

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La mediación como mecanismo alternativo para alcanzar
acuerdos de pago a partir de los acuerdos preconcursales de
excepción**

Andrea Lucía Godoy Gresely

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, 09 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Andrea Lucía Godoy Gresely

Código: 00129849

Cédula de identidad: 171689610-3

Lugar y Fecha: Quito, 09 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

LA MEDIACIÓN COMO MECANISMO ALTERNATIVO PARA ALCANZAR ACUERDOS DE PAGO A PARTIR DE LOS ACUERDOS PRECONCURSALES DE EXCEPCIÓN¹

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE MECHANISM TO REACH PAYMENT ARRANGEMENTS BASED ON THE EXCEPTION PRE-BANKRUPTCY AGREEMENTS

Andrea Lucía Godoy Gresely²
andrea10godoy@gmail.com

RESUMEN

El régimen concursal preventivo ecuatoriano establece procedimientos para resolver conflictos que se generan por la falta de pago del deudor a sus acreedores debido a la insuficiencia de recursos económicos. Sin embargo, estos, carecen de efectividad y eficiencia al momento de aplicarlos.

Partiendo de la figura temporal de los acuerdos preconcursales de excepción contemplada en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, el presente trabajo expone las razones por las cuales se debe implementar, de manera permanente, la mediación como mecanismo para alcanzar acuerdos de pago entre deudores y acreedores. Esto se demostró a través del método sistemático, comparativo e inductivo, es decir, mediante el análisis de normativa nacional, derecho comparado y varias publicaciones. Así, se determinó que la mediación aplicada en el ámbito preconcursal trae consigo varias ventajas frente los procedimientos establecidos en el actual régimen concursal preventivo.

PALABRAS CLAVE

Mediación, concurso preventivo, acuerdo preconcursal.

ABSTRACT

The Ecuadorian preventive bankruptcy regime establishes procedures focused on solving conflicts generated by the debtor's failure to pay their creditors due to insufficient economic or financial resources. However, these procedures, lack effectiveness and efficiency when applying them.

Considering the temporary figure of the exception pre-bankruptcy agreements referred in the Ecuadorian Organic Law of Humanitarian Support to overcome the health crisis derived from COVID-19, this paper shows the reasons why mediation should be implemented permanently as a mechanism to reach payment agreements between debtors and creditors, within the Ecuadorian system. This was demonstrated through a systematic, comparative, and inductive method, meaning, through the analysis of national regulations, comparative law, and several publications. Therefore, it was found that the pre-bankruptcy mediation has several advantages over the procedures established in the current preventive bankruptcy regime.

KEYWORDS

Mediation, reorganization proceeding, pre-bankruptcy agreement.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Rafael Vintimilla Saldaña.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO NORMATIVO.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 5. LOS ACUERDOS PRECONCURSALES DE EXCEPCIÓN EN LA LEY DE APOYO HUMANITARIO.- 5.1. IMPRECISIONES EN LA REGULACIÓN DE LOS ACUERDOS PRECONCURSALES DE EXCEPCIÓN.- 6. RÉGIMEN CONCURSAL PREVENTIVO EN ECUADOR.- 6.1. CONCURSO PREVENTIVO EN LA LEY DE CONCURSO PREVENTIVO.- 6.2. CONCURSO PREVENTIVO EN EL COGEP.- 7. MEDIACIÓN.- 7.1. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PRECONCURSAL.- 7.1.1. DERECHO COMPARADO.- 8. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción.

Desde diciembre del 2019, el mundo entero ha tenido que combatir los desafíos impuestos por el coronavirus. La crisis sanitaria ocasionada por este virus ha generado consecuencias graves en diferentes ámbitos de la vida cotidiana. En este sentido, la economía, a nivel global, ha sido uno de los sectores más afectados por la pandemia, debido a que el ejercicio de las actividades comerciales y económicas se ha visto interrumpido con el fin de disminuir la propagación del virus. Sin embargo, esta interrupción ha implicado un desafío para muchas personas, tanto naturales como jurídicas, en el pago de sus obligaciones.

En respuesta a estas circunstancias, la Función Ejecutiva del Estado ecuatoriano remitió a la Asamblea Nacional un Proyecto de Ley calificado de urgencia en materia económica, titulado Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, proyecto que fue aprobado y publicado en el Registro Oficial el 22 de junio del 2020. La presente Ley prescribe “medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria, a través de medidas tendientes a mitigar sus efectos adversos dentro del territorio ecuatoriano”³.

Entre las medidas que dicha Ley establece para promover la reactivación económica y productiva del país, se determina la posibilidad de alcanzar acuerdos de pago entre deudores y acreedores. Estos han sido denominados acuerdos preconcursales de excepción, los cuales son tratados a través de un procedimiento de mediación. En otras palabras, los deudores y sus respectivos acreedores, de mutuo acuerdo, podrán someterse

³ Artículo 1, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, R.O. Suplemento 229 de 22 de junio de 2020.

a una mediación con el propósito de suscribir convenios que les permitan determinar condiciones, plazos y la reducción, capitalización o reestructuración de las obligaciones pendientes de cualquier naturaleza⁴.

No obstante, esta medida es de carácter excepcional y transitorio, ya que solo tiene una vigencia de tres años calculados desde la publicación en el Registro Oficial⁵, es decir, desde junio del 2020. En otras palabras, la regulación expresa y el reconocimiento legal de los acuerdos preconcursales de excepción dejará de regir a partir del mes de junio del 2023.

Ahora bien, la Ley de Concurso Preventivo (en adelante LCP), ha determinado un procedimiento preventivo, con el objetivo de suscribir acuerdos entre el deudor y sus acreedores que les permitan “facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, regular las relaciones entre los mismos y conservar la empresa”⁶. Sin embargo, los únicos sujetos que pueden acceder a este trámite son aquellas compañías que hayan sido constituidas en el país, estén bajo el control de la Superintendencia de Compañías y tengan un determinado activo y pasivo⁷. Es decir, tanto las personas jurídicas que no cumplan con los aspectos anteriormente descritos como las personas naturales en general estarán excluidas de poder optar por este mecanismo.

Ante esta situación, el Código Orgánico General de Procesos, COGEP establece un proceso de concurso preventivo para cualquier persona, sea comerciante o no. Este proceso se trata de una medida de protección para evitar el concurso de acreedores, a las que se pueden someter personas naturales y también personas jurídicas. Sin embargo, se trata de un proceso judicial que implica una gran cantidad de tiempo, debido a una serie de requisitos y documentos que se deben observar con el objetivo de dar inicio al mismo.

Es por estas razones que, los acuerdos preconcursales de excepción, regulados en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 (en adelante Ley de Apoyo Humanitario), resultan ser una solución temporal a un problema jurídico que se ha evidenciado con anterioridad en el Ecuador: la falta de un método alternativo eficaz y eficiente, por el cual, los deudores de una obligación, sean comerciantes o no, puedan evitar el concurso de acreedores, la insolvencia o la quiebra y, a su vez, facilitar la extinción de sus obligaciones.

⁴ Artículo 27, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

⁵ Artículo 28, *Ibidem*.

⁶ Artículo 2, Ley de Concurso Preventivo, R.O. Suplemento 422 de 21 de diciembre de 2006.

⁷ Ver, Artículo 1, *Ibidem*.

El mecanismo que responde a este problema es la mediación, debido a la flexibilidad, celeridad y efectividad que la caracteriza para resolver controversias entre partes que, de forma voluntaria, deseen alcanzar acuerdos en el menor tiempo posible y a un precio razonable a través de un tercero imparcial capacitado para facilitar las negociaciones y el diálogo.

El objetivo general del presente trabajo es demostrar cómo la mediación es un mecanismo ideal para alcanzar acuerdos de pago con la finalidad de que, tanto deudores como acreedores, eviten largos y costosos procedimientos administrativos y judiciales como lo son el concurso preventivo y el concurso de acreedores; y, a su vez, puedan idear y pactar en conjunto un sistema de pagos con mayor probabilidad de cumplimiento que no represente un perjuicio para ninguna de las partes, sino un beneficio.

Por otro lado, se analizarán las regulaciones referentes a los acuerdos preconcursales de excepción establecidos en la Ley de Apoyo Humanitario; así como también los mecanismos preventivos del concurso establecidos en la Ley de Concurso Preventivo y el COGEP, y se señalarán los inconvenientes que estos generan a la situación de los deudores y acreedores a la hora de aplicarlos.

De igual forma, se detallarán las regulaciones y los principios que rodean a la mediación dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación, LAM. Y, por último, se expondrán los beneficios de establecer a la mediación como mecanismo alternativo al concurso preventivo y al concurso de acreedores dentro de la legislación ecuatoriana.

