

La falta de declaratoria de insolvencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible vulneración del derecho al acreedor

The lack of declaration of insolvency in the Ecuadorian legal system and the possible violation of the creditor's right

Erika Ivanya Ruiz-Fajardo¹
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
eiruzf18@est.ucacue.edu.ec

Fausto Ricardo Barrera-Bravo²
Universidad Católica de Cuenca - Ecuador
fbarrerab@ucacue.edu.ec

doi.org/10.33386/593dp.2022.5-3.1405

V7-N5-3 (oct) 2022, pp. 101-114 | Recibido: 02 de septiembre de 2022 - Aceptado: 23 de septiembre de 2022 (2 ronda rev.)
Edición especial

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad Católica de Cuenca

² Doctor en Jurisprudencia. Director de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4024-198X>

Cómo citar este artículo en norma APA:

Ruiz-Fajardo, E., & Barrera-Bravo, F., (2022). La falta de declaratoria de insolvencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible vulneración del derecho al acreedor. 593 Digital Publisher CEIT, 7(5-3), 101-114 <https://doi.org/10.33386/593dp.2022.5-3.1405>

Descargar para Mendeley y Zotero

RESUMEN

El presente artículo científico, tiene como objetivo general analizar la falta de declaratoria de insolvencia existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible vulneración de derechos patrimoniales al acreedor. El problema se presenta por cuanto el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, establece que al momento que el deudor no le da cumplimiento al mandato de ejecución ordenado por el juez, solamente se contempla la presunción de insolvencia, en este sentido no ocurre como en otras legislaciones, que si el deudor no cumple con el mandato de ejecución de forma automática, en primer lugar se declara la insolvencia por parte del tribunal de la causa, y en segundo lugar el acreedor puede ejecutar de forma inmediata los bienes del deudor. Este problema ha causado mucha discusión por cuanto los afectados son del criterio, que no se garantiza su acreencia. La metodología utilizada, estuvo sustentada en el enfoque cualitativo y para ello se utilizó en método analítico comparativo, por cuanto, a los efectos de brindar una solución al problema, se consultaron disposiciones de la legislación colombiana, peruana y chilena, en las cuales si existe una solución precisa en relación al problema planteado en esta investigación. Para finalizar, el presente artículo se efectuó una propuesta de modificación al artículo 416 del COGEP, con el fin que se tutelen los derechos del acreedor y se pueda decretar la insolvencia del deudor al momento de no dar cumplimiento al mandato de ejecución derivado del tribunal competente.

Palabras clave: Insolvencia; deudor; acciones; tutela; derechos

ABSTRACT

The general objective of this scientific article is to analyze the lack of declaration of insolvency existing in the Ecuadorian legal system and the possible violation of patrimonial rights to the creditor. The problem arises because article 416 of the General Organic Code of Procedures establishes that when the debtor does not comply with the execution order ordered by the judge, only the presumption of innocence is contemplated, in this sense it does not occur as in other legislations, that if the debtor does not comply with the execution mandate automatically, in the first place the insolvency is declared by the court of the case, and secondly the debtor can immediately execute the debtor's assets. This problem has caused a lot of discussion because those affected are of the criterion, that their credit is not guaranteed. The methodology used was based on the qualitative approach and for this purpose a comparative analytical method was used, since in order to provide a solution to the problem, provisions of Colombian, Peruvian and Chilean legislation were consulted, in which if there is a precise solution in relation to the problem posed in this investigation. Finally, this article made a proposal to modify article 416 of the COGEP, in order to protect the rights of the creditor and to decree the insolvency of the debtor at the time of not complying with the execution mandate derived from the competent court.

Palabras clave: Insolvency; debtor; actions; guardianship; rights

Introducción

Dentro de las investigaciones previas que tienen relación con la presente se encuentra la realizada por Díaz titulada: “La inexistencia de la declaratoria de insolvencia en el Código Orgánico General de Procesos” (Díaz, 2019), esta investigación hace referencia a que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe la falta de la declaratoria de insolvencia para los deudores que no han logrado subsanar al acreedor, cumpliendo el mandamiento de ejecución dictado en sentencia por la autoridad competente.

En este tipo de situaciones la falta de bienes para poder asegurar su pago, trae como consecuencia que exista la carencia de una garantía que traiga consigo la capacidad de recuperar el crédito, trayendo como consecuencia inseguridad jurídica y su perjuicio para los acreedores. Cuando se está en presencia del no pago de una obligación crediticia que ha sido generada por el acreedor en beneficio del deudor llega un momento en el cual se afecta a terceros que se ven perjudicados por la insolvencia del deudor.

Por otra parte destaca la investigación realizada por Tite, titulada “La insolvencia y sus efectos patrimoniales” (Tite, 2018) en esta investigación el autor realiza un análisis acerca de la declaratoria jurídica de Insolvencia de las personas naturales en ella se destaca que el Estado ecuatoriano ha incidido gravemente en la situación patrimonial de las personas acreedores del crédito que se ven afectadas por una disminución considerable en su masa patrimonial. El presente problema se origina porque en el actual ordenamiento jurídico en el cual se establece la normativa que regula el proceso de insolvencia, no ha logrado garantizar la recuperación del crédito, y por tal motivo no se evidencian resultados que proteja el patrimonio del acreedor en la vida práctica.

