



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

**TEMA:
LA MALA FE: NOCIONES PARA EL ECUADOR**

**AUTOR (ES):
Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín.**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del
Ecuador**

**TUTOR:
Ab. Palencia Nuñez. Mónica Irene, PhD.**

**Guayaquil, Ecuador
13 de septiembre del 2021**



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS.
CARRERA DE DERECHO**

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Segarra Barrezueta, Gustavo Efrain**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR (A)

f. _____
Ab, Palencia Nuñez, Mónica Irene, PhD.

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____
Lynch Fernández, María Isabel, Mgs.

Guayaquil, a los 13 del mes de septiembre del año 2021.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLÍTICAS.
CARRERA DE DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, **LA MALA FE: NOCIONES PARA EL ECUADOR** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 13 del mes de septiembre del año 2021.

EL AUTOR (A)

f. _____
Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y
POLITICAS.
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Yo, **Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **LA MALA FE: NOCIONES PARA EL ECUADOR**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 13 del mes de septiembre del año 2021.

EL (LA) AUTOR(A):

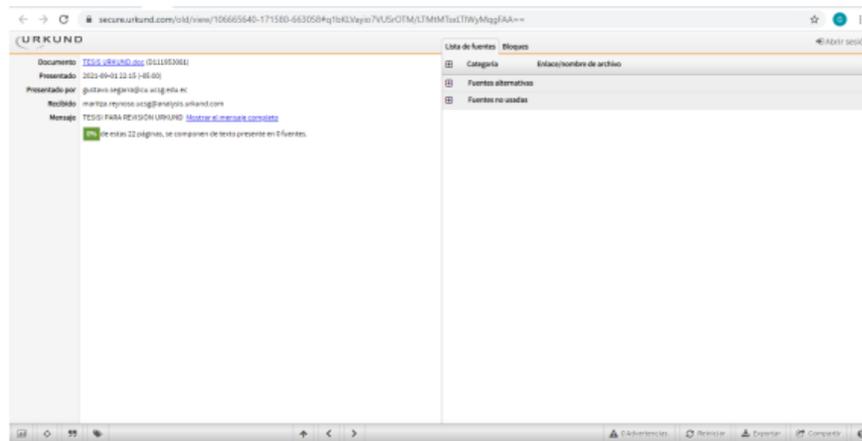
f. _____
Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín

REPORTE DE URKUND



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS.
CARRERA DE DERECHO

REPORTE URKUND



Firmado digitalmente por:
**GUSTAVO EFRAIN
SEGARRA
BARREZUETA**

Gustavo Efraín Segarra Barrezueta.



Firmado digitalmente por:
**MONICA ROSA
IRENE PALENCIA
NUNEZ**

Ab. Mónica Palencia Núñez, PhD.

Fecha: 04 de agosto de 2021

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a mis padres por haberme brindado su apoyo incondicional durante toda mi etapa universitaria, y, en especial, a mi mejor amigo, mi papá.

A mi mentor, el Dr. Xavier Nelson Izurieta Cruz, al cual quiero como un padre, por ser mi guía durante estos años y brindarme su apoyo incondicional como si fuera su hijo.

Y, por último, a quien fue mi profesora durante varios años, por haber instaurado el pensamiento crítico como método de aprendizaje, y ahora mi guía como tutora de tesis, Ab. Mónica Palencia Núñez PhD.

DEDICATORIA

A mis padres,

A mi abuela, quien me enseñó la perseverancia y el esfuerzo.



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

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

Dr. Zavala Egas, Xavier Leopoldo.
DECANO DE CARRERA

f. _____

Abg. Reynoso Gaute, Maritza Ginette, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

(NOMBRES Y APELLIDOS)
OPONENTE

ÍNDICE

CONTENIDO

PRIMER CAPITULO	3
1. LA BUENA FE	3
1.1 CONCEPCION EN EL DERECHO ROMANO	3
1.2 EVOLUCIÓN.....	4
SEGUNDO CAPÍTULO.....	5
2.1. PENSAMIENTO DE JEAN PAUL SARTRE SOBRE LA MALA FE....	6
2.2. CONCEPTO DE LA MALA FE.	8
2.2.1. MALA FE Y DOLO.	9
2.2.2. MALA FE Y CULPA.....	10
2.2.3. MALA FE Y ABUSO DEL DERECHO.....	11
2.2.4. LA MALA FE COMO ACTO ILÍCITO “SUI GENERIS”	11
2.3. LA MALA FE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.	13
CÓDIGO CIVIL.	13
2.3.1. La mala fe en la presunción de muerte por desaparecimiento. .	13
2.3.2. La mala fe dentro de las donaciones por causa de matrimonio.	13
2.3.3. La mala fe dentro de las reglas relativas al hijo póstumo.	14
2.3.4. La mala fe dentro de la administración a de los tutores y curadores a los bienes.	14
2.3.5. La mala fe en los modos de adquirir el dominio.	14

2.3.6.	En la accesión de una cosa mueble a otra.	14
2.3.7.	La mala fe en la posesión.	14
2.3.8.	La mala fe dentro de las cosas de las que se pueden reivindicar. 15	
2.3.9.	La mala fe dentro de las prestaciones mutuas.	16
2.3.10.	La mala fe dentro de las acciones posesorias.	17
2.3.11.	La mala fe dentro del beneficio de inventario.	17
2.3.12.	La petición de herencia y otras acciones del heredero.	17
2.3.13.	La mala fe dentro de las donaciones entre vivos	17
2.3.14.	La mala fe en la obligación de saneamiento.	18
2.3.15.	La mala fe dentro de las obligaciones del comprador	18
2.3.16.	La mala fe en la disolución de sociedad.	18
2.3.17.	La mala fe en el mutuo	19
2.3.18.	La mala fe en el pago de lo no debido.	19
2.3.19.	La mala fe en la prelación de créditos.	19
2.3.20.	La mala fe dentro de la prescripción por la que se adquieren las cosas.	20
2.4.	ACCIONES QUE OTORGA LA LEGISLACIÓN CIVIL EN CONTRA DE LAS PERSONAS QUE ACTUAN DE MALA FE.	20
2.4.1.	Acción de revocatoria.	20
2.4.2.	Acción indemnizatoria de daños y perjuicios.	20
2.4.3.	Perdida de derechos.	20
2.4.4.	Acción de remoción.	21
2.5.	EXIMENTES DE LA MALA FE	21

2.5.1. JUSTA CAUSA DE ERROR (ERROR DE HECHO).....	21
2.6. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY.	22
2.6.1. Presunción de Hecho.	22
2.6.2. Presunción de Derecho.	22
2.7. CÓDIGO DE TRABAJO.....	23
2.8. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	23
CONCLUSIONES	24

RESUMEN

La concepción actual del ejercicio de los derechos amerita una reestructuración de conceptos. Hemos pasado del viejo “absolutismo” de los derechos, a raíz de la revolución francesa en el siglo XVIII, a concebir actualmente un principio de solidaridad que persigue el ordenamiento jurídico en aras de garantizar la paz y la convivencia social. Por lo que, la teoría de la autonomía de la voluntad y la famosa frase “podemos hacer todo lo que no está prohibido por la ley” ha quedado en el baúl de los recuerdos. Resulta ser que, existen límites impuestos por la ley, encaminados a castigar ciertas conductas del individuo, tal es el caso, de la mala fe. Este límite que aparece como un dique para impedir que se obtenga provecho de una conducta ilícita (mala fe), por contravenir el estándar de conducta requerido por la ley a partir de la buena fe. En vista de aquello, con mucha cautela y esmero, nace el presente trabajo que busca desarrollar el concepto “mala fe”, desde la realidad ecuatoriana, como conducta ilícita y sancionada por la ley.