La metodología del presente trabajo estará compuesta de tres métodos distintos que se complementarán para alcanzar el objetivo planteado anteriormente. En primer lugar, se aplicará el método inductivo, el cual permite obtener conclusiones a partir de situaciones fácticas y hechos considerados como válidos; por lo que, sobre la base de lo formulado por distintos autores y lo establecido en la normativa, se podrá determinar que la mediación es un mecanismo óptimo para alcanzar convenios y, por ende, evitar el proceso judicial, la insolvencia o la quiebra.

Por otra parte, se empleará el método sistemático, mismo que posibilita el estudio de un objeto en el contexto de una estructura compleja, por lo que, se analizará la normativa con relación al concurso preventivo, así como también aquella respecto de la mediación. Y, por último, se utilizará el método de derecho comparado para contrastar los mecanismos extrajudiciales que se utilizan en el ámbito preconcursal entre ordenamientos jurídicos de diferentes países, lo cual posibilitará el descubrimiento de tendencias y revelará modelos exitosos de la mediación aplicada en materia preconcursal.

2. Marco normativo.

Dentro del marco normativo nacional es fundamental referirse a la Ley de Apoyo Humanitario. Entre las medidas establecidas en dicha Ley, se determina la posibilidad de alcanzar acuerdos preconcursales de excepción entre deudores y acreedores, a través de un procedimiento de mediación. Esta posibilidad se encuentra regulada en la Sección I del Capítulo IV de la presente Ley, en donde se establecen los parámetros y requisitos que deben ser tomados en cuenta al momento de optar por esta alternativa.

Por otro lado, se debe tomar en consideración la LCP, pues contiene las reglas y el procedimiento a seguirse por aquellas empresas sujetas a control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías que deseen celebrar un concurso preventivo y, por ende, un acuerdo o concordato, con el propósito de facilitar la extinción de obligaciones de la compañía⁸.

También, resulta esencial incluir la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual define a la mediación como un procedimiento de solución de controversias que tiene como objetivo poner fin al conflicto suscitado entre las partes a través de un acuerdo voluntario, siempre que este verse sobre materia transigible⁹. Asimismo, prescribe los pilares característicos de la mediación, tales como los principios por los cuales se rige, la forma en la que el procedimiento se lleva a cabo, los parámetros para asumir el rol de mediador y los requisitos para que se pueda dar lugar una mediación.

Por último y con la finalidad de tener una visión más amplia del marco normativo, es necesario tomar en cuenta ciertos conceptos establecidos en el COGEP. En primer lugar, el artículo 415 determina la facultad que poseen los deudores, sean estos comerciantes o no, de acogerse a concurso preventivo a fin de evitar el concurso de acreedores¹⁰. De igual forma, en los artículos siguientes, se describe el procedimiento al que está sujeto este mecanismo preventivo. Y, en segundo lugar, el artículo 363, el cual establece que el acta de mediación tiene naturaleza de título de ejecución.

3. Marco teórico.

La mediación empleada en el ámbito preconcursal es una realidad que se vive hace ya algunos años en varios países, principalmente europeos. Por lo que, a lo largo de este tiempo se han originado diferentes posturas y criterios respecto a si la mediación es un

⁸ Artículo 2, Ley de Concurso Preventivo.

⁹ Artículo 43, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

¹⁰ Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez R.O. Suplemento 137 de 23 de febrero de 2021.

mecanismo óptimo para alcanzar acuerdos de pago entre el deudor y sus acreedores, y si, en efecto, se está ante una mediación o si se trata de otro mecanismo.

En primer lugar, existe una corriente que considera que la mediación concursal - término empleado por Álvaro Sendra- no se trata de una mediación propiamente dicha, debido a que no constan ciertos principios básicos que caracterizan a este mecanismo¹¹. Uno de los principios que se encuentra en debate es el de la confidencialidad, ya que, en el caso de no lograrse un acuerdo de pago -conforme la regulación española- el mediador estará obligado a establecer un concurso consecutivo y, por ende, convertirse en administrador concursal¹². En otras palabras, existe la posibilidad de que la persona que, en un primer lugar, hizo de mediador, posteriormente se haga con la administración de la empresa deudora con el objetivo de pagar las deudas.

En el mismo sentido, se determina que no se puede hablar de voluntariedad - principio rector de la mediación-, debido a que en España el deudor es el único que puede acceder a la mediación de forma voluntaria, mientras que la asistencia de los acreedores es obligatoria, ya que, de no hacerlo, se les impondrá una sanción¹³.

Por lo tanto, los autores que defienden esta postura, sostienen que existe una vulneración de los principios intrínsecos de la mediación y, es por esto, que no se debe hablar de un procedimiento de mediación como tal, sino de una figura o mecanismo diferente a este que no contemple estos principios.

Por otro lado, hay una línea de pensamiento que considera que la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos que genera ventajas especialmente útiles en el ámbito concursal¹⁴. Por una parte, se refieren a la celeridad de la mediación frente a los procedimientos concursales tratados en juicio. En segundo lugar, estiman la reducción considerable tanto de costos como de tiempo, debido a que las partes no necesitan del patrocinio de un abogado, y dado también por la flexibilidad de la mediación para decidir sobre las etapas y tiempos del procedimiento¹⁵. Y, en un tercer aspecto, la mediación puede generar conciencia en las partes sobre su situación real y cómo la misma puede

¹¹ Álvaro Sendra Albiñana, La mediación concursal, *Revista Consumo y Empresa* 10 (2019), 17-39, 20.

¹² Marta Blanco Carrasco, “Alternativas en la protección de deudores hipotecarios: la dación en pago, alquiler social y mediación concursal”, *El Préstamo Hipotecario y el Mercado del Crédito en la Unión Europea*, ed. M.S. Flores y J. Raga (Madrid: Dykinson, S.L., 2016), 529-555, 545.

¹³ Alba Sánchez Corredor, “La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos” (Tesis doctoral, Universitat Rovira I Virgili, 2018), 96.

¹⁴ Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores. Los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. M.J. Añón et al. (España: Tirant lo Blanch, 2017), 16-54, 25.

¹⁵ *Ibidem*.

evolucionar en un concurso de acreedores¹⁶. Esta es la línea de pensamiento que se presentará a lo largo del trabajo.

4. Estado del arte

Detrás de la postura que considera a la mediación como un mecanismo acertado y óptimo para alcanzar acuerdos preconcursales de pagos, se encuentran varios autores con diferentes fundamentos y razones para sustentar esta premisa, mismos que se detallarán a continuación.

La autora Macarena Valcarcel García considera que el gran beneficio de alcanzar un acuerdo de pagos a través de un procedimiento de mediación es precisamente evitar la liquidación de bienes del deudor, trabajando en el acuerdo con los acreedores y permitiendo la conservación de la actividad comercial a la que se dedica el deudor, en caso de hacerlo. Esta posibilidad no se encuentra disponible en el proceso concursal, dado que este concluye mayoritariamente con la “liquidación de los bienes del deudor, en los casos que existieran, dejando una infinidad de deudas impagadas”¹⁷.

Para Arturo Ortiz Hernández, la mediación en el ámbito preconcursal es un procedimiento flexible e idóneo para garantizar la viabilidad del deudor y su compañía. Su postura la fundamenta en la participación del mediador, dado que es el encargado de establecer un procedimiento ágil con las partes. Asimismo, considera que el mediador no debe limitarse a realizar propuestas y convocar la junta de acreedores, sino que debe realizar un análisis previo de la viabilidad de la actividad comercial del deudor sin un sacrificio excesivo para los acreedores. De esta forma, el mediador orienta a las partes a encontrar una solución a la medida¹⁸.

Ahora, de acuerdo con Alfredo Meneses Vadillo, una de las ventajas más representativas de utilizar la mediación para alcanzar acuerdos de pago es la reducción de costos y tiempo en comparación al más complejo procedimiento judicial de concurso¹⁹. La reducción de costos presente en la mediación se debe a los bajos y razonables honorarios del mediador en contraste a los elevados y, muchas veces, exorbitantes honorarios de un abogado que interviene en un procedimiento concursal. Por otro lado,

¹⁶ Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, 16-54, 25.

¹⁷ Macarena Valcarcel García, “Acuerdo de mediación en asuntos mercantiles”, *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: Un estudio conjunto realizado por especialistas*, ed. P.B. Martín, M.A. Lopo, J.M. del Carre. (Madrid: Dykinson Editorial, 2014), 399-412, 409.

¹⁸ Arturo Ortiz Hernández, Mediación concursal, una visión positiva, *Estrategia Financiera* 329 (2015), 18-23.

¹⁹ Alfredo Meneses Vadillo, Ventajas de los Acuerdos Extrajudiciales de Pago tras la reforma del RD-L 1/2015: Comparativa con Convenios Concursales y Acuerdos de Refinanciación, *Cuadernos de Derecho y Comercio* 64 (2016), 133-144, 141.

la mediación no cuenta con términos y plazos dentro de su procedimiento, ya que son las partes quienes deciden cómo y cuándo se lo llevará a cabo, ventaja que viene dada por el principio de flexibilidad.