Otra de las investigaciones que mantienen pertinencia con la presente investigación es la realizada por Paredes, titulada “Efectos jurídicos de la insolvencia en la legislación ecuatoriana”

(Paredes, 2017) en ella el autor es del criterio que el hecho esencial que motiva la situación de insolvencia, está formado por la falta de pago o incumplimiento de obligaciones. Desde el momento que todo deudor incumple con las obligaciones dinerarias contraídas con su deudor, se puede señalar que se encuentra en una situación de insolvencia la cual se encuentra regulada en el en el Código Civil Ecuatoriano, y su procedimiento en el Código Orgánico General de Procesos. Es importante hacer referencia que dicho tema se encuentra en los artículos 414 al 439 del COGEP, el cual hace referencia al concurso de acreedores, la presunción de insolvencia y la clase de insolvencia como la fortuita, culpable o fraudulenta, para lo cual dicha investigación efectuó un estudio profundo sobre la insolvencia, su origen, antecedentes históricos, características, concurso de acreedores y legislación comparada con varios países sobre las normas legales aplicables, así como también se efectuó un profundo análisis jurídico al estudiar la jurisprudencia más destacada de la Corte Nacional del Ecuador,

La falta de declaratoria de insolvencia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible vulneración del derecho al acreedor.

El presente artículo científico, tiene como fin esencial analizar la falta de declaratoria de insolvencia existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posible vulneración de derechos patrimoniales al acreedor, en este sentido en primer lugar es importante señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, existen tres situaciones en las cuales se debe contemplar al sujeto que se encuentra imposibilitado de cumplir con sus obligaciones contraídas en el estado de presunción de insolvencia, y como consecuencia de estar dentro de las causales de esta figura jurídica se puede iniciar en su contra el concurso de acreedores, en este aspecto es fundamental destacar que el COGEP solo contempla una presunción de insolvencia pero, no establece una declaratoria judicial al respecto.

A los efectos de dar cumplimiento al objetivo general es necesario destacar el

contenido del primer numeral del artículo 416 del COGEP mismo que establece, que la notificación que efectúa el juez al demandado, tiene como fin que este último tenga conocimiento que su deuda posee un reconocimiento desde el punto de vista judicial, en consecuencia, recae para él la obligación de hacerla efectiva y de cumplir con dicha obligación de acuerdo a lo que establece mandato de ejecución que emana del juez que ha dictado dicha decisión, para cuyo efecto el referido juez, debe dejar constancia de las ejecuciones y disponer que se las acumule.

Ahora bien, en segundo lugar, contempla el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, que desde el instante en el cual el deudor es notificado por parte del ente judicial del mandato de ejecución, tiene dos opciones, por una parte, proceder al pago de la cantidad establecida en el mandato o por el contrario en su defecto dimitir a un conjunto de bienes muebles o inmuebles a los fines de que el acreedor tenga en cuenta que hay la voluntad de cumplir con la obligación (Andrade, 2018).

De acuerdo a lo anterior, es importante señalar que la dimisión de bienes es una figura jurídica que parte del criterio de la buena fe del deudor, y que demuestra que no existe de su parte la mala fe de no cumplir con las obligaciones contraídas, mediante este acto el deudor coloca a disposición de los acreedores un conjunto de bienes que se encuentran dentro de su patrimonio, el elemento esencial de este tipo de actuación, radica en el hecho que estos bienes deben estar bajo la posesión efectiva del deudor así como también dentro del país.

En tercer lugar, es importante hacer referencia a la naturaleza jurídica de la insolvencia, por cuanto ella implica la imposibilidad de que el deudor pueda hacer frente a sus obligaciones económicas, si bien es cierto que existe la institución de la dimisión de bienes, también puede ocurrir que ellos no cubran el monto de la deuda a los acreedores, por cuanto el valor de los mismos resulte insuficiente para dar cumplimiento al mandato de ejecución, en este tipo de situaciones el deudor en la mayoría de los casos introduce el estado de presunción

de insolvencia, si bien es cierto el Código Orgánico General de Procesos hace referencia a la presunción de insolvencia así como también al concurso de acreedores, no se debería entender que dichas figuras jurídicas sean diferentes por cuanto la insolvencia se encuentra ligada al proceso concursal. Desde el punto de vista literario la insolvencia se encuentra vinculada al aspecto económico o financiero, mientras que el proceso concursal es el aspecto netamente procesal, mientras que en el campo jurídico la insolvencia se menciona en el proceso concursal (Aguirre, 2017).

El problema que se plantea en la presente investigación y en el cual radica la vulneración de los derechos del acreedor es motivado a que el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, no declara la insolvencia del deudor solo se limita a presumir su insolvencia lo que motiva a que se produzca el concurso de acreedores en los tres supuestos que fueron declarados anteriormente.

El proceso concursal, tal como se encuentra contemplado en el Código Orgánico General de Procesos, parte del criterio de la existencia de una presunción de insolvencia, la cual es el requisito indispensable a los efectos que se pueda iniciar el concurso de acreedores en contra del demandado, situación que ha sido bastante discutida y controversial ya que existen sectores de la doctrina que señalan que se vulnera el debido proceso.