Palabras Claves: mala fe, conducta ilícita, buena fe, autonomía de la voluntad, legislación ecuatoriana, sanción.

ABSTRACT

The current conception of the exercise of rights merits a restructuring of concepts. We have gone from the old "absolutism" of rights, following the French Revolution in the 18th century, to currently conceiving a principle of solidarity that is pursued by the legal system in order to guarantee peace and social coexistence. Therefore, the theory of the autonomy of the will and the famous phrase "we can do everything that is not prohibited by law" has remained in the trunk of memories. It turns out that there are limits imposed by law, aimed at punishing certain behaviors of the individual, such is the case, bad faith. This limit appears as a dam to prevent profit from illicit conduct (bad faith), for contravening the standard of conduct required by law based on good faith. In view of this, with great caution and care, the present work is born that seeks to develop the concept of "bad faith", from the Ecuadorian reality, as illegal conduct and sanctioned by law.

Key words: bad faith, illicit conduct, good faith, autonomy of the will, Ecuadorian legislation, sanction.

INTRODUCCIÓN

Dentro del presente trabajo, se pretende introducir al lector en una encrucijada a la cual nos trae, el Código Civil de Andres Bello, y que, cabe recalcar, no es actual sino que viene desde antaño. Debo advertirle que hasta la presente fecha no existe una posición unívoca sobre el tema, sin embargo pretendo realizar una aproximación al mismo. Ante la falta de interés del ordenamiento jurídico ecuatoriano, parecería ser que se ha descubierto el agua tibia, sin embargo, mientras el lector avance en las líneas del presente trabajo, podrá darse cuenta que inclusive desde el siglo XX se viene debatiendo sobre este tema. Tal es la transcendencia del tema, que, inclusive va más allá del Código Civil, ya que el concepto que se estudia se ha proliferado en otros cuerpos normativos. En este sentido, lo que se pone en manos del lector, es una investigación sobre el concepto de la mala fe a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El trabajo está compuesto de dos capítulos.

En el primer capítulo, vamos a ver el concepto que se ha construido a partir de la buena fe. Su evolución de regla de interpretación de contratos a principio general del derecho. Su limitación al ejercicio de los derechos del individuo.

En el segundo capítulo, se va a analizar el concepto de la mala fe. Latimosamente, no se van abarcar todos los ámbitos en donde la ley prevé y sanciona la conducta de mala fe. Únicamente se van a tratar ciertos ámbitos del ordenamiento jurídico, pero en especial el Código Civil. He traído a este trabajo la referencia a la obra del Gran filósofo Jean Paul Sartre “El ser y la Nada”, que espero resulte interesante al lector, el cual habla sobre la mala fe. Para este capítulo, la fuente bibliográfica de referencia fue el trabajo “la mala fe” publicado por el jurista Pascual Alferillo.

Por ultimo, luego de todo el desarrollo enunciado en los párrafos precedentes, se encuentran las conclusiones del presente trabajo, en las cuales se encuentran citas del brillante maestro Manuel Tama Viteri. .

PRIMER CAPITULO

1. LA BUENA FE

1.1 CONCEPCION EN EL DERECHO ROMANO

Primero, hay que indicar que la buena fe proviene del latín *Bona Fide*, siendo esta última palabra objeto de análisis. Castresala indica que un “papel preponderante cumplió la fides en la tradición jurídica romana; el romano, por su naturaleza, en las actividades y relaciones con sus congéneres, frecuentemente se encontraba avocado a hacer referencia a la fides, inmersa en muchas de sus actuaciones cotidianas” (citado por Arrubla, 2018, p. 15). Bonfante agrega que “el pueblo romano fue el pueblo del Derecho y de la *fides* y que si Roma pudo ser tan fecunda en la elaboración del derecho, ello fue precisamente gracias a la *fides*” (p. 15). El origen de la fides no tenía -en un principio- relación al aspecto ético, sino tenía un esencia “mágica”, toda vez que este concepto fue personificado y en lo esencial significaba signo de cumplir, lo cual creó el dogma de “hombre de palabra”. De tal suerte, que la fides era el vínculo por medio del cual se invocaba para servir como especie de juramento ante los dioses que la persona se comprometía a cumplir lo pactado. Al respecto de la fides, Villareal indica lo siguiente:

“De suerte que el juramento es, de cierta manera, palabra de consagración, tan potente que actúa automáticamente poniendo al sujeto a merced de la divinidad a quien jura, en el evento que en su declaración no corresponda con la realidad de los hechos. Así, el juramento opera como un mecanismo de salvaguarda social, supliendo la ausencia de aquellos de carácter coercitivo, mediante una especie de autocondena que invoca sobre sí mismo quien jura, en el evento de que no se respete los compromisos asumidos, a la vez que crea al interior del sistema jurídico religioso un ordenamiento nuevo entre quien se empeña y aquel que recibe el empeño.” (citado por Arrubla, 2018, p. 17)

Más adelante, en la misma obra, continua la explicación de Villareal quien agrega que:

La *dea fides* contribuye a la preservación jurídico-religioso; es la personificación divina del vínculo y del respeto a los

compromisos biltarales entre los sujetos, los *officia*; representa el vínculo sellado por un juramento y desatenderlo configura una ofensa directa a la divinidad representada por la diosa, conducta que castigaba Júpiter con toda energía.” (p. 17)

En otras palabras, vemos que, la buena fe, desde la concepción del derecho romano, fue una pieza transcendental para el sostenimiento de sus instituciones, tanto así, que inclusive prácticamente abarca casi todas las relaciones jurídicas más importantes de los romanos.

1.2 EVOLUCIÓN

Ahora bien, durante el devenir del tiempo y por su trascendencia, el concepto ha evolucionado, siendo así que ya no es aplicado únicamente en la interpretación de contratos, sino a que ahora es reconocido como principio general del derecho. Como bien indica Acosta:

“la buena fe pasó de constituir una simple regla de interpretación a los contratos a un principio de derecho. Se aprecia así una jerarquización de dicho axioma, que rebasa el contenido contractual y se extiende sobre el derecho de propiedad, las sucesiones, el derecho internacional privado y también se perfila su aplicación hacia el derecho público. (p. 61)”

Lo cual ha sido ampliamente aceptado por la doctrina. En la misma línea argumentativa Díez-Picazo, acota lo siguiente:

“como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas capaz de condicionar y limitar el ejercicio de los diversos derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte entonces en criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, traduciéndose en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza, constituyendo un límite intrínseco en el ejercicio de los derechos que actúa siempre en defecto de la ley o costumbre aplicables.” (citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 1068-1069).

La buena fe como modelo de conducta ha sido trazada a la luz del “Buen padre de familia¹”, el cual, es “el estándar jurídico de conducta por

¹ Dentro de la cuna del Derecho Civil, esto es, en Francia, el término “Buen Padre de Familia” fue erradicado de la legislación por la aprobación de la enmienda al proyecto de ley N° 1663 , que busca la igualdad efectiva de hombres y mujeres, en la cual se decidió cambiar por el término “persona razonable” por su neutralidad, debido a que la referencia al

excelencia en todos los ordenamientos de tradición romana desde hace siglos (Tomás, 2015, p. 59)” que se usaba para “determinar el grado de diligencia a observar en el ejercicio de titularidades jurídico reales y obligacionales” (p. 61) para de esta manera “aludir a la de una persona normal, ordenada y cuidadosa en la gestión de su propio patrimonio, y por ende, en la ejecución de la prestación en concreto de que se trate. (p. 63). Por lo que podría decirse que alguien que actúa como un buen padre de familia “*Pater Familias*”, está actuando de buena fe, y, esto, precisamente, es lo que constituye el comportamiento debido o que se espera que una persona emplee en sus relaciones jurídicas. De tal suerte que la buena fe actúa como un límite en el ejercicio de los derechos, al respecto:

“La buena fe opera como causa de exclusión de culpabilidad; como causa o fuente ciertos deberes (información, seguridad, protección, etc.) Además, como ya viéramos, la buena fe actúa como causa de limitación en el ejercicio de ciertos derechos. Así, el ejercicio de un derecho es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económica-social diferente para el cual le fue atribuido a su titular sino también cuando se ejercita en forma desleal o abusiva, atentos a las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico. (Odorqui, 2014, p. 255).”

