presente investigación, se debería especificar que tal mandamiento no lo es, de manera que los usuarios de la administración de justicia, y los jueces de cualquier instancia o corte lo tengan claro.

También se recomienda que los operadores jurisdiccionales incluyan en sus sentencias criterios que constituyan fallos de triple reiteración para ser utilizados como criterios con fuerza de ley. Ante tal situación, sería imposible contrariar el criterio de la corte, a menos que esta, fundadamente, se aleje del mismo. La utilización de los criterios sueltos constituye la dogmatización de las sentencias, que también da cabida a que usuarios de justicia utilicen tales criterios a su conveniencia, bajo la base de que los propios operadores de justicia así los utilizan.

Referencias

- Alegre de Miguel, J. (2013). La anticresis: función y finalidad en el Código civil español y en el Código civil de Cataluña. [Tesis Doctoral, Universidad de Cataluña]. Tesis en red.
- Alessandri Rodríguez, A. (1936): *De los Contratos*. Editorial Zamorano y Caperán.
- Alessandri Rodríguez, A. (1983). *Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones*. Ediciones Librería del Profesional.
- Alessandri, A; Somarriva, M; & Vodanovich, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil Partes Preliminar y General*. Editorial Jurídica de Chile.
- Alvarado Velloso, A. (2018). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. AVI SRL
- Álvarez Salamanca, F. (2015). Los conceptos de onerosidad y gratuidad en el Código Civil chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (45). 85-98. <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n45/a03.pdf>
- Arraiza Jiménez, P. (2011). El concurso de acreedores desde la óptica de la sociedad familiar. *Pecunia* (12). 133-147. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3853288.pdf>
- Avendaño, J. (1964). La prenda. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (23), págs. 32-56. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084586>
- Badía, D.(2014). *Las capitulaciones matrimoniales*. Materiales jurídicos. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/40858/PDF%20Unidad%208%20Capitulaciones%20matrimoniales.%20Plantilla.pdf?sequence=1>
- Bahamonde Vinuesa, VC. (2018). *El procedimiento ejecutivo en el Código Orgánico General de Procesos*. [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Digital UASB.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Heliasta S.R.L

Calvo Soler, R. (2007). La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del derecho.

Isonomía (27). 171-191.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182007000200007

Carpio Frixone, M & Naranjo Ponce, M. (2021). El efecto de la ineficacia de los actos traslaticios de dominio en el hecho generador del impuesto de alcabala. *Revista de Derecho* (35).

<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/2484/2358#:~:text=Seg%C3%BAAn%20Alessandri%2C%20%E2%80%9Cla%20nulidad%20es,un%20acto%20seg%C3%BAAn%20su%20especie%E2%80%9D>.

Carvajal R, P. (2007). Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. “Contrato” y “convención” como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones. *Revista Chilena de Derecho* 34(2). 289-302. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000200004

Castillo Freire, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis* (66). 209-220. <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:CNwfp0zUVhMJ:https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792602.pdf&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec>

Castro Ayala, J, & Calonje Londoño, N. (2015). Extinción de las obligaciones. *Derecho de obligaciones: aproximación a la praxis y a la constitucionalización 2*. (pp.209-249). <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:3hfjRJkz0RIJ:https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/18221&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ec>

Código Civil. [CC]. Codificación 10 del Registro Oficial con Suplemento Nro.46, del 24 de junio 2005 (Ecuador).

Código Civil [CC]. Real Decreto de 24 de julio de 1889. (Reino de España).

- Coronel Jones, C., & Del Bruto Andrade, O. (2011). Nulidad e Inexistencia de los Actos Jurídicos en el Derecho Ecuatoriano. *Ius Humani* (1). 177-209. <https://www.iushumani.org/index.php/iushumani/article/download/134/97/#:~:text=Resumen%3A%20La%20inexistencia%20y%20la,acuerdo%20a%20los%20par%C3%A1metros%20jur%C3%ADdicos.>
- Cuberos Gómez, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *Revista de Derecho Privado* (34). 27-54. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033182002>
- De la Fuente Nuñez de Castro, S. (2012). LA DACIÓN EN PAGO: ¿UNA SOLUCIÓN EFICAZ A LA SITUACIÓN SOCIO ECONÓMICA DEL DEUDOR INMOBILIARIO?. *Revista CESCO de derecho de consumo*, (4). 1-14. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4113938.pdf>
- Donna, A. (2007). *Derecho Penal Parte General, la acción como elemento base del delito*. Rubinzal – Culzoni.
- Fauss, M. (s.f.) Acción Revocatoria o Pauliana. Vlex. Obtenido de <https://vlex.es/vid/accion-revocatoria-pauliana-844408321>
- Galgano, F. (1982). Teorías e ideologías del negocio jurídico. *Anales de la Cátedra* (22). 39-69. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/download/22077/20942/>
- Información sobre nulidad*. (s.f.). Etimologías de Chile. <http://etimologias.dechile.net/?nulidad>
- ILP Abogados. (23 de marzo de 2018). *¿Qué diferencia hay entre Pro Soluta y el Pro Solvendo? ¿Con Recurso y Sin Recurso?*. Legal Today. <https://www.legaltoday.com/archivo/blogs-archivo/transversal-blogs-archivo/blog-ilp-abogados/que-diferencia-hay-entre-pro-soluta-y-el-pro-solvendo-con-recurso-y-sin-recurso-2018-03-23/>

Ledesma Boschini. (1 de febrero de 2022). *El negocio jurídico. Cuestionario*. LinkedIn.