Desde el momento en el cual se materializa la presunción de insolvencia, el juez competente tiene la facultad de dictar medidas preventivas reales en contra del deudor, con la finalidad de asegurar la deuda en beneficio del acreedor, y evitar de esta manera la libre disposición de sus bienes, esta situación trae como consecuencia que el demandado quede inhabilitado de su facultad de disposición sobre sus bienes (Ovalle, 2019).

Ahora bien, de acuerdo a lo anterior, es valioso señalar que esta inhabilitación real de los bienes del demandado, puede ser destruida ya que ella es una presunción *iuris tantum*, la

cual puede quedar sin efecto, si el demandado demuestra que posee la capacidad de pago para hacer frente a sus deudas y en efecto proceda al pago de las mismas. En todo proceso la característica esencial es que la carga de la prueba recae en la persona que alega un derecho, en consecuencia, recaería en la persona del demandante, pero cuando se analiza a fondo en la presunción de insolvencia se estaría en presencia de la inversión de la carga de la prueba, ya que surge para el deudor la obligación de demostrar que no se encuentra en estado de insolvencia, situación que trae como consecuencia que se invierta la carga de la prueba.

De acuerdo a lo anterior es importante el criterio que manifiesta Devís, quien ha señalado:

La carga de la prueba en la actualidad es concebida no como el tradicional proceso estático, sino más bien dinámico de acuerdo a la necesidad de la prueba, por tal motivo a los efectos de tutelar el derecho a la defensa de las partes, en la actualidad se parte del criterio que la carga de la prueba va a recaer sobre el sujeto procesal al cual se le facilite más el acceso a ella, y el operador de justicia tiene la obligación de evaluar las circunstancias del caso concreto, en consecuencia atrás ha quedado que la carga de la prueba solo la tiene el demandante. (Devis, 2017)

Este criterio mencionado anteriormente es el que ha venido siendo adoptado por la doctrina actual en materia probatoria, y un ejemplo de ello se observa en una decisión emanada de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual señalo lo siguiente:

El onus probando o principio de la carga de la prueba corresponde en principio a toda persona que alega un derecho, teniendo la obligación de probar sus aseveraciones, pero este sistema no es absoluto, puede obviarse en situaciones en los cuales exista un hecho notorio, es decir aquellos de conocimiento público, frente a aquellas presunciones que ya por mandato de la ley favorece a un sujeto

del proceso bien sea demandante o demandado, por tal motivo, es importante señalar que a los efectos de garantizar una justicia real en la cual exista un tutela judicial efectiva en situaciones específicas que deben ser evaluadas por el juzgador la carga de la prueba debe corresponder a la parte del proceso que le sea más fácil aportarla. (Sentencia T-074-18, 2018)

Observado el criterio tanto doctrinario como judicial, que se adopta en la actualidad, se puede evidenciar que la presunción de insolvencia que se encuentra contemplada en el Código Orgánico General de Procesos no es contraria al principio de la carga probatoria en base a la teoría de la carga dinámica de la prueba, en consecuencia, ante la presunción de insolvencia le corresponde al deudor la carga de demostrar que si cuenta con el patrimonio necesario para hacer frente a las deudas contraídas.

Por otra parte, se evidencia que la forma como se contempla la insolvencia en el Código Orgánico General de Procesos, no ataca el problema de fondo, ya que al momento en el cual se establece la presunción de insolvencia solamente se activa el concurso necesario, pero no existe una declaración judicial que determine la insolvencia del deudor. Lo anterior trae como consecuencia que al no declararse de manera formal y por un auto o sentencia judicial la insolvencia del deudor, el acreedor queda insatisfecho con el mandamiento de ejecución que ha sido dictado por el operador de justicia, lesionando de esta manera su patrimonio que se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones del deudor (Morán, 2017).

En este mismo sentido, a los efectos de resolver el problema planteado se debe proceder a declarar judicialmente insolvente al deudor desde el momento en que el incumple el mandato de ejecución que ha sido ordenado por el tribunal competente, por cuanto esta sería la única manera que pudiera garantizar los derechos económicos del actor, ya que se estaría protegiendo parte de su patrimonio que se encuentra en manos del deudor, de esta manera se evitaría que la pérdida

sea mayor por cuanto no solo se causa un daño directo también existe el lucro cesante que es conocido por la doctrina por aquellas ganancias que se dejan de percibir a consecuencia del incumplimiento de la obligación principal.

El problema que se ha originado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ha sido producto que el legislador no contempló, de una manera explícita sin ningún tipo de titubeos la declaratoria de insolvencia para el deudor que incumpliere el mandato de ejecución, este aspecto ha sido muy criticado por la doctrina patria quien ha sido del criterio que la presunción de insolvencia es una institución que termina favoreciendo al deudor, cuando debería ser todo lo contrario los procedimientos legales se establecen para tutelar un derecho de las personas que han obrado bien, que han respetado los , acuerdos que cumplen con las obligaciones contraídas, pero la presunción de insolvencia termina favoreciendo al deudor.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia que lo ideal en lugar que solo el legislador se hubiese limitado a declarar la presunción de insolvencia, es que se tenía que contemplar la forma que se determinara la insolvencia del deudor, porque solamente de esa manera se garantizaría de una manera efectiva el cobro de las obligaciones que se encuentran insolventes. La forma como se encuentra planteada la presunción de insolvencia permite que el deudor saque partido de la deuda que tiene que pagar ya que, por no estar en algún registro que lo cataloga como insolvente puede continuar efectuando negociaciones civiles o mercantiles.