De tal manera, que la mala fe constituye la antítesis de la buena fe. La concurrencia de una excluye al otro. Al respecto indica Rezzónico:

“Ambos puntos pueden concebirse como las dos caras de una misma medalla: la parte de la buena fe no mostrará un rostro lozano, sereno, invitando a compartir una misma y diáfana verdad; la cara de la mala fe exhibirá un aspecto indefinido, vago, doble, por momentos cambiantes, como lo son las mil máscaras de la astucia y la deslealtad.” (citado por Alferillo, 2011, p.444).

SEGUNDO CAPÍTULO

A propósito que ya hemos visto lo concerniente a la buena fe, corresponde ahora ver el tema principal de la presente investigación, esto es, la otra cara

Tomado del libro de Tomás titulado “el buen padre de familia” es sexista y discriminatorio que se remonta al sistema patriarcal, en 2015 de la página 57.

de la moneda. Sin embargo, previo a ello, voy a trasladar al lector, un momento, al pensamiento de uno de los mejores filósofos del siglo XX.

2.1. PENSAMIENTO DE JEAN PAUL SARTRE SOBRE LA MALA FE.

Jean Paul Sartre, dentro de su obra “El Ser y la Nada”, quizo ir más allá y realizó un estudio sobre la mala fe desde las emociones y el psicoanálisis, lo cual puede contribuir al presente trabajo dando una perspectiva de la mala fe desde el interior del ser humano bajo la filosofía sartreana.

Sartre parte de la libertad como piedra angular del existencialismo del ser humano. Es necesario indicar que dentro del pensamiento del filósofo existe una fuerte influencia de su ateísmo. Por eso, es la visión del ser humano desde esa perspectiva, como un ser libre que puede autodeterminarse en cualquier momento, sin tener a Dios como una referencia del bien, tal como indica en su obra:

“[i]ncómodo que Dios no exista, porque con él desaparece toda posibilidad de encontrar valores en un cielo inteligible, ya no se puede tener el bien a priori, porque no hay más conciencia infinita y perfecta para pensarlo; no está escrito en ninguna parte que el bien exista [...] puesto que precisamente estamos en un plano donde solamente hay hombres.” (citado por González, p. 85, 2019).

En vista de lo anterior, al no concebir la existencia de Dios, y en consecuencia no tener una noción o algo como referente del “bien”, el ser humano a través de su libertad, se autodetermina conforme va pasando el tiempo. Al respecto, Mora indica lo siguiente:

”No hay un subconsciente que nos maneje como marionetas. No hay un destino en el sentido griego, solo existe nuestra soledad existencial frente a las responsabilidades de asumirnos como enteramente libres, como padres e hijos de nosotros mismos. Somos enteramente responsables de nuestros actos; excusa que se alegue para evadir responsabilidades no es más que “mala fe”. Detrás de una actitud neurótica lo que suele haber es una expresión refinada de mala fe, es decir, no solo frente a los otros, sino ante nuestra propia conciencia, ante nosotros mismos.” (2005, p. 3)

En este sentido, el filósofo indica que la mala fe es producto de la angustia que siente el ser humano en su interior, al darse cuenta de que es libre. Sobre la angustia González dice:

“El vértigo es angustia en la medida en que temo, no caer en el precipicio, sino arrojarme a él. Una situación que provoca el miedo en tanto que amenaza modificar desde fuera mi vida y mi ser, provoca la angustia en la medida en que desconfío de mis reacciones apropiadas para la situación. Analógicamente, el movilizado que se incorpora a su campamento al comienzo de guerra puede, en ciertos casos, tener miedo de la muerte; pero, mucho más a menudo, tiene “miedo de tener miedo”, es decir, se angustia ante sí mismo.” (2019, p. 88)

Para Sartre, la mala fe no constituye como tal una mentira, debido a que en la mentira la persona tiene pleno conocimiento del ocultamiento de la verdad para engañar a una persona. Mientras que en la mala fe, existe un autoengaño. Sobre este pensamiento sartriano, Mora en su investigación anota lo siguiente:

“La mala fe no es una mentira, ni un engaño. Porque la mentira y el engaño suponen al otro, es un acto intencional que se dirige hacia un interlocutor externo. [...] La mala fe, por el contrario, es el intento de autoconvencernos, es la doblez dirigida hacia nuestra propia conciencia. [...] Actuamos negando la verdad que se manifiesta en nuestra conciencia. Actuamos negando nuestros principios que, al mismo tiempo aparecen como evidentes ante nuestra razón práctica. Negamos lo que somos o pretendemos ser, pero lo negamos con nuestras acciones de modo que nuestro discurso que afirma los valores y principios reniegan de nuestras acciones, pero sirven de coartada para justificar esas mismas acciones.” (Mora, p. 3, 2005)

Dentro de la línea sartreana, se indica algo importante en cuanto a la provocación de la angustia del ser humano, partiendo de que son los demás quienes coadyuvan a causar esta angustia. Como se puede observar en la siguiente cita:

“¿Por qué el *pour-soi* no acepta con frialdad su ser? ¿Por qué se autoengaña al fabricar una imagen de sí que responda a sus ideales de lo que debería ser? Respuesta: la mirada del otro lo acecha, le carcome la tranquilidad, irrumpe su ser, viola la imagen que tiene de sí mismo y que cuida y mimica con tanto celo en la soledad de su conciencia. La mirada del otro lo desnuda, lo pone al descubierto, lo mantiene en estado de tensión; la mirada

del otro lo acecha desde arriba. Por eso ha escrito Sartre que *el infierno son los demás.*” (Alvarado, 2005, p. 153).

Fernandez nos explica esta relación de la angustia y la libertad, desde la concepción sartreana, indicando lo siguiente:

“Sartre, al igual que Heidegger, veía en el momento de la angustia una “patentización del ser”, que permitía que el hombre pudiese tener una comprensión sobre él”. Puesto que es, precisamente, en la angustia en donde su libertad “acontece” y puede llegar a ser reconocida.” (Fernández, 2006, p. 1)

En conclusión, para Sartre la mala fe es producto de una emoción del ser humano, esto es, de la angustia, la cual ocurre cuando éste se da cuenta de su libertad, del poder que tiene de autodeterminarse por sí solo, debido a que, ni su pasado ni su futuro puede condicionar su presente. Esa angustia es lo que lo motiva a actuar de mala fe, definiéndola como un autoengaño de la persona entre ella misma y el mundo exterior, toda vez que siempre está consciente que no es lo que busca ser, ni es lo que es. Lo cual, para los fines de este trabajo, nos ayuda entender el por qué -según Sartre- una persona actúa de mala fe, esto es ¿Qué lleva desde el Ser a una persona a actuar de mala fe? siendo la respuesta, la angustia, tal como vimos en los párrafos anteriores.

2.2. CONCEPTO DE LA MALA FE.

Es preciso empezar, indicando que no existe, aún, una posición unívoca de la doctrina con respecto a un concepto que defina a la mala fe, así como tampoco existe una definición legal en el ordenamiento jurídico sobre que es la mala fe. A pesar de aquello, vamos a tratar de hacer una recopilación de lo que han escrito ciertos juristas de aquello para poder establecer una aproximación de qué se puede considerar como mala fe.