Por último, el autor Jorge Moya Barzillos sostiene que, a diferencia del procedimiento concursal que tiene como fin último tutelar únicamente los intereses de los acreedores, la mediación aplicada en materia preconcursal y, por tanto, el acuerdo preconcursal que nace de esta, basa sus esfuerzos en la continuidad de la actividad del deudor, evitando así el concurso de acreedores y, a su vez, asegurando la protección de los derechos de los acreedores a través del mantenimiento de dicha actividad²⁰. Por lo tanto, esto significaría una ganancia para todas las partes involucradas, situación que no sucede en un procedimiento concursal, donde el deudor sale perjudicado y, en un futuro, sus acreedores también.

5. Los acuerdos preconcursales de excepción en la Ley de Apoyo Humanitario

Los acuerdos preconcursales de excepción son una herramienta dada por el legislador a través de la Ley de Apoyo Humanitario, la cual consiste en una alternativa al concurso preventivo y al concurso de acreedores, ya que permite a los deudores de una obligación convocar a todos sus acreedores a reuniones, conjuntas o separadas, de mediación con el fin de suscribir un acuerdo en el que “se extingan las obligaciones originarias y se las sustituya por unas nuevas”²¹.

A diferencia del concurso preventivo, la lista de sujetos que tienen la posibilidad de acogerse a este procedimiento es más extensa, debido a que incluye a las sociedades que se encuentran definidas en el “artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, a todo tipo de patrimonios autónomos, fideicomisos, clubes deportivos y las personas naturales que se dediquen al ejercicio de actividades comerciales, económicas, culturales y recreacionales”²².

En cuanto al procedimiento previsto para dar paso a la mediación entre deudores y acreedores, la Ley establece, en primer lugar, que el deudor interesado en suscribir un acuerdo preconcursal deberá realizar una declaración juramentada²³ ante notario público.

²⁰ Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, 16-54, 27.

²¹ Martín Vergara Solís, “El régimen concursal de excepción en la Ley de apoyo humanitario”, *Dialoguemos* (blog), 11 de julio de 2020, acceso el 04 de marzo de 2021, <https://dialoguemos.ec/2020/07/el-regimen-concursal-de-excepcion-en-la-ley-de-apoyo-humanitario/>

²² Artículo 26, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

²³ Ver, Artículo 23, Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, R.O. Suplemento 303 de 05 de octubre de 2020.

El objetivo de la declaración juramentada, como paso previo para iniciar las reuniones entre el deudor y sus acreedores, es evitar que esta medida sea indebidamente utilizada por deudores de mala fe.

En otras palabras, aquellos deudores oportunistas que pretendan beneficiarse de la suspensión de plazos propia de este procedimiento, podrán enfrentar las consecuencias penales respecto del delito de perjurio y falso testimonio, establecidas en el artículo 270 del Código Orgánico Integral Penal, COIP. Por lo tanto, este requisito que puede verse también como una exigencia, podría actuar como un mecanismo de disuasión hacia aquellos deudores de mala fe²⁴.

Una vez realizada la declaración juramentada, el deudor procederá a convocar a todos sus acreedores a una reunión de mediación. Cabe destacar que, al iniciar el proceso de mediación, “los procedimientos coactivos que se hayan instaurado o se encuentren ejecutando o en trámite, quedan suspendidos”²⁵ con el propósito de alcanzar un acuerdo preconcursal. Asimismo, los acreedores se abstendrán de iniciar o continuar cualquier ejecución judicial o extrajudicial en contra del patrimonio o activos del deudor²⁶.

Ahora, al tratarse de una mediación, esta será guiada por un mediador, es decir, un tercero imparcial y neutral que cumplirá la misión de facilitar y obtener una solución acordada entre acreedores y deudor, proponiendo un plan de pagos²⁷. En consecuencia, el deudor se libera de la preparación y conducción de estas reuniones, lo que resulta un beneficio adicional para este²⁸.

El acuerdo resultado de la mediación entre el deudor y sus acreedores, de conformidad con el artículo 27 de la Ley de Apoyo Humanitario, tendrá los efectos del contrato de transacción establecidos en el artículo 2362 del Código Civil. Es decir, tendrá fuerza de cosa juzgada en última instancia. Por lo que, de acuerdo con Juan Larrea Holguín, el efecto de cosa juzgada “permite a la parte que viera impugnada la transacción

²⁴ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, SSRN (2021): https://ojs.supercias.gob.ec/index.php/X-pedientes_Economicos/article/view/110, 17.

²⁵ Artículo 32, Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

²⁶ Artículo 25, *Ibidem*.

²⁷ Cecilio Molina Hernández, Tomás Torres Peral, “El beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho en el Derecho Español”, *Derecho Concursal Iberoamericano: Realidades y Perspectivas*, (Bogotá: editorial Legis, 2019), n/d.

²⁸ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 6.

por demanda de la otra parte, oponerse a la pretensión de su contraparte”²⁹, alegando excepción previa de cosa juzgada del arreglo previamente celebrado entre ellos.

Asimismo, al tratarse de un acta de mediación, de conformidad con el artículo 363 del COGEP, tendrá carácter de título de ejecución. Por lo que, en caso de incumplimiento de alguna de las partes, su contraparte tendrá la posibilidad de demandar su cumplimiento siguiendo la vía de apremio, del mismo modo que las sentencias de última instancia, sin que el Juez acepte oposición alguna interpuesta por el ejecutado.

En cuanto a la suscripción del acuerdo preconcursal de excepción, uno de los requisitos fundamentales que prescribe la Ley es la presencia y aceptación del convenio por parte de aquellos acreedores que representen, por lo menos, el 51% de las acreencias del deudor convocante³⁰. Es decir, el acuerdo solo podrá ser suscrito si los acreedores que representan más de la mitad de las acreencias del deudor se encuentran conformes con el mismo. Caso contrario, se firmará un acta de imposibilidad de acuerdo.

Asimismo, se determina que los acuerdos preconcursales alcanzados serán vinculantes para los acreedores disidentes y no concurrentes³¹. Esta regulación, a pesar de vulnerar el principio de voluntariedad al imponer el acuerdo a las partes que no se encuentran conformes con este o que no acudieron a las negociaciones, genera varias ventajas. Por un lado, se solucionan, de manera efectiva y eficiente, las controversias entre el deudor y cada uno de sus acreedores. Por otra parte, se logra evitar el concurso de acreedores, de manera que no se ponen en riesgo los escasos recursos del deudor ni el cumplimiento del acta de mediación, la cual depende, a su vez, de los recursos del deudor.

Ahora bien, en el caso de haberse alcanzado un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, el mediador, al momento de redactar el acuerdo, deberá observar los requisitos de contenido prescritos en la Ley de Apoyo Humanitario con el fin de que este sea válido. En este sentido, el acta deberá constar la identificación tanto del deudor como de los acreedores que lo suscriben, así como también la identificación del resto de acreedores, la declaración juramentada con el detalle de las obligaciones adeudadas, el acuerdo alcanzado, los medios que comprueban que se ha puesto en conocimiento de

²⁹ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de Derecho Civil del Ecuador: Los bienes y la posesión*, Volumen 3 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 115.

³⁰ Artículo 28, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

³¹ *Ibidem*.

todos los acreedores la intención del deudor de suscribir el acuerdo y el supervisor designado por las partes³².

En definitiva, la presente Ley, a través de la figura de acuerdos preconcursales de excepción, brinda una oportunidad a aquellas personas, naturales y/o jurídicas, que, como resultado de las dificultades presentadas por la crisis sanitaria, no se han encontrado en la capacidad financiera para pagar sus obligaciones en el plazo convenido originariamente. No obstante, dentro de la regulación de estos acuerdos existen imprecisiones y contradicciones que no pueden pasar por alto, por lo que, es necesario detallarlas y analizarlas.

5.1. Imprecisiones en la regulación de los acuerdos preconcursales de excepción

A lo largo de la regulación establecida por la Ley de Apoyo Humanitario sobre los acuerdos preconcursales se pueden evidenciar errores y contradicciones de distinta índole que ponen en tela de duda la intención del legislador. Por una parte, desde el inicio del apartado se establece que los acuerdos preconcursales de excepción serán discutidos en mediación. No obstante, los artículos siguientes contradicen y confunden tanto a la figura de la mediación como al acta de mediación.

En primer lugar, el artículo 27 que determina que los acuerdos serán discutidos en mediación, prescribe también que el acuerdo tendrá los efectos de la transacción. En este sentido, la transacción, de conformidad con el Código Civil, es “un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”³³. Es decir, se trata de un convenio para prevenir un eventual conflicto o, a su vez, para finalizar un proceso judicial. No obstante, los acuerdos preconcursales de excepción no se pueden limitar a precaver o concluir litigios, ya que la intención de la mediación es alcanzar un acuerdo mucho más amplio con el fin de que el deudor pueda superar sus dificultades financieras³⁴.