La situación como se encuentra contemplada en el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, no resuelve el fondo del problema por cuanto no establece una forma procesal que tenga como fin la declaratoria de insolvencia del fallido, el cual debería ser una consecuencia natural que se produciría de acuerdo a procedimientos judiciales ya iniciados con anterioridad, en los cuales se inician con el fin de solicitar el cumplimiento de una obligación económica.

La presunción de insolvencia contemplada en el Código Orgánico General de Procesos, no logra de una manera directa que el acreedor pueda hacer efectiva su acreencia para lograr el pago de lo adeudado, en consecuencia, lo que se hace es generar retrasos, pérdida de tiempo, devaluación del dinero en disputa, todo ello en perjuicio del acreedor. Esta situación ocurre ya dentro del proceso judicial que se ha iniciado en contra del deudor, vulnerando de esta manera los derechos del acreedor quien inicia un proceso judicial luego de haber agotado la vía conciliatoria con el deudor y que lo hace confiando en que el sistema de justicia le va a tutelar sus derechos pero al final su reclamo que inicia con un mandamiento de ejecución por parte del tribunal que recibe la demanda no se cumple en el proceso (Mazón, 2018).

A consecuencia, de todo lo anterior se vulneran los derechos del deudor, porque a pesar de acudir a la vía judicial y de poseer a su favor un mandato de ejecución, continúa con la deuda, sin que exista la reparación del daño causado a su patrimonio por el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, ahora bien esta situación puede perjudicar a terceros que sin tener el conocimiento de la situación patrimonial del deudor, contraigan con el obligaciones dinerarias, en títulos valores por ejemplo porque no existe un registro o sistema jurídico o legal en el cual se demuestre la condición patrimonial del deudor, en este sentido al no existir una declaración judicial de insolvencia que sea del conocimiento público, al cual se pueda consultar y verificar la condición económica de una persona el deudor puede seguir contrayendo deudas con terceros y afectar el patrimonio de más personas.

De acuerdo a lo anterior, se hace necesario que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano específicamente en el Código Orgánico General de Procesos, se contemple no solo la presunción de insolvencia que no resuelve problema de fondo, sino que se contemple la figura de la insolvencia mediante la declaración de un juez, y que una vez que exista una sentencia de fondo sobre la misma, exista un medio de publicación o un sistema en el cual se garantice a cualquier tercero que desee efectuar una contratación o la firma

de algún título valor con el deudor insolvente, pueda conocer la situación de morosidad y de insolvencia patrimonial que posee el deudor.

En la actualidad, dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, existe la necesidad de que se contemple la figura de la insolvencia del deudor, no basta la presunción de insolvencia a la cual hace referencia el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, se requiere una institución con mayor peso y determinación que garantice los derechos de crédito del acreedor, sino se causa inseguridad jurídica, por cuanto cuando el acreedor firma un título valor con su deudor lo hace bajo la confianza en primer lugar, que este efectuara el pago del mismo y que si este no responde existe un ordenamiento jurídico diseñado para tutelar sus derecho y su patrimonio ante el incumplimiento del deudor, pero lamentablemente esa situación no se ve reflejada en el artículo 416 del COGEP (Castillo, 2018).

La presunción de insolvencia, como se encuentra contemplada en el Código Orgánico General de Procesos solo llega a constituirse como una medida de presión al deudor del título de crédito incumplido, pero el fin que persigue el acreedor al interponer una demanda en contra de su deudor, es que si de forma voluntaria no le dio cumplimiento a las obligaciones contraídas por medio de la vía judicial, si se pueda lograr el cobro de la acreencia, ahora bien, eso no se logra ya que no existe una medida que establezca que al momento de no dar cumplimiento al mandato de ejecución, se declare judicialmente insolvente al demandado.

Lo anterior, hace que se vulneren derechos inherentes al proceso y que forman parte de las garantías procesales del actor, dentro de ello se puede destacar en primer lugar el principio de eficacia procesal que se encuentra contemplado en el artículo 169 de la Constitución de la República del Ecuador, misma que establece:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad

y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Constitucion de la República del Ecuador , 2008)

Lo descrito en el artículo anterior, no ocurre en la presunción de insolvencia, por cuanto no se cumple con el fin que persigue el acreedor que es hacer que de forma inmediata o en el menor tiempo posible el sistema de justicia reivindique sus derechos vulnerados mediante la ejecución de los bienes del deudor, en consecuencia, se vulnera de manera directa la eficacia procesal por cuanto la parte actora no logra un acceso a la justicia efectivo, si bien es cierto se le garantiza el derecho de accionar o demandar lo que el pretende a través de su accionar judicial no se logra cumplir.

El acceso a la justicia, no implica solamente que una persona pueda lograr acudir a un juzgado o tribunal e interponer una acción, o dar contestación a la misma, ello implica que los órganos estén dotados de la legislación necesaria para que pueda proceder la acción o excepción que ha sido solicitada por las partes. Si el acceso a la administración de justicia solamente se quedara en permitir solamente acudir al órgano de justicia sería un principio vago y sin contenido, lo importante es que el acceso a la justicia permita materializar las acciones o excepciones que solicitan las partes, en el caso de la presunción de insolvencia se vulneran los derechos del actor quien al tener a si favor un mandato de ejecución al momento en el cual el demandado no le da contestación solamente se produce una declaratoria de insolvencia.