En esta línea argumentativa, Alterini sobre la mala fe nos dice lo siguiente:

El objetivo primordial es la consecución de un fin injusto o ilegal utilizando medios aparentemente patrocinados por la justicia o por la ley, pues la mala fe implica esencialmente conciencia de la ilegitimidad de la pretensión que se esgrime. El que obra de mala fe sabe, tiene conciencia plena que ejecuta una acción sin derecho, cuyas consecuencias han de ser perjudiciales para aquel contra quien se dirige” (Citado por Alferillo 2011, p. 464).

Por su parte, Alferillo sobre la indeterminación indica “la mala fe como parámetro de conducta, de igual modo, debería ser entendida como una noción abierta que la jurisdicción definirá en cada asunto sometido a su decisión” (p. 445). Mas adelante hace referencia a la buena fe como cláusula general “se estrelló con la aceptación de que la buena fe es una cláusula general, pues siendo tal, lógico que el contenido deba concretarse en cada caso (p. 446). Termina el autor dando el siguiente concepto a la mala fe:

“la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización anitifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.” (p. 460).

En conclusión, un individuo actúa de mala fe cuando está consciente que su conducta es contraria al comportamiento debido exigido por la ley, esto es, una conducta ilícita, lo cual exige necesariamente que sea un concepto jurídico indeterminado para otorgar libertad al juez para que pueda entrar a evaluar cualquier conducta, ya que no existe una determinación de qué conductas pueden ser ejecutadas de mala fe.

2.2.1. MALA FE Y DOLO.

Al no existir un concepto unitario del dolo, se debe establecer el contraste con cada tipo de dolo que reconoce el código. En vista de aquello, la legislación prevé tres tipos de dolo: 1) Dolo delictual², 2) Dolo como vicio del consentimiento³ y, 3) Dolo obligacional⁴. Con respecto al primero, la diferencia entre ambos institutos radica en que la esencia del dolo es la intención de provocar el daño, lo cual no ocurre en la mala fe, ya que en la mala fe puede existir negligencia (Alferillo, 2011, p. 466), es decir, una justa causa de error. El segundo, la diferencia está en que la mala fe no vicia el consentimiento del acto, por el contrario, solo impone la obligación de resarcir los daños y perjuicios. Finalmente, el tercero, “este tipo de dolo constituye cuando se incumple con intención de no cumplir, pero se califica,

² Art. 29 inciso final del C.C.

³ Art. 1474 del C.C.

⁴ Art. 1574 del C.C.

cuando se le suma la malicia de conocer que mediante la inejecución del débito se pueden causar al acreedor otros perjuicios (p. 469).” Es decir, se debe probar ese aspecto subjetivo volitivo, en cambio, para la mala fe únicamente se debe probar el conocimiento del incumplidor.

Por todo lo expuesto, recojo la misma conclusión de “Marcel Planiol, Geogees Ripert, Paul Esmein y Alberto G. Spota, acerca que la mala fe está cerca, se aproxima, frisa... pero no es dolo” (p. 472)

2.2.2. MALA FE Y CULPA

Como ya hemos visto, la mala fe es una conducta muy cerca al dolo, en la cual hay conocimiento de que la conducta realizada es contraria a derecho, por eso se la califica como un ilícito civil, sin embargo, “se admite que existe también la unión “mala fe-negligencia”, en la cual las intencionalidades que caracterizan el dolo no sería de la esencia de la mala fe (Alferillo, 2011, p. 464).

En este sentido, debemos ubicar a la culpa grave⁵, la cual el ordenamiento jurídico la considera como una conducta dolosa de pleno derecho, a pesar que, el individuo actuó con descuido. Esto se debe a que, el ordenamiento jurídico busca que un individuo actue con al menos algo de prudencia y castigar la negligencia manifiesta. Por ejemplo, un caso de culpa grave podría ser, un individuo que esté encargado de una tienda y se va de la tienda dejando todas las puertas abiertas.

Lo mismo ocurre en el Código Civil Argentino, según nos indica Alferillo:

“En los estudios precedentes se destacó con especial énfasis que la existencia de casos en los cuales la ley califica al sujeto como incurso en mala fe a pesar de no tener, por negligencia, el conocimiento relevante que le era exigible, constituye la razón lógica más importante que impide legal y doctrinariamente asimilar del todo la mala fe al dolo (2011, p. 472)”

⁵ Art. 29 primer inciso del C.C:

2.2.3. MALA FE Y ABUSO DEL DERECHO

Como bien lo señala Alterini, el concepto de mala fe "cubre una amplia gama de situaciones jurídicas y subyace inclusive en multitud de figuras que producen consecuencia autónomas, pero muestran en su trama la presencia de mala fe" (Citado por Alferillo, 2011, p. 464). Precisamente, este el caso de la figura del abuso del derecho, que en su esencia, en palabras de Odorqui constituye:

"Se entiende que hay abuso de derecho cuando éste es ejercido con anormalidad o irregularidad y ello ocurre cuando en el ejercicio del derecho existe apartamiento del fin o función para el que fue reconocido. **"Lo anormal es antisocial, lo que se aparte de lo racional, lo que supone dejar de lado pautas básicas de conducta como la exige proceder de buena fe"**. (2014, p. 116-117).

En consecuencia, cuando una persona abusa del derecho actúa contrario a la buena fe, esto es, de mala fe.

2.2.4. LA MALA FE COMO ACTO ILÍCITO "SUI GENERIS"

Se considera a la obligación "como un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo" (Abeliuk, 2001, p. 31). Dentro del C.C. se establece cuáles son las fuentes de las obligaciones, es decir, de donde nacen las obligaciones. Estipulando cuatro fuentes de las obligaciones, 1) el contrato, 2) cuasicontrato, 3) delitos y por último 4) cuasidelitos. El primero, "es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa" (Parraguez, 2021, p. 81). El segundo, "se describe como el hecho voluntaria, lícito y no convencional que genera obligaciones" (Abeliuk, 2001, p. 46); dentro de esta fuente se encuentra principalmente las figuras de la agencia oficiosa y pago de lo no debido. "El tercero, es el acto dolo o intencional que causa daño (p. 46)". Finalmente, el cuarto, "es el acto culpable que causa daño (p. 46)".

Una vez establecida las fuentes, es preciso tomar en consideración lo que indica más adelante el mismo autor:

“Es deber general de conducta actuar conforme a derecho, cumpliendo sus prescripciones imperativas, y absteniéndose de lo prohibido. De tal se califica así lo que impropriamente se ha querido designar como obligación en los derechos reales (N.º 6), y que consiste en el deber de respetar el derecho del titular; su infracción se traduce en la indemnización de los perjuicios. Igualmente, es deber general de conducta abstenerse de cometer actos ilícitos, so pena de indemnizar los daños ocasionados (N.º 209), o de ser sancionado penalmente o se cae en alguna de las figuras castigadas criminalmente. Este deber general de conducta puede reducirse a que hay que actuar conforme lo prescribe el ordenamiento jurídico, estando sancionada cualquiera infracción al mismo (N.º 210).” (p. 32).

En ese sentido, vemos que el deber de conducta del individuo exige el resarcimiento de daños y perjuicios por provocar un daño, ya sea intencional o no. Por consiguiente, ese sería una aproximación de la ilicitud del acto de mala fe, ya que este, como ya vimos, es un acto que va en contra del deber de conducta impuesto por la buena fe y que su cometimiento da a lugar a la reparación del daño.