Asimismo, cabe destacar que la mediación está caracterizada por la intervención de un tercero imparcial y neutral que guiará y ayudará a las partes a alcanzar un acuerdo.

³² Artículo 29, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

³³ Artículo 2348, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 96 de 08 de julio de 2019.

³⁴ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 8.

Mientras que la transacción es, por regla general, producto del convenio acordado entre las partes sin la presencia o intervención de un tercero.

Ahora, respecto al cuarto inciso del artículo 28, la Ley señala que el acta de mediación que contiene el acuerdo preconcursal será vinculante para los acreedores disidentes y no concurrentes. Por otro lado, también prescribe, como se explicó anteriormente, que dichos acuerdos tendrán los mismos efectos que el contrato de transacción. Sin embargo, el Código Civil establece que “la transacción no surte efecto sino entre los contratantes”³⁵. Por lo tanto, el legislador cae en una contradicción, la cual, evidentemente, se opone a la naturaleza de dicho contrato.

De la misma forma, se determina que, una vez suscrita el acta de mediación que contiene el acuerdo entre las partes, esta deberá protocolizarse para que pueda surtir sus efectos³⁶. Sin embargo, este requisito resulta innecesario, dado que el acta de mediación es válida por sí misma en virtud de su naturaleza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada³⁷ y, además, por su carácter de título de ejecución³⁸. Por consiguiente, surtirá sus efectos sin la necesidad de otro documento o solemnidad que la respalde.

En síntesis, resultan claras las imprecisiones y contradicciones en las que cae el legislador al momento de regular la nueva figura de los acuerdos preconcursales, ya que, a pesar de que se trata de un gran acierto en el ámbito preconcursal dentro del ordenamiento ecuatoriano, es necesario tomarlos en consideración con el objetivo de aclarar dicha regulación y preservarla en un futuro.

6. Régimen concursal preventivo en Ecuador

En términos generales, el régimen concursal es el “conjunto de herramientas legales previstas para atender la situación de los deudores con problemas financieros, tales como la iliquidez, insolvencia y la suspensión de pagos”³⁹. Estas herramientas pueden ser de carácter judicial, negocial o administrativo, por lo que, sus procedimientos, características y requisitos variarán dependiendo del mecanismo que se pretenda utilizar y del cuerpo normativo en el que se encuentren regulados.

Ahora bien, dentro de la legislación ecuatoriana, existe un mecanismo de ámbito preconcursal, llamado concurso preventivo, que procura la celebración de un concordato

³⁵ Artículo 2363, CC.

³⁶ Artículo 26, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19.

³⁷ Artículo 43, LAM.

³⁸ Artículo 363, COGEP.

³⁹ Martín Vergara Solís, “El régimen concursal de excepción en la Ley de apoyo humanitario”.

entre el deudor de una obligación y sus acreedores, con el objetivo de facilitar la extinción de las deudas en un plazo razonable y en condiciones más favorables de pago. De esta forma, el concurso preventivo es un beneficio del cual pueden gozar aquellos deudores que deseen evitar el concurso de acreedores, la declaratoria de insolvencia o la quiebra. En otras palabras, esta figura ofrece la oportunidad a aquellas compañías o personas naturales de resurgir económicamente y reestructurarse al evitar la liquidación de todos sus bienes.

El concurso preventivo es una medida que fue creada con la intención de reestructurar negocios que, siendo solventes, se ven enfrentados a problemas de liquidez. Sin embargo, el Derecho Concursal ecuatoriano, como suele ser común en ciertas economías emergentes, no contribuye al rescate operacional de compañías viables ni contrarresta los perjuicios sufridos por estas. Esto se debe, principalmente, por la complejidad e ineficiencia que caracterizan los mecanismos concursales y preconcursales previstos en la normativa ecuatoriana⁴⁰.

Dentro de este marco, la figura del concurso preventivo está regulada en dos cuerpos normativos diferentes y, por ende, de dos formas distintas. Por un lado, se encuentra presente en la Ley de Concurso Preventivo, la cual únicamente aplica para las sociedades mercantiles. Y, por otro lado, en el COGEP, donde se determina que tanto personas naturales comerciantes como otros entes distintos a las sociedades mercantiles pueden hacer uso de este mecanismo.

El concurso preventivo, al encontrarse prescrito en diferentes leyes, cobrará sentido de distintas formas. Por lo que, resulta claro que esta medida cuenta con diferentes procedimientos, objetivos, sujetos involucrados, entes de control y requisitos, dependiendo de la normativa que se tome de referencia. En este sentido, se procederá a analizar y detallar cada una de ellas con la finalidad de establecer sus características y, consecuentemente, los perjuicios que pueden llegar a causar a los sujetos que opten por utilizarlas.

6.1. Concurso preventivo en la Ley de Concurso Preventivo

La Ley de Concurso Preventivo fue publicada en el Registro Oficial No. 60 del 08 de mayo de 1997, en respuesta a las difíciles circunstancias por las que atravesaban

⁴⁰ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 3.

numerosas empresas ecuatorianas, el acelerado y anormal desarrollo de estas y las deficientes estructuras financieras de esos tiempos.

Cabe señalar que antes de la promulgación de la presente Ley, en el Ecuador no existía lo que doctrinalmente se conoce como Derecho preconcursal, solo la figura de concurso solutorio o liquidativo. Por lo que, “aquellas compañías que se enfrentaban a una crisis financiera tenían que vender su patrimonio por separado para poder cumplir con sus acreedores”⁴¹.

En consecuencia, la LCP tiene por objeto la suscripción de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, que les permita “facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, regular las relaciones entre los mismos y conservar la empresa”⁴². En cuanto al objeto del acuerdo, este puede variar dependiendo de las posibilidades y necesidades del deudor y sus acreedores. De este modo, es posible pactar plazos, formas de pago, condonación de intereses, consolidación de deudas y, en general, cualquier otro acto que posibilite el pago de las obligaciones⁴³.

Sin embargo, el ámbito de aplicación de la LCP es muy limitado. Esto se debe a que únicamente podrán hacer uso de esta medida las empresas que estén bajo el control de la Superintendencia de Compañías y que cumplan con ciertos requisitos en sus activos y pasivos. De este modo, la presente Ley desampara aquellas empresas⁴⁴ que no estén sujetas a la supervisión de este ente y también a las personas naturales. Cabe destacar que estos sujetos no están exentos de atravesar por crisis financieras, por lo que, no deberían ser excluidos de esta normativa que ofrece una solución alterna a la quiebra y la insolvencia⁴⁵.

En cuanto al procedimiento del concurso preventivo, este puede ser iniciado tanto por el deudor como por uno de los acreedores, siempre y cuando se demuestre el estado de cesación de pagos de la compañía deudora dentro del plazo señalado por la Ley. La cesación de pagos, de acuerdo con la presente Ley, es un estado patrimonial del deudor que se externaliza a través de los hechos determinados taxativamente en el artículo 4 de dicha Ley:

⁴¹ Fabricio Dávila Lazo, Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF): Working Paper Series 4* (2016), 14.

⁴² Artículo 2, Ley de Concurso Preventivo.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Como, por ejemplo, la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada.

⁴⁵ Fabricio Dávila Lazo, Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador, 15.

el incumplimiento por más de sesenta días de una o más obligaciones mercantiles; el momento en que las pérdidas alcancen el 50% o más del capital social y la totalidad de sus reservas; endeudamiento por obligaciones de plazo menor de dos años; las daciones en pago de los activos necesarios para la actividad empresarial; y, cuando se encuentren ejecutoriados uno o más autos de pago⁴⁶.

En lo que se refiere a la gestión de la solicitud, la LCP le otorga la facultad a la Superintendencia de Compañías para admitir y tramitar las solicitudes de este mecanismo. Por lo tanto, el concurso preventivo es un procedimiento administrativo controlado y guiado por el mencionado ente estatal.

Uno de los problemas que se genera al conferir esta potestad a la Superintendencia de Compañías, además de tener un ámbito de aplicación muy selectivo, es la falta de eficacia y eficiencia dentro del proceso, ya que dicho ente no cuenta con las atribuciones ni herramientas necesarias para hacer de esta medida una alternativa útil para conservar la compañía⁴⁷.

Ahora bien, una vez aceptada la solicitud a trámite, dentro del término de cinco días, el Superintendente notificará a las partes de este hecho a través de una resolución admisorio que será, a su vez, inscrita en el Registro Mercantil del domicilio de la compañía. Asimismo, se notificará al público en general por medio de un extracto que se publicará en uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio principal de la empresa⁴⁸.

De este modo, la situación jurídica de la compañía deudora pasará a ser de conocimiento público. Evidentemente, esta falta de confidencialidad puede significar una inconveniencia para las empresas que deseen utilizar este mecanismo, ya que sus relaciones contractuales presentes y futuras pueden verse afectadas por una crisis temporal. No obstante, se estima que esta medida de publicidad “desalienta transacciones clandestinas sobre los activos de la empresa deudora, que pretenda menguar las legítimas expectativas de cobro de los acreedores”⁴⁹.