Se vulnera de igual manera principios como el celeridad y economía procesal, por cuanto el proceso desde su inicio debe brindar una respuesta rápida y satisfactoria al accionante, mucho más cuando existe una acreencia que lesiona de forma inmediata el patrimonio del acreedor, así como también de forma indirecta, por cuanto el capital que no se ha cancelado impide que el acreedor le pueda dar un destino distinto con la finalidad de sacar un provecho para él.

En este mismo sentido, destaca el artículo 20 del Código Orgánico de la Función judicial que establece: La administración de justicia será rápida, y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido”. Ahora bien, de igual manera se vulnera este artículo, por cuanto el incumplimiento del mandato de ejecución solo trae como consecuencia que exista una presunción de insolvencia, no declara judicialmente la insolvencia, por tal motivo no se garantizan los derechos del acreedor.

El principio de una administración oportuna, no se cumple por cuanto la justicia en este tipo de procedimiento es muy tardía, en consecuencia González, ha señalado: “El Estado a través de la legislación debe contemplar procedimientos efectivos, es decir que resuelvan el conflicto que existe entre las partes” (González, 2018). De acuerdo a lo señalado por el autor se puede demostrar que el la presunción de insolvencia no se garantizan de forma directa con los derechos del acreedor, lo que genera la vulneración de sus derechos procesales y subjetivos.

De igual manera se vulnera el principio de celeridad procesal, el cual se encuentra vinculado de igual manera con el principio de economía procesal, el cual el mismo criterio de la doctrina es concebido como aquel que tiene como finalidad inmediata que las partes en conflicto realicen el menor desgaste al acudir a la vía jurisdiccional, al no existir de forma directa la declaratoria de insolvencia sino solamente la presunción de la misma de igual forma se lesiona este derecho de las partes esencialmente del actor en este tipo de procesos.

La justicia como principal eslabón de todo sistema judicial, debe implicar que el proceso debe estar diseñado para poder cumplir las expectativas de los litigantes que acuden al proceso, en caso contrario carecería de razón acudir a un juicio en el cual no se van a dictar las medidas necesarias para titular los derechos de las partes, en este sentido cuando un acreedor de un título vencido acude al sistema de justicia, lo hace con la expectativa que va a poder

cobrar su acreencia ya que esa es la idea pero lamentablemente se encuentra que luego que el tribunal dicta una orden de ejecución y el deudor no la hace efectiva, solo se encuentra con que el deudor se le califica como presunto insolvente, más de forma inmediata la legislación no le da la categoría de insolvente.

La frase “la justicia lenta no es justicia” de autoría de Ricardo Lorencita, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, es comparable a la administración de justicia ecuatoriana, los cuales están íntimamente asociados a la economía procesal y al principio de celeridad, que tratan por todos los medios de evitar mayores pérdidas y desgastes de recursos al Estado, entre ellos optimizando el tiempo para no lesionar los intereses de la ciudadanía, consecuentemente la economía procesal enfatiza en los principios de eficiencia y de celeridad, que son de gran relevancia de acuerdo al criterio de los profesionales del derecho en libre ejercicio.

Resultados

A los efectos de plantear una solución al problema, de la presunción de insolvencia dentro del Código Orgánico General de Procesos, es importante consultar al derecho comparado con la finalidad de poder observar cómo se asume la problemática planteada en otros ordenamientos legales, y buscar una alternativa que pueda encuadrar en el ordenamiento ecuatoriano con la finalidad de evitar la vulneración de los derechos del deudor, ante la insolvencia de su acreedor.

De acuerdo a lo anterior, es importante el criterio existente dentro de la legislación colombiana, la cual establece dentro de su Ley 1116 del 2006 en la cual se establece el régimen de insolvencia en la República de Colombia, establece en su artículo 1 lo siguiente:

El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de

liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor. El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos. El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias. (Congreso de Colombia, 2006)

De acuerdo a lo anterior se evidencia que la legislación colombiana tutela de una manera más efectiva los derechos de los deudores, ya que ante la inminencia de un deudor de entrar en insolvencia y por tal motivo puedan quedar ilusorias las pretensiones del o de los deudores contempla el proceso de liquidación judicial de los bienes del deudor sea una persona natural o jurídica, es decir el acreedor tiene a su favor una normativa que no posee titubear y que le brinda la seguridad necesaria para recuperar su capital de una manera rápida y sin dilaciones indebidas.

Desde el momento que un tribunal declara la insolvencia del deudor o señala la inminencia de la misma ya que de los recaudos probatorios y los análisis y estudios financieros demuestren que de manera inminente por los resultados económicos de una persona natural o jurídica lo van a llevar a estar en un estado de insolvencia y lesionar el patrimonio de sus deudores se establece la incapacidad de pago inminente del deudor.

