



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**ANÁLISIS DEL CONCORDATO PREVENTIVO
EXCEPCIONAL DE LA LEY ORGÁNICA DE
APOYO HUMANITARIO**

Autora:

Clasina Estefanía Calderón Alvarado

Director:

Esteban Coello Muñoz.

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

A mi compañero de vida, Juan Manuel, por brindarme su apoyo y amor infinito, en cada paso que doy.

A mis padres Eduardo y Clasina, por su amor incondicional y creer firmemente en mí.

A mis hermanas Johanna y Mardou, por ser mis aliadas, mi pilar y mi fortaleza.

A mis sobrinos Sofia y Diego por ser las personas que me inspiran a sacar lo mejor de mí día a día

A mi familia, especialmente a mis abuelos quienes me enseñaron a perseguir mis sueños.

A mis compañeras que se convirtieron en amigas, quienes me han brindado su amistad, apoyo y cariño.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento más sincero para el Doctor Esteban Coello Muñoz, de quien tuve el honor de haber sido alumna, por compartir sus conocimientos y brindarme su apoyo a lo largo de este trabajo.

A todo el equipo docente de la Universidad del Azuay, quienes aportaron en mi formación académica, por su guía, conocimiento y enseñanzas impartidas a lo largo de todos estos años de carrera universitaria.

RESUMEN:

El presente trabajo de titulación aborda el análisis de las instituciones y herramientas promulgadas en el cuarto capítulo de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario como respuesta a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19; esta ley pretende brindar soluciones menos nocivas y expeditas para aquellos agentes económicos que se han visto afectados por la pandemia y que por este motivo se encuentran en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones frente a terceros. La figura del acuerdo preconcursal dentro de esta ley se presenta como un recurso innovador que pretende reestructurar y pactar nuevos acuerdos de cumplimiento en un tiempo récord y con costos menores realizado con la intervención de mediadores calificados, sin embargo, esta herramienta no ha sido empleada con la frecuencia esperada; por el contrario de la investigación realizada en los centros de mediación de las ciudades de Quito y Cuenca se desprende que la herramienta tiene muchas falencias que deben ser subsanadas para su correcta aplicación; así mismo se plantea la posibilidad de incorporar esta figura de manera indefinida dentro de nuestra legislación en beneficio de deudores y acreedores siempre que se incorporen directrices claras y acertadas que puedan hacer de este instrumento un recurso atractivo.

Palabras clave: acreedores, acuerdo preconcursal, agentes económicos, centros de mediación, COVID-19, deudores, mediadores.

Atentamente,



Esteban Francisco

Coello Muñoz

Director de Tesis

ABSTRACT:

This degree work addresses the analysis of the institutions and tools promulgated in the fourth chapter of the Organic Law of Humanitarian Support as a response to the health crisis caused by COVID-19; This law aims to provide less harmful and expeditious solutions for those economic agents that have been affected by the pandemic and who for this reason find it impossible to comply with their obligations to third parties. The figure of the pre-bankruptcy agreement within this law is presented as an innovative resource that aims to restructure and agree on new compliance agreements in record time and with lower costs, carried out with the intervention of qualified mediators; however, this tool has not been used with the expected frequency; On the contrary, from the investigation carried out in the mediation centers of the cities of Quito and Cuenca, it is clear that the tool has many shortcomings that must be corrected for its correct application; Likewise, the possibility of incorporating this figure indefinitely within our legislation for the benefit of debtors and creditors is being considered, provided that clear and accurate guidelines are incorporated that can make this instrument an attractive resource.

Keywords: creditors, pre-bankruptcy agreement, economic agents, mediation centers, COVID-19, debtors, mediators.

Translated by:



Clasina Estefanía Calderón Alvarado.



ÍNDICE

Índice de contenidos

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	II
RESUMEN:	III
ABSTRACT:	IV
ÍNDICE	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS	V
CAPÍTULO 1. EL DERECHO CONCURSAL	1
1.1. INTRODUCCIÓN	1
1.1.1 Evolución del derecho concursal	3
1.1.1.1 Derecho Romano	3
1.1.1.2 Derecho Intermedio	5
1.1.1.3 Derecho Medieval	5
1.1.1.4 Derecho Francés	6
1.1.1.5 Derecho Italiano	7
1.1.1.6 Evolución del Derecho Concursal comparado moderno	7
1.2. EL CONCURSO DE ACREEDORES	8
1.2.1 Fases del concurso de acreedores	10
1.2.2. El concurso de acreedores en el Ecuador	11
1.3. EL CONCURSO PREVENTIVO	17
1.1.2 EL CONCURSO PREVENTIVO EN EL ECUADOR	18
CAPÍTULO 2. LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO CONCURSO PREVENTIVO DE ACREEDORES	22
2.1. INTRODUCCIÓN	22