Sin embargo, el C.C. en el art. 2014 se establece que: “el que ha cometido un **delito o cuasidelito** que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”. De tal manera, que no tipifica a la mala fe como una fuente de la obligación. Por lo que, tocaría encasillar a la mala fe como delito o cuasidelito. Lo cual, hace el tema más difícil, ya que delito exige una conducta dolosa y en cambio el cuasidelito una conducta culposa. ¡Hé ahí el dilema!

Ya quedó establecido en los párrafos anteriores que una conducta de mala fe, puede ser producto de un acto u omisión ya sea de manera dolosa o con culpa. Por ende, vemos que la mala fe es un concepto jurídico autónomo, el cual ya sea con culpa o con dolo impone la obligación de resarcir el perjuicio ocasionado, entre otras cosas, y esta obligación nace de la ley.

Más adelante, en el mismo artículo mencionado se estipula que **“Por regla general** todo daño que pueda imputarse a **malicia o negligencia** de una persona debe ser reparado por ésta”. Por lo que, este autor considera que he aquí la fuente que origina reparar el daño de la mala fe.

Profundizando más en el tema, podemos ver lo que Abeliuk nos habla sobre las fuentes de obligaciones no voluntarias he indica:

“2º tratándose de las fuentes no voluntarias, el deudor no tiene la intención de obligarse, pero resulta obligado al margen de su voluntad, por alguno de los siguientes motivos:

A: Por haber cometido un hecho ilícito, sea intencional (delito) o no intencional pero culpable (cuasidelito), y que impone al autor la obligación de indemnizar el perjuicio, y “ (p. 49)

Finalmente, dentro del ámbito de responsabilidad civil, esta responsabilidad derivada del acto de mala fe, será de origen contractual, si existe un vínculo jurídico de por medio entre las partes, en caso contrario, al no haber ningún vínculo jurídico, será extracontractual.

2.3. LA MALA FE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO. CÓDIGO CIVIL.

2.3.1. La mala fe en la presunción de muerte por desaparecimiento.

En las reglas de la revocatoria de la posesión definitiva de la presunta persona desaparecida, establece en el art. 80 numeral 6 del C.C., que constituye mala fe, el hecho de haber tenido conocimiento y mantener en reserva la verdadera muerte de la persona de quien se presume desaparecida o que se haya tenido conocimiento de la existencia de la persona de quien se creía desaparecida, en consecuencia, los poseedores de los bienes del presunto desaparecidos serán considerados como poseedores de mala fe.

2.3.2. La mala fe dentro de las donaciones por causa de matrimonio.

Dentro de las donaciones por causa de matrimonio se establece en el art. 212 del C.C. que en el caso que se declare la nulidad del matrimonio, se establece como sanción la revocatoria de las donaciones hechas al cónyuge que contrajo matrimonio de mala fe. Más adelante el mismo artículo indica que el conyugue putativo que contrajo de mala fe, no tiene derecho a pedir la revocatoria.

2.3.3. La mala fe dentro de las reglas relativas al hijo póstumo.

En las reglas establecidas al hijo póstumo, específicamente en el art. 244 del C.C., se otorga el derecho a la madre del que está por nacer, que de los bienes que le corresponderían al hijo póstumo, se le otorgue lo indispensable para subsistir; a menos que, la madre hubiere actuado de mala fe. Aquí la mala fe constituye el hecho de aparentar un falso embarazo o que el que está por nacer no sea hijo del padre. Por el contrario, si no se demuestra la mala fe, la madre no tendrá que devolver ningún valor.

2.3.4. La mala fe dentro de la administración a de los tutores y curadores a los bienes.

En el art. 451 del C.C. que trata sobre el tutor o curador putativo, la mala fe constituye el hecho de realizar actos en representación del incapaz fungiendo como tutor o curador, es decir, con conocimiento de causa que no puede ejercer dicho cargo. En cuyo caso será removido de la administración y privado de todos los emolumentos de la tutela o curaduría, sin perjuicio de la responsabilidad penal.

2.3.5. La mala fe en los modos de adquirir el dominio.

2.3.6. En la accesión de una cosa mueble a otra.

Dentro de las reglas de la adjunción establecidas en los art. 674, 678 y 679 del C.C., simplemente se hace mención a la mala fe como supuesto de hecho en la norma. Sin embargo, más adelante en el art. 683 del mismo cuerpo legal, nos da a entender cuando se está actuando de mala fe; siendo así, que, establece el hecho de que se use una materia ajena, sin el consentimiento de su dueño, y sin una justa causa de error.

2.3.7. La mala fe en la posesión.

Tal como se puede observar en el art. 717 del C.C., se establece que la posesión regular es aquella que ha sido adquirida de un justo título y de buena fe, siendo así entonces que la posesión irregular vendría a ser lo contrario, esto es, aquella que no prevenga de justo título y que haya sido adquirida de mala fe. Mas adelante detalla, que la mala fe puede aparecer antes de adquirir la posesión o durante la misma, en consecuencia, puede

haber adquirido la posesión de buena fe, pero luego la misma ya no subsista; por lo que, se puede ser poseedor regular y poseedor de mala fe.

En el art. 721 del mismo cuerpo legal, establece 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”, lo que quiere decir, que la mala fe vendría a ser el haber adquirido el dominio por medios ilegítimos, mediante fraude o cualquier otro vicio. En los títulos translativos de dominio, la mala fe constituye el haber adquirido el dominio de quien no tenía el derecho de enajenar el bien, o haberlo adquirido de quien tenía la facultad de enajenarla a través de fraude u otro vicio en el acto o contrato celebrado. Es preciso anotar que, siempre se debe tomar en cuenta el error de hecho en que pudiese incurrir una persona, toda vez que dicho error puede convertirlo en poseedor de buena fe al no tener conocimiento del error que viciaba la transferencia de dominio. Por el contrario, si estamos frente a un error de derecho el mismo artículo nos indica que constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contra.

Por otro lado, el art. 722 del C.C. establece una presunción de hecho sobre la buena fe, indicando que la buena fe se presume menos en los casos establecidos por la ley o en los que se pruebe la mala fe.

2.3.8. La mala fe dentro de las cosas de las que se pueden reivindicar.

Dentro del art. 941 del C.C., la mala fe constituye el hecho de que una persona se haga pasar como poseedor de la cosa que es objeto de acción reivindicatoria sin serlo. Ante lo cual, la ley lo condena a la indemnización de daños y perjuicios por el daño ocasionado en virtud del engaño.

Por su parte, el art. 944 del C.C. ordena que en caso que haya un nuevo poseedor de la cosa, por haber dejado la posesión el antecesor por un hecho o culpa suyo, estará obligado al pago de los frutos, deterioros y expensas que corresponden a los poseedores de mala fe. Esto en razón, que sucede la posesión en la misma calidad del antecesor, es decir, si el antecesor tenía una posesión de mala fe, el actual poseedor adquiere la posesión irregular, no por el hecho de ser nuevo poseedor se subsana la posesión de mala fe.

2.3.9. La mala fe dentro de las prestaciones mutuas.

El art. 948 prescribe que en el caso que el poseedor haya sido vencido en el juicio, esto es, que el legítimo propietario haya recuperado la posesión de lo que le pertenece, el poseedor de mala fe deberá pagarle los gastos de custodia y conservación si la cosa hubiere sido secuestrada.

Por otro lado, el art. 951 del C.C. establece la obligación del poseedor de mala fe a restituir todos y cada uno de los frutos naturales y civiles de la cosa, además de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si hubiera tenido la cosa en su poder. En caso, que la cosa no rindiera frutos, deberá pagar el valor que tenía o hubieren tenido al momento percepción. Al contrario del poseedor de buena fe, que única y exclusivamente es obligado a restituir los frutos desde la presentación de la demanda; lo cual tiene una explicación, ya que al citarse al demandado se establece una presunción de mala fe de acuerdo a lo que establece el art. 64 numeral 2 del COGEP (2015): “constituir a la o al demandado como poseedor de mala fe e impedir que haga suyos los frutos de la cosa que se le demanda, según lo dispuesto en la ley”.