En este sentido manifiesta Sanabria lo siguiente:

El proceso de insolvencia en la legislación colombiana es bastante agresiva, por cuanto la mera sospecha demostrable de insolvencia en la cual se demuestre que existen elementos de convicción que la persona natural o jurídica va a ser

insolvente bien de manera intencional o no trae como consecuencia que se ordene la liquidación de sus bienes con el fin de evitar que se lesione el patrimonio del acreedor. (Sanabria, 2019)

Una situación similar, es la que se debe contemplar en el Código Orgánico General de Procesos, con el fin que un deudor entre en un estado de insolvencia bien de manera culposa, o de forma intencional, en este sentido contemplar una disposición similar, haría que se tutelaran de una manera más efectiva los derechos de los acreedores y su patrimonio, que se encuentra un riesgo ante la posibilidad que los bienes del deudor sean insuficientes o este realice actos intencionales para que no sean embargados en favor del acreedor, de esta manera se podría solucionar el problema de la presunción de insolvencia que existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, situación que ha sido bastante criticada por que lesiona los derechos económicos del acreedor.

La ventaja de este tipo de procedimiento, es que resulta bastante efectivo, de acuerdo a la doctrina colombiana resulta agresivo con el patrimonio del deudor, pero si no se actúa de esa manera se estaría actuando de una manera inerte y permisiva que traería como consecuencia la vulneración de los derechos del acreedor como ocurre en Ecuador cuando el Código Orgánico General de Procesos, solo contempla la presunción de insolvencia. Esta disposición normativa parte del criterio que no es necesario estar en cesación de pago, a los efectos que se declare la insolvencia del deudor, sino que basta con probar que se está ante un riesgo inminente de entrar en cesión de pagos, no necesita esperar a quebrar para optar por los beneficios que contempla el régimen de insolvencia (López, 2019).

Por último, se evidencia que la legislación colombiana toma esta iniciativa en el año 2006, ante un requerimiento social, ya que las disposiciones legales que le precedían no brindaban un sustento real y una protección a los derechos del acreedor quien de buena fe firmaba, o convenía una obligación por, medio

de un título valor en favor del deudor quien por las facilidades del ordenamiento legal de esa época. Desde el punto mercantil, en la actualidad se cuenta con un régimen jurídico en donde la protección debida al acreedor posee fines de evitar que terceros por vías intencional o culposa lesionen su patrimonio.

Dentro del marco comparado que se ha utilizado con el fin de poder observar cómo se soluciona el problema planteado dentro de la presente investigación, es pertinente citar a la legislación peruana al respecto el artículo 491 del código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

I. Presentada la demanda el juez examinará cuidadosamente el título ejecutivo, y reconociendo su competencia, la personería de las partes, la exigibilidad de la obligación y el plazo vencido, mandará el pago de lo adeudado e intereses, o el cumplimiento de la obligación, dentro de tres días, con apercibimiento de costas y daños y perjuicios en su caso. II. Tratándose de deudas de dinero la cantidad deberá ser líquida. III. A tiempo de intimar el pago, expedirá mandamiento de embargo sobre los bienes del deudor. Si el deudor no exhibiere recibos o documentos reconocidos por el ejecutante, o no se probare sumariamente su autenticidad, se hará efectivo el apercibimiento, sin recurso alguno. (Congreso del Perú, 2005)

Ahora bien, de acuerdo a lo anterior se puede evidenciar que la normativa en materia de ejecución de títulos valores es bastante efectiva, basta solamente que el actor consigne el instrumento ejecutivo de la acción es decir el título valor o instrumentos de los cuales derive la pretensión para que el operador de justicia verifique en primer lugar, la exigibilidad de la obligación así como también el plazo vencido, con lo cual expedirá un mandamiento de embargo sobre los bienes del deudor y este último si no exhibiere recibos o documentos reconocidos por el ejecutante, o no se probare sumariamente su

autenticidad, se hará efectivo el apercibimiento, sin recurso alguno.

La forma como se ejecutan los bienes del deudor, se realiza de una manera efectiva por tal motivo es una posibilidad la posibilidad de incluir una normativa similar el en Código Orgánico General de Procesos a los fines de brindar una mayor seguridad al acreedor de un título de crédito, el cual solo observa una medida de presión en la presunción de insolvencia que se encuentra en dicha normativa. El ordenamiento jurídico peruano si bien es cierto contempla ciertas diferencias con el procedimiento a que hace referencia el Código Civil Colombiano, coinciden en lo efectivo que se realiza el cobro al deudor garantizando de esta manera los derechos económicos y el patrimonio del acreedor (Rioja, 2018).

Ahora bien, resulta procedente estudiar la legislación chilena que a diferencia de la ecuatoriana establece de una manera directa una respuesta a la insolvencia del deudor, por cuanto ella no contempla presunción de insolvencia ya para el caso que el deudor no cumpla con el mandamiento de ejecución se procede de manera forzosa al embargo de bienes y a la declaración de insolvencia por parte del tribunal competente.

En relación a lo anterior contempla el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil de Chile, que establece lo siguiente:

Tendrá mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio, pagaré o cheque, respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por un notario o por el Oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga su asiento un notario. Cualesquiera títulos al portador, o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. (Ministerio de Justicia , 2007)

En este mismo sentido el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil de Chile, que establece lo siguiente:

El tribunal examinará el título y despachará o denegará la ejecución, sin audiencia ni notificación del demandado, aun cuando se haya éste apersonado en el juicio. La orden de requerir de pago al deudor. Este requerimiento debe hacerse personalmente; pero si no es habido, se procederá en conformidad al artículo 44, expresándose en la copia a que dicho artículo se refiere, a más del mandamiento, la designación del día, hora y lugar que fije el ministro de fe para practicar el requerimiento. No concurriendo a esta citación el deudor, se le declara insolvente y se hará inmediatamente y sin más trámite el embargo. (Ministerio de Justicia , 2007)

De los artículos precedentes, se evidencia que dentro de la legislación chilena no se contempla la presunción de insolvencia como en el Ecuador, este procedimiento en el ordenamiento jurídico chileno, inicia con la presentación del título valor o del documento fundamental de la acción, el cual el operador de justicia tiene la obligación de verificarlo a los efectos de constatar que la obligación es líquida y se encuentra vencida y es en ese momento cuando dicta la orden de requerir de pago al deudor, del cual se debe efectuar la respectiva citación al deudor para que cumpla con la obligación en el día y la fecha designada por el tribunal.