Además de tener un efecto informativo, dicha resolución da paso a otras secuelas, tales como la suspensión de todos los procesos judiciales y administrativos de carácter patrimonial, seguidos contra el deudor⁵⁰; la prohibición de iniciar nuevos procesos

⁴⁶ Artículo 4, Ley de Concurso Preventivo.

⁴⁷ Fabricio Dávila Lazo, Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador, 20.

⁴⁸ Artículo 11, Ley de Concurso Preventivo.

⁴⁹ Martín Vergara Solís, “El régimen concursal de excepción en la Ley de apoyo humanitario”.

⁵⁰ Artículo 23, Ley de Concurso Preventivo.

patrimoniales⁵¹; la prohibición de constituir cauciones, celebrar fideicomisos mercantiles, hacer arreglos con sus acreedores, enajenar bienes, inmuebles o muebles⁵²; y, el nombramiento de un supervisor designado por el Superintendente, encargado de la ejecución del plan de reestructuración⁵³.

Una vez que la resolución de admisión haya sido notificada, inscrita y publicada, la primera reunión tendrá lugar “en el término no inferior a treinta días ni superior a los cincuenta posteriores a la fecha de admisión del concurso”⁵⁴. En el caso de que el deudor no acudiese a esta reunión, se fijará una nueva en el término de dos días; y, en caso de tampoco presentarse a esta, se dará por terminado el concurso preventivo.

Ahora, en el caso de ausencia de los acreedores que representen por lo menos el 75% del pasivo, se establecerá una nueva reunión dentro del término de cinco días posteriores a esta. Si a esta reunión tampoco acude la mayoría requerida, se finalizará el trámite concursal⁵⁵.

De las regulaciones mencionadas anteriormente, se pueden evidenciar los largos períodos de tiempo entre las diferentes actuaciones administrativas. Estos términos pueden significar un perjuicio para aquellas compañías en crisis que buscan una alternativa y solución eficiente en cuestión de tiempo y recursos; y, también para los acreedores que se ven inhabilitados del cobro de sus acreencias. Del mismo modo, resulta inconveniente la regulación sobre la mayoría requerida para dar paso a las reuniones entre el deudor y sus acreedores, ya que se trata de una mayoría significativa, de la cual también depende la conservación de la empresa.

En este sentido, la Ley establece como exigencia para suscribir el concordato el voto favorable del deudor y del acreedor o acreedores que representen, por lo menos, el 75% de las acreencias totales. Es decir, únicamente se podrá suscribir el acuerdo si los representantes de al menos el 75% de los pasivos financieros se encuentran de acuerdo con este.

De esta forma, el legislador estaría poniendo en manos de los acreedores el futuro de las compañías en crisis, ya que bastaría que uno de los acreedores no concurra a las negociaciones o no esté de acuerdo con lo propuesto por el deudor para que finalice el concurso preventivo y, en consecuencia, “se retrotraigan las cosas al estado inicial a la

⁵¹ Artículo 24, Ley de Concurso Preventivo.

⁵² Artículo 26, *Ibidem*.

⁵³ Artículo 12, *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Artículo 31, *Ibidem*.

petición del concurso, dejando en libertad al deudor y acreedores para que puedan ejercer sus derechos”⁵⁶.

Sobre este punto, es pertinente destacar que “la tendencia internacional ha sido la de disminuir las mayorías necesarias para adoptar las decisiones del concordato”⁵⁷. Por lo que, si el legislador tenía la intención de nivelar la balanza entre deudores y acreedores, con esta regulación, claramente, inclina la balanza en beneficio de los acreedores. En el mismo sentido, se deja de lado el objetivo de esta Ley y, por el contrario, persigue el interés de los acreedores por sobre la reestructuración de las compañías con dificultades financieras⁵⁸.

En palabras de Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco, la LCP “no se ha adaptado a la realidad ni ha coadyuvado a solucionar posibles problemas económicos derivados de crisis menos rigurosas”⁵⁹. Es por esto y demás razones que, “únicamente se han admitido a trámite 27 solicitudes de concurso preventivo a nivel nacional desde 1997, es decir, desde la vigencia de la Ley de Concurso Preventivo”⁶⁰. Estas cifras son un reflejo de la complejidad y demora que caracterizan a este mecanismo y de la falta de soluciones adecuadas para la reestructuración crediticia de aquellas empresas que son operacionalmente viables pero que, por situaciones aleatorias, se enfrentan a dificultades financieras⁶¹.

6.2. Concurso preventivo en el COGEP

El COGEP empezó a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano el 22 de mayo de 2015. La expedición de este Código trae consigo la incorporación de un nuevo concurso preventivo, el cual tiene por objeto la celebración de un concordato entre el deudor de una obligación y sus acreedores, en donde se podrán establecer nuevos plazos, financiamientos, entre otros acuerdos que faciliten la extinción de las obligaciones. De esta forma, se hace referencia a un nuevo concurso preventivo, debido a que se trata de un proceso que difiere sustancialmente de aquel establecido en la LCP.

Una de las primeras diferencias que se puede apreciar entre ambas regulaciones es el ámbito de aplicación. El concurso preventivo regulado en el COGEP, es una medida

⁵⁶ Artículo 43, Ley de Concurso Preventivo.

⁵⁷ Fabricio Dávila Lazo, Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador, 18.

⁵⁸ *Ibidem*, 19.

⁵⁹ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 15.

⁶⁰ *Ibidem*, 14-15.

⁶¹ *Ibidem*, 15.

de protección de la cual puede gozar cualquier persona, sea comerciante o no, que se encuentre en una situación de iliquidez. En otras palabras, pueden acogerse a este mecanismo personas naturales y también personas jurídicas, siempre que no estén bajo el control de la Superintendencia de Compañías ni de la Superintendencia de Bancos; a diferencia de la LCP, que únicamente está dirigida a aquellas compañías deudoras que se encuentren en cesación de pagos y vigiladas por el mencionado ente.

Otra de las distinciones que se puede evidenciar, es la naturaleza de este mecanismo. Por un lado, la LCP establece un carácter administrativo, dado a que se otorga competencia a una autoridad administrativa para llevar a cabo el proceso. Mientras, que el COGEP determina una naturaleza judicial, debido a que dicho proceso concursal está sujeto al conocimiento y resolución de la justicia ordinaria, misma que suele estar congestionada con procesos civiles y mercantiles de toda clase.

En cuanto a la solicitud para activar esta medida, el COGEP limita la facultad de quienes pueden invocarlo, ya que es el deudor el único que puede acudir ante el juzgador de su domicilio para solicitar que inicie el procedimiento de concurso preventivo. Sin embargo, los requisitos para acceder a este mecanismo son más laxos que aquellos prescritos en la LCP⁶², debido a que solo se le exige al deudor demostrar que posee los bienes suficientes o, a su vez, otras fuentes de ingresos continuos para pagar todas sus deudas y las causas por las que se ve imposibilitado de efectuar estos pagos en las fechas previamente acordadas⁶³.

Una vez admitida la solicitud a concurso preventivo, surte una serie de efectos que, en relación con la LCP, son menos graves. Estos consisten en la suspensión de pagos, la citación a los acreedores y, en caso de tratarse de un deudor comerciante, la designación de un auditor. Este último, además de realizar un diagnóstico del activo y pasivo del deudor y presentar un informe, se encargará de asumir temporalmente la administración del negocio hasta que se reúna la junta de acreedores, en la cual se resolverá por voto mayoritario si se acepta el acuerdo o no⁶⁴.

Ahora, en caso de que el informe presentado por el auditor demuestre la existencia de uno o más créditos cuyo término se produjo antes de la presentación de la solicitud de concurso preventivo, o que el pasivo supera el 120% del activo, el juez a cargo lo

⁶² Las compañías deudoras o los acreedores que deseaban iniciar un concurso preventivo, debían demostrar la externalización de la cesación de pagos del deudor.

⁶³ Artículo 415, COGEP.

⁶⁴ Artículo 420, *Ibidem*.

declarará concluido y dará inicio al concurso de acreedores⁶⁵. Situación contraria a lo que sucede en el concurso preventivo establecido en la Ley, que sí admite a trámite esta medida incluso si la empresa solicitante tiene deudas vencidas.

De no acontecer lo expuesto anteriormente, el juez llamará a una junta de acreedores, que se realizará “no antes de diez días ni después de veinte de la fecha de la convocatoria”⁶⁶, con el objetivo de calificar la propuesta del deudor. A esta reunión asistirá obligatoriamente el auditor y, de forma voluntaria, aquellos acreedores que demuestren esta calidad.