Más adelante, en el art. 954 del C.C. enuncia que el poseedor de mala fe no tiene derecho a que le paguen las mejor útiles realizadas a la casa que aumentaron el valor de la misma, al contrario del poseedor de buena fe, que si tiene el derecho. Lo único que se le permite es llevarse los materiales que puedan ser separados de la cosa sin afectar su correcto funcionamiento o valor y que el propietario se niegue a pagar el precio por los materiales una vez separados.

Dentro de este tema, en lo concerniente a las mejoras voluptorias que hubiere realizado el poseedor sobre la cosa, el código establece en el art. 955 que el dueño no está constreñido al pago por este concepto ni al poseedor de buena fe ni al de mala fe. A pesar de aquello, sólo tiene el derecho que tiene el poseedor de mala fe indicado en el párrafo anterior sobre las mejoras útiles.

Por último, en cuanto a la buena o mala fe está relacionada a los frutos en lo referente a los frutos, al tiempo que fueron percibidos y a lo que respecta de las mejoras y expensas al momento en que fueron hechas.

2.3.10. La mala fe dentro de las acciones posesorias.

El art. 971 del C.C. establece que en el caso que una persona sea privada de la posesión que mantiene sobre determinada cosa, podrá dirigir las acciones posesorias contra el usurpador o contra todo aquel del que se derive la posesión del usurpador. En cuyo caso, estarán obligados a la indemnización de daños y perjuicios el usurpador, con excepción de los terceros de mala fe, que vendrían a ser todos aquellos a los cuales se derivó la posesión del usurpador, si son varios la obligación será solidaria.

2.3.11. La mala fe dentro del beneficio de inventario.

En las reglas de la sucesión por causa de muerte, dentro de la elaboración del inventario, constituye un acto de mala fe el omitir parte de los bienes que forman parte de la masa hereditaria o asuma deudas inexistentes. En el caso que esto ocurra, la ley previene como sanción al heredero o legatario no poder gozar del beneficio de inventario, de acuerdo a lo establecido en el art, 1279 del C.C.

2.3.12. La petición de herencia y otras acciones del heredero.

Dentro del art. 1291 del C.C. en lo referente a las acciones que tienen los herederos durante la sucesión sea esta testada o abintestato, el que hubiere ocupado la herencia de mala fe será responsable por todo el valor de las enajenaciones o deterioros de las cosas pertenecientes al de cujus. A contrario sensu, del que hubiere ocupado la herencia de buena fe, ya que solo responde por el provecho que lo hubiera hecho más rico.

2.3.13. La mala fe dentro de las donaciones entre vivos

Sobre las donaciones entre vivos, es decir, las donaciones irrevocables, amparado en lo dispuesto en el art. 1442 del C.C., el donatario será considerado como de mala fe, en el caso que el donante rescinda del contrato por el incumplimiento de la obligación impuesta en virtud de lo dispuesto en la donación al donatario.

Si al donatario por causa de ingratitud, se le obliga a la restitución de la cosa otorgada en donación, será estimado como poseedor de mala fe desde la época en que ocurrió el hecho ofensivo que provocó la revocación de la donación, en virtud del art. 1445 del C.C.

2.3.14. La mala fe en la obligación de saneamiento.

El vendedor no puede eximirse de entregar la cosa debida, libre de vicios, en los casos en que haya habido mala fe por su parte dentro de este pacto, esto en relación de que no cabe la condonación del dolo a futuro y nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Así mismo, el vendedor de mala fe estará obligado al pago de las mejoras voluptuarias al comprador. (art. 1782 y 1789 del C.C.)

2.3.15. La mala fe dentro de las obligaciones del comprador

Dentro de las obligaciones del comprador dentro de la compraventa, en el caso que el contrato se resuelva por no haber pagado el precio de la cosa, el comprador será considerado en lo que respecta los abonos por expensas y deterioros, como poseedor de mala fe, sin embargo, podrá probar que el incumplimiento del pago se debe a que ha sufrido un menoscabo que lo imposibilitaron de cumplir su compromiso y este hecho no se deba por culpa suya.

2.3.16. La mala fe en la disolución de sociedad.

Dentro de las relaciones jurídicas originadas en virtud del contrato de sociedad, en lo que concierne a la disolución de la sociedad, esta no tiene efectos si es que se realiza de mala fe o sin motivo alguno. Constituye renuncia de mala fe, el que la hace con la intención de sacar provecho de una ganancia que tendría que ser de la sociedad. Hecho lo cual, los socios tienen el derecho a obligarlo a dividir las utilidades con ellos, o que asuma las pérdidas en el caso que el negocio resulte mal éxito. De la misma manera, podrán excluirlo de la participación de los beneficios sociales y obligarlo a asumir su participación en las pérdidas. (art. 2014 y 2015 del C.C.)

2.3.17. La mala fe en el mutuo

En el caso que una persona otorgue en préstamo, sin tener la facultad de enajenar, una especie y de la cual haya desaparecido su identidad, el que las recibió de mala fe estará obligado a pagar el máximo interés legal (art. 2105)

2.3.18. La mala fe en el pago de lo no debido.

En cuanto a la acción por el pago de lo no debido, el art. 2200 del C.C. ordena que el que ha recibido dinero o cosa fungible, estará obligado a restituir en igual género y cantidad de lo recibido, pero si lo ha recibido de mala fe, deberá pagar los intereses corrientes.

El que recibe como forma de pago por una deuda, una especie, no estará obligado al pago de los deterioros o pérdidas, por ser considerado como poseedor de buena fe. Sin embargo, el hecho de tener conocimiento que la cosa fue pagada indebidamente será considerado como poseedor de mala fe y en consecuencia adquiere las obligaciones del mismo. (art. 2201 del C.C.).

Mas adelante, se indica que el que ha vendido de buena fe lo que indebidamente se otorgó como forma de pago, sólo podrá ser obligado a reembolsar el precio que hubiere recibido por la venta y en caso de no haberse pagado íntegramente le cederá los derechos para que ejerza las acciones contra el comprador. Por el contrario, si se hallaba de mala fe al momento de la venta, deberá responder como el poseedor de mala fe (art. 2202).

2.3.19. La mala fe en la prelación de créditos.

En el art. 2370 del C.C. los actos de mala fe dentro del proceso de concurso de acreedores o cesión de bienes, consisten en que el deudor imponga gravámenes sobre los bienes de su patrimonio en perjuicio de los acreedores, con el conocimiento del estado de su negocio por parte del adquirente de estos derechos, es decir, el conocimiento de ambos sobre la insolvencia del otorgante; en actos o contratos a título oneroso podrán asimismo disolverse probándose la mala fe del deudor, esto es, el ánimo de

perjudicar a sus acreedores. Estas acciones prescribirán en un año contado desde la consecución del acto o contrato.

2.3.20. La mala fe dentro de la prescripción por la que se adquieren las cosas.

El art. 2410 del C.C. establece que el hecho de que una persona pretenda adquirir el dominio de una cosa por prescripción adquisitiva de dominio, en el caso que se tenga conocimiento de un título de mera tenencia, hará presumir la mala fe del solicitante y no tendrá derecho a que se le otorgue la prescripción a menos que, hayan transcurrido 15 años sin que el dueño haya probado un reconocimiento su dominio por el que alega prescripción o que la posesión haya sido pacífica e ininterrumpida por el lapso de quince años.