<https://www.linkedin.com/pulse/diferencia-entre-negocio-y-contrato-en-metaverso-112-pablo-jos%C3%A9/?originalSubdomain=es>

Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. [LODC]. Ley Nro. 2000-21, suplemento del Registro Oficial No. 116, del 10 de julio de 2000. (Ecuador).

Martínez, B. (2009). Análisis de la culpa en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios médicos. *Revista de Estudios Socio Jurídicos* 11(2). 181-202. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v11n2/v11n2a7.pdf>

Martínez Guillén, X. (2007). *ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DEL CONTRATO DE JOINT VENTURE: PROPUESTA DE REGULACION EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO*. [Tesis de Grado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional de la Universidad del Azuay.

Mendizábal Gallegos, Juan. (2015). El concepto de obligación: como situación jurídica. *Revista Derecho*, 1 (2), 25-36. [file:///C:/Users/Smart/Downloads/Dialnet-EIConceptoDeObligacion-7605925%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Smart/Downloads/Dialnet-EIConceptoDeObligacion-7605925%20(1).pdf)

Moisset de Espanes, L. (1990). *Pago por cesión de bienes en el Código Civil de Paraguay*. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46733.pdf>

Morales Bravo, J. (2016). *El pago por Cesión de bienes como medio de extinguir las obligaciones y su incidencia frente al Contrato de Préstamo de Mutuo, en la Corporación Financiera Nacional Sucursal Riobamba, en el año 2014*. [Tesis de grado, Universidad Nacional de Chimborazo]. Repositorio Digital UNACH.

Murga Fernández, J.P. (2015). *La transmisión de la propiedad en la ejecución forzosa sobre bienes inmuebles*. [Tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla]. Depósito de Investigación de la Universidad de Sevilla.

Navarrete Ríos, A. (2020). LAS PRESUNCIONES JUDICIALES COMO FORMA DE RESOLVER LOS PROCESOS REGIDOS POR EL COGEP. [Tesis de Maestría, Universidad Católica Santiago de Guayaquil] Repositorio Digital UCSG.

Ospina, F; & Ospina, A. (1994): *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Temis.

Osterling Parodi, F. (1968). La valuación judicial de los daños y perjuicios. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (26). 93-102.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.196801.009>

Parraguez Ruiz, L. (2014). *El negocio jurídico simulado*. Ediciones Iuris Dictio.

Pinaglia Villalón, Juan Ignacio. (2001). *Perfiles de la acción de rescisión por fraude de acreedores en el código civil español*. Universidad de Sevilla.

Pineda Cordero, B. (5 de junio 2015). *Sobre el Régimen Concursal en Ecuador*. Pérez Bustamante y Ponce. <https://www.pbplaw.com/es/sobre-regimen-concursal-ecuador/#:~:text=El%20concurso%20preventivo%20es%20un,evitar%20el%20concurso%20de%20acreedores>.

Plianol, Marcel, y George Ripert. (2001) *Derecho Civil: primera serie*. Oxford University Press.

Sarmiento, D; Medina, S & Plazas, R. (2017). Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Via inveniendi et iudicandi* 12(2). 101-115.
<https://www.redalyc.org/journal/5602/560259695005/html/>

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia Nro. C-544/94, del 1 de diciembre de 1994.

Sentencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador Nro.137-2014 (Sala de lo Civil y Mercantil), del 22 de julio de 2014.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (Sala de lo Civil y Mercantil), del 29 de mayo de 1961.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador (Sala de lo Civil y Mercantil), del 11 de marzo de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de Madrid Nro. 3541/2017 (Sala de lo Civil), del 16 de octubre de 2017.

Sentencia dictada en primera instancia dentro del proceso Nro.01333-2019-01318 (Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Cuenca), del 27 de julio de 2019.

Valencia Zea, A & Ortiz Monsalve, A. (1998). *Derecho Civil de las Obligaciones*. Temis.

Zegarra Mulánovich, A. (2021). La noción de Título Valor. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* 22. 83-127.
<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/download/2748/2264/8129>

Zurita Borbor, A. (2014). *El Patrimonio Familiar obligatorio; su extinción y la Celeridad Procesal*. [Tesis de Maestría, Universidad de los Andes]. Repositorio institucional de la Universidad de los Andes.