Continuando, lo más importante en este procedimiento es que si el deudor no cumple con el mandato judicial en el término establecido en la citación respectiva, de forma automática procede la insolvencia judicial es decir el tribunal dicta una sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva en la cual acuerda la insolvencia del deudor y puede proceder a el embargo de bienes propiedad del deudor, hasta por el monto que establece la obligación.

En consecuencia, de acuerdo a lo anterior se observa otra vía a título ilustradora de la

cual se puede valer el ordenamiento jurídico ecuatoriano y de esta manera no vulnerar los derechos del deudor por cuanto no se declara la insolvencia del deudor. El caso chileno es bastante ilustrativo, por cuanto contempla de manera directa la insolvencia judicial al momento de incumplir con el mandato de ejecución en el término indicado en la citación.

Por todo lo expuesto, se evidencia la necesidad de reformar el Código Orgánico General de Procesos, incorporando la declaratoria de insolvencia y la facultad en este caso al juez Civil y Mercantil para dictarla y establecerla; garantizando así el acceso a una justicia oportuna donde se velen los principios de celeridad, eficacia y economía procesal consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, promulgando además la cultura de paz y armonía que generaría este régimen.

En virtud de lo expuesto y de haber realizado un profundo análisis del problema planteado y el cual es una realidad que se presenta en la actualidad se hace necesario efectuar una modificación al artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, con la finalidad que allí se contemple no la presunción de insolvencia cuando el demandado no haya cumplido con el mandato de ejecución de la sentencia, sino de forma directa la declaratoria de insolvencia a los fines que el acreedor pueda hacer efectiva si acreencia como se encuentra estipulado en ordenamientos jurídicos internacionales como los expresados anteriormente en los cuales los procedimientos si brindan al actor una seguridad sobre la protección de su patrimonio de forma inmediata al no cumplir el mandato de ejecución.

La propuesta de efectuar una modificación al artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos resulta esencial en la actualidad por cuanto responde no solamente a un interés puntual que se presenta al momento de ejecutar una acrecía de esta naturaleza responde también a criterios más profundos donde destaca por ejemplo la garantía de justicia para todas las personas que acuden al sistema de justicia a los fines que se tutele su patrimonio de acuerdo a lo que se encuentra contemplado en la ley. Esta

propuesta de reforma responde al derecho que tiene todo ciudadano ecuatoriano que se respete el derecho a una tutela judicial efectiva, y se hace énfasis en el título efectiva es decir que no solo se permita el acceso a un sistema de justicia, sino que este último le brinde las herramientas efectivas al ciudadano para que su derecho sea tutelado, y en caso que fuere vulnerado existan las medidas para que pueda ser reparado de una forma rápida, efectiva y sin dilaciones indebidas.

En consecuencia se necesita de forma inmediata efectuar una modificación al artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos ya que contempla un juicio de insolvencia que no es oportuno y no brinda las garantías necesarias para el cobro de la acreencia al actor y en consecuencia no cumple con los fines que debe cumplir este tipo de proceso como si lo cumplen en otros ordenamientos jurídicos en los cuales al no dar cumplimiento al mandato de ejecución de forma automática se declara la insolvencia y se ordena la ejecución de los bienes que se encuentren en el patrimonio del deudor hasta por el monto que se encuentre su acreencia.

Se requiere que el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos, sea modificado por cuanto de la forma como se encuentra contemplado en la actualidad no es conciso, no específico a los efectos que se declare la insolvencia del deudor, la solución que da es muy ambigua por cuanto solo contempla la presunción de la insolvencia, no contempla por ejemplo de forma específica la declaratoria de insolvencia, no contempla cual es el operador de justicia competente para decretarla y que ejecute de igual forma el mandato de ejecución, porque al final del proceso eso lo que requiere el actor, para ello acude al sistema de justicia para que este le garantice de forma inmediata efectiva la acreencia que posee y que el sistema de justicia y la legislación cuente con las herramientas necesarias para garantizar este derecho, y no que al final de cuentas se termine beneficiando al deudor incumplido.

En consecuencia, como propuesta definitiva se requiere que la Asamblea Nacional del Ecuador en futuras modificaciones del

Código Orgánico General de Procesos efectúe una modificación al artículo 416 de dicho texto normativo y la cual de acuerdo a los resultados evidenciados en la presente investigación desde el punto de vista teórico y de la legislación comparada debe quedar de la siguiente manera:

Art. 416. Si el deudor incumpliere con el mandamiento de ejecución emanado del tribunal competente en el día y la hora previstos para dar cumplimiento al mismo, el tribunal declarará de forma automática la insolvencia del deudor, lo que traerá como consecuencia que el acreedor podrá solicitar de forma inmediata la ejecución de los bienes del deudor hasta completar su acreencia.