2.4. ACCIONES QUE OTORGA LA LEGISLACIÓN CIVIL EN CONTRA DE LAS PERSONAS QUE ACTUAN DE MALA FE.

De la lectura de la sección anterior, podemos llegar a establecer cuáles son las acciones que prevé el ordenamiento jurídico en contra de los actos de mala fe, en beneficio de los perjudicados. Siendo estas las siguientes:

2.4.1. Acción de revocatoria.⁶

Esta acción tiene como finalidad revocar los actos o contratos en beneficio del que ha actuado de mala fe.

2.4.2. Acción indemnizatoria de daños y perjuicios.⁷

Esta acción va encaminada a que se restituyan los valores en que hubiere sido perjudicado la persona en contra de quien se actuó de mala fe, para lo cual se deberá tomar en consideración el lucro cesante y daño emergente.

2.4.3. Pérdida de derechos.⁸

Esta acción va encaminada a que el que ha actuado de mala fe no pueda sacar provecho del acto o contrato ejecutado de mala fe.

⁶ Artículo 212 del C.C.

⁷ Artículos 451, 683, 941, 944, 948, 951, 954, 971, 1291, 1789, 2105, 2200 y 2021 del C.C.

⁸ Artículos 1782, 2014, 2015, 683 y 2410 del C.C.

2.4.4. Acción de remoción.⁹

En este caso, la ley prevé la remoción del cargo de la persona que ha actuado o ejecutado actos de mala fe.

2.5. EXIMENTES DE LA MALA FE

A continuación veremos un caso excepcional en el que una conducta no puede ser catalogada como de mala fe.

2.5.1. JUSTA CAUSA DE ERROR (ERROR DE HECHO)

Un individuo puede actuar en base a una “justa causa de error”¹⁰¹¹, con lo cual su conducta no puede ser catalogada como de mala fe, por no haber actuado con pleno conocimiento. “Así entonces, la mala fe será excusable cuando no se tiene el conocimiento (ignorancia) o se tiene uno equivocado (error) de la situación, circunstancias, datos, etc. relevante exigido por la ley debido a una negligencia justificable (Alferillo, 2011, p. 474)”. En el mismo sentido indica:

“El sujeto emisor, de la voluntad viciada por el error ha llegado a ese estado psicológico porque no tomó las previsiones mínimas en el período formativo de su voluntad o bien su diligencia no fue suficiente para superar los obstáculos que se han opuesto para llegar al conocimiento pleno de la verdad” (p. 474)”

Por otro lado, si esta “justa causa de error” se trata sobre algún error de derecho¹², se considerará como dolo, y en consecuencia, como una conducta de mala fe. El ejemplo, por excelencia, es el error en cuanto al justo título en lo que respecta a la mala fe en los modos de adquirir el dominio, al momento en que una persona pretende justificar su propiedad o posesión en base un documento que no constituye justo título a la luz del C. C.¹³

⁹ Artículo 451 del C.C.

¹⁰ Así lo denomina el código civil

¹¹ Véase la sección 2.3.6. de este trabajo.

¹² El autor Luis Sevilla Perez realizó una tesis en la cual indica que el error de derecho debe ser considerado como vicio del consentimiento. Véase en <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/2895>

¹³ Véase el literal E de la sección 3.1 de este trabajo.

2.6. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS EN LA LEY.

Podría decir que esta es una parte importante de este trabajo. Aquí vamos a ver, cómo resolver los problemas en el ámbito probatorio a través de las presunciones. Como hemos visto hasta el momento, la legislación civil en cuanto a la mala fe establece presunciones, que deberán ser tomadas en cuenta por los juzgadores al momento de resolver, ya sea para declararla o para rechazarla. Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas, esta puede ser legal o judicial, legal es la que establece la ley y se divide en presunción de hecho y presunción de derecho. La primera, de acuerdo a Hernando Devis Echandía se considera provisionalmente el hecho mientras no se suministre prueba en contrario; en cambio, en la segunda, se considera definitivamente cierto el hecho (2017, p. 678). Existe un debate sobre si las presunciones son reglas de prueba o medios de prueba, sin embargo, la mayoría se apoya en la primera tesis, incluido este autor, ya que, lo cuestiones de derecho no se prueban. En atención a esto, lo más importante dentro de las presunciones es la carga de la prueba en virtud de que presunción se trata. Lo cual vamos a revisar en los siguientes artículos :

2.6.1. Presunción de Hecho.

Aquellas que admiten prueba en contrario, es decir, la carga de la prueba le corresponde a la persona en contra de quien se presume que ha obrado de mala fe. Tal como se puede observar a continuación:

Art. 1815 inc. 3 y 2410 numeral 4.

2.6.2. Presunción de Derecho.

Aquellas que no admiten prueba en contrario, por lo tanto, se establece una ficción de una verdad absoluta del hecho que se presume, siempre y cuando, se prueben los hechos fácticos contenidos en la norma. En consecuencia, no se puede atacar el hecho que se presume verdadero, pero si se puede atacar los hechos que requiere la norma para que opere la presunción. Tal presunción se encuentra en los artículos:

80 numeral 6, 244, 451 inc. 3, 721 inc. 4 y 2015 inc. 1.

2.7. CÓDIGO DE TRABAJO.

De la revisión del Código de Trabajo (2005) no se desprende que el legislador haya previsto supuestos de conductas de mala fe que puedan ocurrir durante la relación laboral, sin embargo, en cuanto a la mala fe durante un proceso judicial estipula en el art. 588.

Ante lo cual, podemos ver que lo que busca el legislador es que el empleador cumpla con sus obligaciones y el trabajador no tenga que acudir a la justicia a exigir sus derechos. Por otro lado, en el decurso del proceso judicial dentro de un conflicto individual o ante el tribunal de conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos, si una de las partes incurre en conductas de mala fe o con temeridad serán sancionadas con la multa que se indica.

Sin perjuicio lo expuesto en los párrafos precedentes, debo indicar que en otras legislaciones, se está estudiando como acto abusivo el despido y el derecho a la huelga. Tal es el caso de la legislación argentina, como lo podemos ver en el siguiente criterio emitido por el órgano jurisdiccional:

“Sobre el punto la Suprema Corte de Justicia se ha pronunciado en numerosos fallos sosteniendo que sólo cabe aceptar la procedencia de la figura del abuso en el derecho de despedir cuando la ruptura del vínculo laboral obedece a móviles ajenos a la relación de trabajo. Así, en sentencia 48/94 se sostuvo: el despido no es abusivo en la medida en que no hay una situación de violación grosera, inmotivada o provocada por móviles extralaborales lo que, de existir, si admitiría la admisión de una pretensión de ese contenido. En consecuencia, el despido abusivo debe quedar limitado a una situación de abuso flagrante, notorio, del derecho a despedir que nuestra legislación laboral otorga al patrono [...] Suprema Corte de Justicia, sentencia 185 de 4 de septiembre de 1998, .A.J.U., t. XI, nº 41.” (Ordoqui, 2014, p. 675)

2.8. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

La mala fe no ha escapado de la regulación dentro del Derecho Penal. La diferencia está con el ámbito civil, en cuanto la sanción es una pena privativa de libertad y, de ser el caso, una pena pecuniaria adicional a la reparación integral de la víctima. Existe una conducta tipificada como “acciones de mala

fe” en el art. 225 del COIP, la cual es sancionada de cinco a siete años, que en esencia consiste en implantar evidencia para incriminar a una persona por el delito de tráfico de drogas.

Por otro lado, el código es claro en cuanto a la responsabilidad de las personas al momento de interponer una denuncia o una acusación particular, en cuyo caso, de no probarse los hechos afirmados en contra de los presuntos infractores, se impone la obligación al juez de calificar si esta fue temeraria o maliciosa. En el caso que, sea declarada maliciosa, se convierte en una conducta penalmente relevante al tenor del art. 271; en cuanto a la temeridad, únicamente se condenará en costas procesales al denunciante o acusador particular conforme al art. 649 numeral 8..