Una vez iniciada la audiencia, se presentará el informe del auditor, el balance realizado por este y el plan de pagos presentado por el deudor, mismo que deberá ser aprobado por los acreedores que representen más de la mitad de las acreencias totales para dar paso a las negociaciones del acuerdo. Cabe destacar que los acreedores votarán respecto a su porcentaje sobre la masa total del pasivo, por lo que, si uno de los acreedores representa más de la mitad del pasivo del deudor, se requerirá el voto de al menos otro acreedor⁶⁷.

No obstante, en caso de que la mayoría de los acreedores no acepte el plan propuesto por el deudor, estos deberán fundamentar su negativa. Y, a diferencia de lo que sucede en la LCP, si el juez al examinar las causas alegadas las encuentra infundadas, ordenará la aprobación del concordato en los términos expuestos por el deudor.

Por otro lado, si el juez encuentra fundada la oposición, ordenará el archivo de la solicitud y el pago de los honorarios al auditor, que correrán por cuenta del solicitante⁶⁸. De este modo, se puede evidenciar que el juez no solo regula el proceso, sino que también tiene la facultad de imponer la resolución del conflicto.

En términos generales, la regulación del concurso preventivo en el COGEP puede resultar beneficioso para aquellos deudores que tienen los medios y la capacidad de cumplir con sus obligaciones, aunque de una forma distinta a la prevista inicialmente⁶⁹. No obstante, al tratarse de un mecanismo judicial, puede llegar a ser sumamente costoso en función de tiempo y dinero. Esto se debe a los largos términos que se prescriben en el COGEP y a la congestión de casos en los juzgados.

⁶⁵ Artículo 420, COGEP.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Artículo 427, *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Bruno Pineda Cordero, “Sobre el régimen concursal en Ecuador”, *PBP* (blog), 05 de junio de 2015, acceso el 19 de marzo de 2021, <https://www.pbplaw.com/es/sobre-regimen-concursal-ecuador/>

Asimismo, a pesar de que no se requiera la procuración judicial, es común que tanto los deudores como los acreedores comparezcan a través de un abogado, lo que significa un costo adicional para las partes. Por este motivo, “los acreedores solamente podrían recuperar una pequeña fracción de sus acreencias a la finalización de un largo proceso judicial”⁷⁰ y los deudores perderían más recursos de los que podían disponer.

7. Mediación

La figura de la mediación se encuentra incorporada dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano desde 1997, año de publicación de la primera Ley de Arbitraje y Mediación. Asimismo, ha gozado de reconocimiento constitucional desde la Constitución de Política de 1998, la cual estableció que “se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”⁷¹. Posteriormente, la Constitución de 2008 ratificó este reconocimiento en su artículo 190. Y, en el 2006 se codificó la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual define a la mediación como

un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto⁷².

De conformidad con el artículo en mención, la mediación es una alternativa frente al litigio, en la cual un tercero imparcial y neutral se limita a facilitar el diálogo entre las partes con el propósito de que estas elaboren una solución basada en sus intereses y necesidades. Además, de este artículo se infiere la imposibilidad de someter todo conflicto a mediación, ya que la naturaleza de este deberá versar sobre materia transigible, es decir, sobre situaciones en donde las partes puedan negociar y disponer libremente de sus derechos y obligaciones.

De igual forma, la LAM contempla los principios por los cuales se regirá la mediación, con el objetivo de asegurar su correcta aplicación y funcionamiento. En primer lugar, se determina que los acuerdos a los que se llegue serán voluntarios⁷³, haciendo referencia tanto a la decisión de someterse a este procedimiento como a pactar un convenio que ponga fin a la controversia. De este modo, se contempla el principio de voluntariedad, el cual hace alusión al hecho de que “las partes exclusivamente son las

⁷⁰ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 15.

⁷¹ Artículo 191, Constitución de Política de la República del Ecuador, [Derogado], R.O. 1, 11 de agosto de 1998.

⁷² Artículo 43, LAM.

⁷³ Ver, Artículo 43, LAM.

llamadas a decidir si se someten o no al procedimiento y hasta cuándo desean utilizarlo”⁷⁴. Por lo tanto, no es posible imponer este mecanismo a las personas involucradas dentro de un conflicto, así como tampoco la resolución de este, como una sentencia judicial.

Respecto al principio de confidencialidad, el artículo 50 de la LAM prescribe que las personas que participen en una mediación deberán mantener la debida reserva. Esto se refiere a que toda información recibida de las partes no deberá ser divulgada y “se mantendrá en reserva dentro de las instituciones encargadas del procedimiento”⁷⁵, con el objetivo de que los involucrados dialoguen con sinceridad, creatividad, equidad y objetividad, aumentando de esta forma, la probabilidad de alcanzar un acuerdo⁷⁶.

No obstante, el carácter confidencial de la mediación no es absoluto, debido a que existen situaciones excepcionales que lo limitan. Tal es el caso del artículo 50 de la LAM, el cual permite que las partes puedan, de mutuo acuerdo, renunciar expresamente a la confidencialidad. Del mismo modo sucede cuando, por incumplimiento de una de las partes, se debe ejecutar el acta de mediación que, al entrar en la esfera judicial, se rige por el principio de publicidad. Por último, la confidencialidad es omitida cuando se discuten intereses públicos, es decir, cuando dentro del procedimiento se encuentra presente una o más entidades públicas.

Por otro lado, el principio de imparcialidad se ve reflejado en el artículo 49 de la LAM, el cual establece que la persona que actúe como mediador “queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes”⁷⁷. Sin embargo, la imparcialidad del mediador no solo debe estar presente después de desarrolladas las reuniones, sino también durante todo el proceso. Por lo que, el mediador debe ofrecer a las partes las mismas oportunidades y debe abstenerse de mostrar prejuicio o favoritismo por una de ellas⁷⁸.

Asimismo, la LAM establece que el mediador debe ser neutral⁷⁹, lo cual implica que “no debe tener interés personal en el resultado, ni debe permitir que sus opiniones o criterios influyan en las decisiones tomadas por las partes sobre cómo debe solucionarse

⁷⁴ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, *Revista MASC ECUADOR 1* (2005), 8-19, 12.

⁷⁵ *Ibidem*, 11.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Artículo 49, LAM.

⁷⁸ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 8-19, 13.

⁷⁹ Ver, artículo 43, LAM.

el problema”⁸⁰. No obstante, Jaime Vintimilla considera que la neutralidad es un tema complejo, puesto que normalmente se tiene más empatía por una de las partes, por lo cual, el mediador debe tener experiencia en el control de sus emociones y opiniones⁸¹ para que estas no influyan en su desempeño.

La mediación, además, se rige por el principio de flexibilidad, el cual hace referencia a la omisión de requisitos formales, complejas solemnidades y etapas de carácter obligatorio como aquellas presentes en un proceso judicial, con el objetivo de que el proceso de mediación “se adapte y sea aplicable a todo tipo de conflictos generados entre toda clase de individuos o grupos”⁸². En este sentido, por ejemplo, serán las partes quienes determinen las fechas y horarios más convenientes para llevar a cabo las reuniones de mediación con las posibilidades de agenda del mediador⁸³.

Ahora bien, en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo que ponga fin a la controversia, estas procederán a firmar un acta de mediación, la cual deberá contener por lo menos los antecedentes que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones de cada una de las partes y las firmas tanto de estas como del mediador⁸⁴.

Respecto a los efectos del acta de mediación, de conformidad con la LAM, esta tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, por lo que, se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia⁸⁵. Por otro lado, el COGEP contempla al acta de mediación como un título de ejecución⁸⁶, lo cual implica que no cabe ni acción ni recurso alguno contra la misma. Los efectos y la naturaleza que se le otorga al acta de mediación en la legislación ecuatoriana, tienen como finalidad brindar a las partes seguridad jurídica y precautelar el acuerdo convenido.

En síntesis, la mediación es un método alternativo de solución de conflictos de carácter autocompositivo, puesto que son las partes involucradas en la controversia las que construyen una solución aceptable con la asistencia de un tercero imparcial, “quien mediante el uso de técnicas aprendidas, y muchas veces innatas, intenta ayudar a las partes a alcanzar su propio acuerdo”⁸⁷. Asimismo, al ser un mecanismo voluntario, confidencial

⁸⁰ Ximena Bustamante Vásquez, “La naturaleza jurídica del acta de mediación”, (Tesis, Universidad San Francisco de Quito, 2007), 9.

⁸¹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 8-19, 13.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Santiago Quiroz Villarreal, “Los mecanismos alternativos de solución de controversias. Generalidades”, *Mecanismos Alternos de Solución de Controversias*, ed. R.L., (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2019), 17- 40, 21.

⁸⁴ Artículo 47, LAM.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Artículo 363, COGEP.

⁸⁷ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 8-19, 10.

y más flexible en cuestión de tiempo y recursos que, por ejemplo, el arbitraje o el litigio, resulta más atractivo para todos los sujetos implicados optar por esta medida para resolver su controversia.