De esta forma se resolvería el problema que existe en la actualidad con el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos el cual se ha demostrado que no garantiza los derechos del acreedor, y que la institución de la presunción de inocencia no garantiza un procedimiento preciso que tutele de forma inmediata los derechos de crédito del actor. De tomarse en consideración el espíritu central de esta propuesta por parte de la Asamblea Nacional de la República de Ecuador se estaría en presencia de un procedimiento preciso que respondería de manera directa a los intereses que posee el actor.

La propuesta que se plantea en el presente artículo científico es producto del estudio de la situación particular que existe con el actual artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos en el cual no se establece la insolvencia, ni es decretada por parte del tribunal competente cuando el demandado no cumple con el mandato de ejecución, la propuesta que se contempla en la presente investigación es bastante específica y es una consecuencia también de haber hecho un análisis profundo de la legislación comparada en la cual se evidencia como otros países contienen disposiciones legales específicas que en igualdad de condiciones brindan una garantía cierta y específica a los fines de proteger los derechos de crédito del actor, quien acude al sistema de justicia a los efectos que se garanticen sus derechos de forma inmediata.

Conclusiones

En primer lugar, se pudo evidenciar que el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos como se encuentra contemplado no garantiza los derechos del acreedor por cuanto, cuando el deudor no da cumplimiento al mandato de ejecución, el tribunal no procede a decretar su insolvencia si no que solamente se presume la misma.

La presunción de insolvencia como se encuentra contemplada en el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos vulnera el principio de acceso a la justicia por cuanto la legislación no le garantiza de manera cierta la solución de su deuda al acreedor, de igual forma vulnera el principio de celeridad procesal, el principio de una administración de justicia oportuna por cuanto al no declarar la insolvencia al momento de no cumplir con el mandato de ejecución no se puede proceder de forma inmediata al remate de sus bienes.

Se hace necesario que la Asamblea Nacional de la República del Ecuador a los fines de tutelar los derechos de los acreedores en futuras modificaciones del Código Orgánico General de Procesos efectúe una modificación al artículo 416 de esta disposición normativa, con la finalidad de hacer efectiva la declaratoria de insolvencia del deudor al momento de no dar cumplimiento al mandato de ejecución, ello con el fin de garantizar los derechos de crédito del acreedor.

Referencias bibliográficas

- Aguirre, V. (2017). *Derecho Procesal Civil*. Quito: Legis.
- Andrade, R. (2018). *Apuntes de Derecho procesal Civil de Ecuador*. Madrid: De Palma.
- Baena, L. (2018). *Lecciones de derecho mercantil*. Madrid: Externado.
- Broseta, M. (2019). *Manual de derecho mercantil*. Madrid: tecnos.
- Castillo, M. (2018). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Quito: UNC.
- Cervantes, R. (2018). *Derecho Mercantil*. Madrid: Herrero.
- Congreso de Colombia. (2006). *LEY 1116 de 2006*. Bogotá: Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006.
- Congreso del Perú. (2005). *Código de Procedimiento Civil*. Lima: DL 12760 de 6 de Agosto de 1975.
- Cuesta, J. (2017). *Derecho Mercantil*. Madrid: Dykinson.
- Devis, H. (2017). *Teoría general de la prueba judicial*. Bogotá: Temis.
- Díaz, S. (2019). *La inexistencia de la declaratoria de insolvencia en el código orgánico general de procesos*. Loja: UNL.
- García, S. (2017). *El Derecho Mercantil: Los títulos de credito*. Madrid: Porrúa.
- González, E. (2018). *Estudios de Derecho Civil*. Quito: Externado.
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. Mexico: Mc Graw Hill.
- Jimenez, G. (2017). *Nociones de derecho mercantil*. Madrid: Marcial pons.
- López, H. (2019). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Bogotá: Editores Jurídicos.
- Mazón, J. (2018). *Ensayos críticos sobre el COGEP*. Quito : Temus.
- Ministerio de Justicia. (2007). *Código de Procedimiento Civil*. Santiago de Chile: Ley 1552.
- Morán, R. (2017). *Derecho Procesal Practico*. Quito: Murillo Editores.
- Ordóñez, J. (2019). *Derecho mercantil*. México: Porrúa.

- Ovalle, J. (2019). *Derecho Procesal Civil*. Quito: Oxford.
- Paredes, F. (2017). *Efectos jurídicos de la insolvencia en la legislación ecuatoriana*. Ambato: UTA.
- Petit, C. (2016). *Historia del Derecho Mercantil*. Buenos Aires: MP.
- Rioja, A. (2018). *Derecho Procesal Civil*. Lima: SAC.
- Sanabria, H. (2019). *Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Externado.
- Sanchez, F. (2019). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: Aranzadi.
- Sariñana, E. (2017). *Derecho Mercantil*. México: Trillas.
- Sentencia No. 874-15-EP/21, Caso No. 874-15-EP (Corte Constitucional del Ecuador 13 de 01 de 2021).
- Sentencia T-074-18, T-074-18 (Corte Constitucional de Colombia 10 de 08 de 2018).
- Tite, S. (2018). *La insolvencia y sus efectos patrimoniales*. Ambato: UTA.