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto dentro de esta investigación he llegado a las siguientes conclusiones:

1. Dentro del presente trabajo, podemos observar que no existe, aún, en el ordenamiento jurídico vigente un criterio jurisprudencial, en el que se realice una construcción del contenido y los límites del concepto de mala fe. Por lo que, lastimosamente quedamos a merced del “leal saber y entender”¹⁴ de los jueces, quienes en su noble tarea de garantizar la paz y la convivencia social a través de sus decisiones y no a sus íntimos y proteveros intereses que pudiesen tener con respecto a una casua sometida a su conocimiento¹⁵, deberán aplicar

¹⁴ **¿Juez temeroso? No.** *En el momento que un juez tenga miedo de sus propias decisiones ha de abandonar la carrera porque... ya está prevaricando.*

Si deja de aplicar una ley justa por temer que le critiquen, a que le persigan, a que le difamen, a que perturben su vida privada, a que le maten... ese juez está mediatizado, ese juez ya es parcial; su miedo es su parte.

Si nota eso, que cuelgue la toga y se marche a su casa. (Eliécer citado por Tama, 2012, p. 61)

¹⁵ -¡Callad!

- dijo un magistrado al oírse un gran ruido en la Sala del Juzgado.

¡Por Dios, que estoy aturdido!

¡Diez cuasas he sentenciado sin haberlas entendido! (Gomez citado por Tama, 2012, p. 91)

la sana crítica¹⁶ y castigar las conductas que se cometan de mala fe. Por consiguiente, deberán estar preparados para no negar el acceso a la justicia invocando falta de ley.

2. Hay mucha tela por cortar aún, la mala fe se encuentra en muchas áreas del derecho, al igual que la buena fe. Por lo que, el presente trabajo constituye sólo una pequeña aproximación en lo que respecta a la mala fe.

¹⁶ "El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también **sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**" (Couture, 2002, p. 221 – 222) El énfasis y subrayado es de mi autoría.

REFERENCIAS

Abeliuk Manasevich, R. (2001). *LAS OBLIGACIONES: Vol. Tomo I* (Cuarta edición). Editorial Temis S.A.

Acosta, M. Á. (2019). *EL ESTANDAR GENERAL DE BUENA FE*. 61-63. PDF.

Alferillo, P. (2011). *La «mala fe»*. 441-481. PDF.

Alvarado, Vi. (2005). *De la mala fe a la consciencia cínica*. 157-162.

Arrubla Paucar, J. Alberto. (2018). ANTECEDENTE, EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS. En *LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y LA FIDUCIA EN GARANTÍA* (pp. 15-22). Editorial Temis S.A.

Código Civil (2015)

Código de Trabajo (2005)

Código Orgánico General de Procesos (2015)

Código Orgánico Integral Penal (2014)

De cupis, A. (1975). *EL DAÑO* (segunda). BOSCH.

Devis echandía, H. (2017). DE LAS PRESUNCIONES EN EL DERECHO PROBATORIO. En *TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL: Vol. II* (Sexta, pp. 677-691). Editorial Temis S.A.

Fernández Villar, E. (2016). *Kierkegaard, Sartre y las Conductas de Mala Fe*. 14. PDF.

- García Amado, J. A. (2019). Doctrinas irracionalistas de la decisión judicial. En *RAZONAMIENTO JURÍDICO Y ARGUMENTACIÓN* (Segunda, pp. 116-126). Zela.
- González Araneda, S. (2019). *Existencia, libertad y mala fe: Revisión a la ontología fenomenológica y al psicoanálisis existencial de Jean-Paul Sartre*. 3, 82-96.
<https://doi.org/10.5281/zenodo.3355768>
- MALA FE. (2010). En *DICCIONARIO HISTÓRICO JUDICIAL DE MÉXICO: Vol. II* (PRIMERA, pp. 1065-1071).
- Mercado Navarro, F. (2001). *Del abuso del derecho y la mala fe en los procesos civiles*. 209-233. PDF.
- Mora Rodriguez, A. (2005). *La mala fe de los científicos*. 1-4. PDF.
- Ordoqui Castilla, G. (2014). *ABUSO DE DERECHO* (Primera). Ediciones Legales E.I.R.L.
- Parraguez Ruiz, L. (2021). *RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO* (pp. 118-126). Cevallos.
- Pastén Peña, C. (2018). *LA EMOCIÓN COMO FUNDAMENTO DE LA MALA FE EN LA FILOSOFÍA DE JEAN-PAUL SARTRE* [Tesis para optar al grado de Magister en Filosofía].
<https://repositorio.uahurtado.cl/bitstream/handle/11242/24818/MFILPasten.pdf?sequence=1>
- Planiol, M., & Ripert, J. (s. f.). *TRATADO PRACTICO DE DERECHO CIVIL FRANCES* (Vol. 6). CULTURAL S.A. MARID.

- Sevilla Perez, L. M. (2013). *El error de derecho como vicio del consentimiento en el campo del derecho civil en el Ecuador* [USFQ]. PDF.
<http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/2895>
- Simon Campaña, F. (2021). TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO. En *MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA* (Segunda, pp. 212-214). Cevallos.
- Tama, V. (2012). *DEFENSAS Y EXCEPCIONES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL*. (Segunda). EDILEX S.A.
- Zavala Egas, J. (2021). Lenguaje y ley oenal o principio de ley escrita (lex scripta). En *REVISIÓN PENAL CONTRA SENTENCIA ERRÓNEA* (pp. 105-139). Murillo.

ABREVIATURAS.

C.C.: Código Civil

COIP: Código Orgánico Integral Penal.

COGEP: Código Orgánico General de Procesos.

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín**, con C.C: # 0929628949 autor/a del trabajo de titulación: **LA MALA FE: NOCIONES PARA EL ECUADOR** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

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

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

Guayaquil, 13 de septiembre de 2021

f. _____

Nombre: **Segarra Barrezueta, Gustavo Efraín**

C.C: **0929628949**

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	LA MALA FE: NOCIONES PARA EL ECUADOR		
AUTOR(ES)	Gustavo Efraín Segarra Barrezueta		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Mónica Irene Palencia Nuñez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	13 de septiembre de 2021	No. DE PÁGINAS:	29
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Derecho Laboral, Derecho Penal.		
PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:	mala fe, conducta ilícita, buena fe, autonomía de la voluntad, legislación ecuatoriana, sanción.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>La concepción actual del ejercicio de los derechos amerita una reestructuración de conceptos. Hemos pasado del viejo "absolutismo" de los derechos, a raíz de la revolución francesa en el siglo XVIII, a concebir actualmente un principio de solidaridad que persigue el ordenamiento jurídico en aras de garantizar la paz y la convivencia social. Por lo que, la teoría de la autonomía de la voluntad y la famosa frase "podemos hacer todo lo que no está prohibido por la ley" ha quedado en el baúl de los recuerdos. Resulta ser que, existen límites impuestos por la ley, encaminados a castigar ciertas conductas del individuo, tal es el caso, de la mala fe. Este límite que aparece como un dique para impedir que se obtenga provecho de una conducta ilícita (mala fe), por contravenir el estándar de conducta requerido por la ley a partir de la buena fe. En vista de aquello, con mucha cautela y esmero, nace el presente trabajo que busca desarrollar el concepto "mala fe", desde la realidad ecuatoriana, como conducta ilícita y sancionada por la ley.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI		<input type="checkbox"/> NO
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-87451260	E-mail: gustavo_segarra@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Reynoso Gaute de Wright, Maritza Ginette.		
	Teléfono: +593994602774		
	E-mail: maritzareynosodewright@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			