7.1. La mediación en el ámbito preconcursal

Como se ha demostrado, la mediación genera importantes ventajas para los sujetos que deciden someter su controversia a este procedimiento dado los diferentes principios que lo rigen y caracterizan. Ahora bien, al hacer referencia a una mediación aplicada en materia preconcursal, lo que se busca es resolver conflictos que se suscitan por la “falta de pago de créditos por parte de un deudor a sus acreedores debido a la insuficiencia de recursos económicos”⁸⁸. Estos, se solventarán a través del diálogo entre el deudor y sus acreedores, el cual será facilitado y guiado por un mediador imparcial y neutral con experiencia en el ámbito concursal. Así, “el deudor podría superar sus dificultades financieras con la concesión de nuevos plazos, suspensión de pago de intereses, renegociación de deuda, facilidades de pago, capitalización o cualquier otra concesión que las partes acordaren entre sí”⁸⁹.

De esta forma, la mediación puede resultar beneficiosa tanto para el deudor como para los acreedores que opten por esta vía alterna para resolver sus diferencias, sin la necesidad de incurrir en la complejidad de los procesos judiciales y administrativos. En este sentido, por ejemplo, las partes pueden gozar de la celeridad propia de la mediación, puesto que el procedimiento no estará sujeto a términos que demoren aún más el cumplimiento de las obligaciones pendientes.

Asimismo, existe una reducción considerable de gastos, ya que “al ser un procedimiento más sencillo y rápido, que el judicial, la retribución de los profesionales que asesoren a las partes también podrá ser reducida”⁹⁰. Este carácter de accesibilidad constituye una importante ventaja para el deudor a la hora de optar por una mediación frente al proceso judicial, ya que, al no contar con los recursos necesarios para extinguir sus obligaciones, es claro que tampoco puede incurrir en gastos muy elevados, como lo son, por ejemplo, los honorarios de un abogado que lo represente en un litigio. Así

⁸⁸ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, *Revista de Derecho* 22 (2020), 90-111, 99.

⁸⁹ Esteban Ortiz Mena, Paúl Noboa Velasco, Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 8.

⁹⁰ Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, 16-54, 25.

también, representa un beneficio para los acreedores, ya que los pocos recursos con los que cuenta el deudor estarán destinados únicamente al pago de la deuda.

Por otro lado, la mediación, al hacer énfasis en el futuro respecto a la situación de las partes y la relación entre estas, “asegura que la solución se centre en las oportunidades que brinda el futuro y el presente, en vez de esconderse en el pasado”⁹¹ y, en consecuencia, genera menos desgaste en el vínculo de los involucrados.

En este sentido, el mediador juega un rol fundamental, ya que debe asesorar equitativa y profesionalmente a las partes, indicándoles cómo su situación jurídica actual podría verse afectada en el ámbito del concurso⁹², con el objetivo de que estas “se motiven a buscar opciones de solución”⁹³. Es decir, debe informar a los involucrados sobre la dinámica habitual que se maneja en el concurso y los diferentes efectos que se pueden esperar sobre sus posiciones jurídicas⁹⁴.

Al hacer referencia al papel que juega el mediador, es importante que, previa reunión entre las partes, este analice la controversia a tratar, evalúe la viabilidad de la empresa o, a su vez, las posibilidades con las que cuenta el deudor como persona natural que no se dedica al comercio, y realice un análisis de los créditos⁹⁵. Esto, con el propósito de estar debidamente informado, tener un conocimiento general de la situación y, por ende, saber qué posibles técnicas o herramientas deberá usar durante el proceso.

De igual forma, el mediador “debe asegurarse de la legitimidad de quienes intervienen en el proceso y contar con su buena fe, principio básico del proceso de mediación”⁹⁶. Dicha legitimación se verificará a través de la declaración juramentada realizada por el deudor como paso previo para iniciar la mediación.

En este punto, cabe señalar que la declaración juramentada constituye prueba de la buena fe del deudor y, a su vez, busca otorgar seguridad jurídica a los acreedores, ya que, como se explicó anteriormente, evita que deudores de mala fe hagan uso indebido de este mecanismo para beneficiarse de las suspensión de plazos. Asimismo, posibilita al mediador velar porque todos los involucrados en el proceso dispongan de la información necesaria con el propósito de que estos puedan tomar una decisión a la medida de su situación actual.

⁹¹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 8-19, 13.

⁹² Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, 16-54, 25.

⁹³ Ximena Bustamante Váscquez, “La naturaleza jurídica del acta de mediación”, 10.

⁹⁴ Alba Sánchez Corredor, “La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos”, 117.

⁹⁵ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, 90-111, 100.

⁹⁶ *Ibidem*, 101.

Por otro lado, el mediador debe “generar un ambiente de confianza en el que los acreedores se sientan cómodos para poder plantear sus inquietudes”⁹⁷. De esta manera, se da lugar a posibles contrapropuestas elaboradas por los acreedores respecto de la formulada por el deudor en la declaración juramentada, y a un diálogo más abierto y eficiente direccionado a la resolución de la controversia.

Es importante destacar que el mediador deberá consignar un rol más activo que el de solo facilitar una eficiente comunicación entre las partes. En este sentido, deberá proponer posibles soluciones -siempre con respeto a los principios de la mediación- “que traten de englobar los intereses manifestados por todos a lo largo del proceso”⁹⁸. En otras palabras, el mediador deberá ir más allá de las posiciones que tomen las partes y descifrar sus intereses y necesidades con el objetivo de “generar todas las opciones posibles orientadas a solucionar la divergencia”⁹⁹, para que, posteriormente, los involucrados dentro de la controversia las consideren y sean estos quienes decidan el resultado que más les beneficie.

Con el propósito de que las partes alcancen un acuerdo dentro del proceso, es fundamental que se encuentren asistidas por un mediador con formación profesional tanto en el ámbito concursal como para ejercer la mediación. De esta forma, el mediador con conocimiento en materia concursal, “podrá hacer entender a las partes que en multitud de ocasiones es preferible un pacto, que *a priori* puede resultar poco satisfactorio, frente a los efectos de un hipotético concurso”¹⁰⁰. Asimismo, deberá contar con las habilidades y técnicas aprendidas, y muchas veces innatas, para acercar los intereses y necesidades de las partes.

Una vez que se haya alcanzado un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, el mediador procederá a redactar el acta con dicho acuerdo. Como se señaló anteriormente, el acta de mediación en el Ecuador, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y, además, constituye título de ejecución.

7.1.1. Derecho comparado

Ahora bien, varios países -especialmente europeos- contemplan en sus ordenamientos mecanismos preventivos al concurso de acreedores, la insolvencia o la

⁹⁷ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, 90-111.

⁹⁸ Marta Blanco Carrasco, “Alternativas en la protección de deudores hipotecarios: la dación en pago, alquiler social y mediación concursal”, 529-555, 543.

⁹⁹ Jaime Vintimilla Saldaña, “Algunos apuntes preliminares y doctrinarios sobre la mediación”, 8-19, 13.

¹⁰⁰ Jorge Moya Ballester, “Los mecanismos preventivos del concurso”, 16-54, 25.

quiebra, desde hace ya algunos años. Sin embargo, tanto las medidas como los procedimientos varían en cada legislación, por lo cual, resulta importante analizar algunos casos para tener un conocimiento más amplio sobre los diferentes mecanismos que se utilizan y sus respectivas regulaciones.

En España, la Ley 5/2012 regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles de manera genérica, es decir, se establecen los principios generales de la mediación, los requisitos para ejercer como mediador, el ámbito de aplicación, etc. Por otro lado, la Ley 14/2013 se encarga de regular, específicamente, el procedimiento y la figura del acuerdo extrajudicial de pago, AEP, el cual tiene por objeto que la persona empresaria natural o jurídica que se encuentre en situación de insolvencia o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, tenga la posibilidad de iniciar un procedimiento ante un mediador concursal para alcanzar un convenio con sus acreedores¹⁰¹.

El AEP, al igual que el acuerdo preconcursal de excepción analizado previamente, será aceptado únicamente con el voto a favor de la mayoría de los acreedores, en este caso los que representen al menos el 60% del pasivo¹⁰². Respecto a los requisitos que debe reunir el mediador concursal en España, se ha señalado que “si bien debe de tener formación en materia de mediación, deberá, además, contar con una especialización en materia mercantil”¹⁰³.

En el caso de Alemania, no se habla de una mediación y muchos menos de un mecanismo extrajudicial, sino del *Schutzschirm*¹⁰⁴, una protección legal en situaciones previas a la insolvencia del deudor que se encuentra regulada en la Ley Concursal alemana: *Insolvenzordnung*. En otras palabras, el deudor que se encuentre en situación de insolvencia inminente -nunca actual- o de sobreendeudamiento, podrá solicitar el inicio de un procedimiento de insolvencia, el cual paralizará todas las ejecuciones individuales de los acreedores en contra del deudor. No obstante, solo se dará lugar a este efecto si el Tribunal está convencido de que la empresa deudora tiene posibilidad de reestructuración¹⁰⁵.

La solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, contiene la oferta del deudor para “seguir gestionando su patrimonio, bajo un régimen de supervisión y no

¹⁰¹ Artículo 231, Ley 14/2013 [De apoyo a los emprendedores y su internacionalización], BOE No. 233 del 27 de septiembre de 2013.

¹⁰² Artículo 238, Ley 14/2013.

¹⁰³ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, 90-111, 105.

¹⁰⁴ Comúnmente traducido como “paraguas protector”.

¹⁰⁵ Alba Sánchez Corredor, “La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos”, 57.

sustitución de la gestión por un administrador concursal”¹⁰⁶. Asimismo, suele ir acompañada de un plan de insolvencia elaborado en conjunto con sus acreedores más importantes, con el propósito de que Tribunal lo apruebe y ejecute dentro del procedimiento concursal. En definitiva, no se trata de un mecanismo o una mediación preconcursal, sino de una medida preventiva a la insolvencia que se presenta en el marco de un concurso de acreedores.

En Francia sucede todo lo contrario, dado que se contemplan dos mecanismos preventivos basados en la asistencia de un mediador, con el propósito de “mantener la actividad productiva del país y evitar que las empresas en crisis destruyan empleos”¹⁰⁷. El primero, se da a través de la figura del mandatario *ad hoc* -regulado en el Código de Comercio francés-, el cual, a petición del deudor¹⁰⁸, será designado por el presidente del tribunal con el propósito de que intervenga como mediador y, por ende, asistir a las partes para que lleguen a un acuerdo, mismo que será firmado por el presidente del tribunal¹⁰⁹.

El segundo, es la *conciliation*, que será aplicable para deudores que realizan negocios comerciales o artesanales y que experimentan dificultades económicas o financieras, probados o previsibles, siempre y cuando no se encuentren en suspensión de pagos por más de 45 días¹¹⁰. Asimismo, será el propio deudor quien solicite al tribunal la asistencia de un mediador para poder alcanzar un acuerdo con sus acreedores. Por último, una vez suscrito el convenio entre las partes, el tribunal lo podrá homologar.

Por otro lado, el ordenamiento estadounidense consagra dos posibles soluciones para la insolvencia de la empresa deudora, las cuales se encuentran reguladas en el *Bankruptcy Code*: la liquidación de los bienes del deudor para satisfacer el crédito a sus acreedores y la posibilidad de someterse a procedimientos extrajudiciales que le permitan superar la situación en la que se encuentra¹¹¹. Estos últimos, son los llamados *Out-of-Court Restructurings* o *Workouts*, que consisten en convenios extrajudiciales dirigidos a

¹⁰⁶ Alba Sánchez Corredor, “La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos”, 58.

¹⁰⁷ *Ibidem*, 52.

¹⁰⁸ De conformidad con el artículo L.611-1 del Código de Comercio francés, podrán hacer uso de los mecanismos contenidos en el Título I sobre prevención de dificultades empresariales, las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro de Comercio y Empresas, cualquier empresario individual y cualquier persona jurídica del derecho privado.

¹⁰⁹ Alba Sánchez Corredor, “La mediación en el acuerdo extrajudicial de pagos”, 51.

¹¹⁰ Artículo L. 611-4, Code de Commerce, Journal Officiel No. 0219 de 21 de septiembre del 2000, reformado por última vez Journal Officiel N. 0078 de 01 de abril de 2021.

¹¹¹ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, 90-111, 106.

ajustar las obligaciones de la empresa y suscritos por el deudor y sus acreedores con la ayuda de profesionales, los cuales pueden ser contadores, abogados o mediadores¹¹².

Por último, es necesario mencionar lo que sucede en Latinoamérica en relación con la mediación en el ámbito preconcursal. Por su parte, en Brasil la Cámara de Senadores 4458 de 2020 se encuentra revisando un proyecto de ley que contempla la mediación obligatoria como paso previo al proceso judicial, es decir, “un deudor en estado de insolvencia debe pasar por un proceso de mediación antes de recurrir al ámbito judicial”¹¹³. Este mecanismo tiene como finalidad la conservación de la compañía y, en consecuencia, el cumplimiento del crédito de los acreedores.

Respecto a Uruguay, en el 2020 la Asociación Uruguaya de Peritos presentó un proyecto de ley que pretende realizar ciertas modificaciones a la Ley Concursal vigente. Entre estas modificaciones, se contempla la posibilidad de que la compañía que se encuentre en situación de insolvencia solicite al juez un plazo de 90 días para iniciar negociaciones con sus acreedores. En consecuencia, se designará un mediador concursal para que ayude a las partes a suscribir un acuerdo privado de reestructuración. Y, en el caso de no alcanzarse, el juez procederá a declarar el concurso¹¹⁴.

8. Conclusiones y recomendaciones

Ante la evidente ausencia de un mecanismo eficaz para resolver los conflictos que se suscitan entre deudores y acreedores, los temporales acuerdos preconcursales de excepción representan una alternativa eficiente frente a las medidas y procedimientos establecidos dentro del actual régimen concursal preventivo ecuatoriano.

Como se demostró anteriormente, las regulaciones del concurso preventivo, establecidas en la Ley de Concurso Preventivo y en el COGEP, están caracterizadas por la ineficiencia y los farragosos procesos burocráticos que impiden alcanzar el objetivo de esta medida: suscribir acuerdos entre el deudor y sus acreedores que faciliten el cumplimiento de obligaciones pendientes.

Es por esto, que la mediación aplicada en el ámbito preconcursal constituye un mecanismo idóneo para alcanzar dichos acuerdos. Pues, se trata de un método distinguido por su celeridad y flexibilidad, el cual permite que las partes, además de resolver su

¹¹² Joseph Acosta, “United States: Restructuring Debts In and Out of Court”, Mondaq, acceso el 01 de abril de 2021, <https://www.mondaq.com/unitedstates/insolvencybankruptcy/105646/restructuring-debts-in-and-out-of-court>

¹¹³ María José Briz Clariget, Daniel Martínez Vigil, El innovador rol del mediador en el proceso concursal: La gestión cooperativa de la insolvencia, 90-111, 105.

¹¹⁴ *Ibidem*, 107.

controversia en beneficio de todos los involucrados, lo hagan de forma voluntaria, en el menor tiempo posible y a un costo razonable.

En este sentido, los acuerdos preconcursales de excepción se acercan a esta premisa y presuponen un buen inicio para implementar y regular, dentro del régimen concursal preventivo, la mediación como mecanismo óptimo para solucionar aquellos conflictos que se generan entre el deudor y sus acreedores y, a su vez, evitar la judicialización del concurso de acreedores y la insolvencia o la quiebra del deudor.

Sin embargo, la regulación de los acuerdos preconcursales de excepción, al mostrar varias imprecisiones, las cuales se detallaron previamente, requieren de una reforma para que su aplicación en la práctica sea más eficiente y, además, con el propósito de conservar esta medida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya sea en el COGEP o en una Ley especializada en esta figura.

De esta forma, considero fundamental corregir el efecto que se le atribuye al acuerdo preconcursal de excepción, ya que, al ser una figura que se discute en el marco de una mediación, esta no puede limitarse a los efectos de un contrato de transacción. Por lo tanto, el acuerdo al que lleguen las partes deberá tener los efectos propios de un acta de mediación, es decir, de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Asimismo, considero que se debe omitir el requisito de protocolización del acuerdo, ya que desnaturaliza el acta de mediación, la cual tiene validez por sí misma, como se demostró anteriormente, y no requiere de otro documento o solemnidad que la acredite.

Adicionalmente, cabe destacar que, a pesar de que exista una vulneración al principio de voluntariedad en la regulación de los acuerdos preconcursales al determinar que estos serán vinculantes también para los acreedores disidentes y no concurrentes, esta vulneración trae consigo varias ventajas, las cuales se detallaron previamente, que permiten lograr el objetivo principal de esta figura: resolver conflictos generados por la falta de pago por parte del deudor a todos sus acreedores.

Con el objetivo de que el procedimiento resulte más atractivo y confiable, es necesaria la existencia de mediadores especializados en materia preconcursal. Para esto, tanto entidades públicas como privadas, deben crear cursos dirigidos a la formación de mediadores que posean las habilidades y conocimientos necesarios para guiar y asistir a las partes en un proceso que verse sobre materia de obligaciones de pago.

Por último, es fundamental que las partes que se enfrentan a este tipo de situaciones tengan conocimiento de la existencia de este mecanismo. Por lo que, tanto

abogados como jueces o autoridades administrativas, deben fomentar el uso de este método, ya que, además de lograr la conservación de la actividad comercial del deudor y, por ende, contribuir con la economía del país, se da un respiro al saturado sistema judicial.