2.2 EL ACUERDO PRECONCURSAL _____	23
2.3 CARACTERÍSTICAS DEL ACUERDO PRECONCURSAL DE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO _____	24
2.3.1 El acuerdo preconcursal con carácter de “excepcional” _____	24
2.3.2 La mediación necesaria en los acuerdos preconcursales, como método alternativo de solución de conflictos _____	26
2.3.3 Los efectos que producen los acuerdos preconcursales _____	28
2.4 SOLICITUD JUDICIAL EXCEPCIONAL DE CONCURSO PREVENTIVO EN CASO DE IMPOSIBILIDAD DE ACUERDO PRECONCURSAL. _____	30
CAPÍTULO 3 RECEPCIÓN Y APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO CONCURSO PREVENTIVO DE ACREEDORES. _____	35
3.1 PROBLEMÁTICA EN SU APLICACIÓN _____	35
3.2 EFICACIA DE LA HERRAMIENTA PROPUESTA EN LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO _____	38
3.3 REFORMAS APROPIADAS PARA QUE EL MODELO SEA EXITOSO _____	39
3.4 POSIBILIDAD DE INCORPORAR LAS HERRAMIENTAS PROPUESTAS EN LA LEY ORGÁNICA DE APOYO HUMANITARIO DE MANERA INDEFINIDA. _____	40
3.5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. _____	41
REFERENCIAS _____	42

CAPÍTULO 1. El derecho concursal

1.1. Introducción

El derecho concursal es una rama de derecho mercantil que día a día tiene más impacto en el mundo, en particular en los países latinoamericanos; incluido el nuestro; sin embargo, la mayoría de legislaciones ha concebido a esta rama de derecho como una herramienta ex post con fines sancionatorios para los deudores, lo cual hace alusión al hecho que esta normativa solo se aplicaría una vez se ha producido el daño; cuando por diversas circunstancias los emprendedores se encuentran en dificultades económicas que les impide satisfacer las obligaciones con sus acreedores. Suceso que implica para los comerciantes o personas naturales que se dediquen a generar ingresos mediante el emprendimiento a declararse insolventes o en quiebra, debido a que no pueden cumplir con las obligaciones contraídas.

Esta rama de derecho, se la debería analizar y aplicar de un modo más amplio, no esperar a que el endeudamiento sea tan nocivo para las empresas que la última opción para remendar los daños sea un concurso de acreedores que en la mayoría de los casos puede no surtir los efectos esperados, sino más bien aplicarla de manera ex ante; es decir, con la intervención del derecho concursal potencializar un desarrollo social más fructífero, el mismo que impulsaría nuevas ideas que perduren en el tiempo, siempre que vaya de la mano de directrices acertadas, las mismas que proveerían una estabilidad en los nuevos negocios; además de proporcionar un beneficio a la sociedad, tanto a nivel laboral, económico y de desarrollo en la comunidad.

Cabe recalcar, la importancia de analizar el derecho concursal de manera ex ante, pues la normativa vigente de un país podrá incidir en el comportamiento de los agentes involucrados al momento de iniciar un negocio, comercio, tienda, etc.; como lo ha sabido expresar el profesor Mark Roe en su manual de reorganizaciones empresariales y derecho concursal; al abordar el tema de la insolvencia se debe entender de manera implícita que se habla de deuda, debido a que la posibilidad de emprender con capital enteramente propio es difícil, por no decir imposible, razón por la cual se debe recurrir a la obtención de recursos mediante financiamiento externo, factor que de manera indirecta se ve afectado por el derecho concursal de una legislación, esto en razón de las normas que se apliquen al deudor respecto al trámite del procedimiento de acreedores, la asunción de

responsabilidad, la posibilidad de refinanciamiento, pero también, la seguridad que se le brinda a los acreedores al evitar comportamientos oportunistas por parte de los deudores, para no cumplir con sus obligaciones, entre otros. (Gurrea Martínez, 2017)

En efecto, las regulaciones que contemple cada país respecto a la materia concursal determinarán la forma de actuación de los agentes implicados; así como también la cantidad de proyectos que se desarrollen; esto en base a la normativa castigadora o permisiva que se adopte.

En el caso de una normativa castigadora para el acreedor, el mismo que comprendería procesos concursales largos y tediosos, podría influir de manera negativa en la concesión de créditos; como consecuencia la cantidad de préstamos sería menor, con mayores exigencias y a un costo más alto, por otro lado si se trata de una normativa castigadora para el deudor se estaría afectando el crecimiento social en el área económica, la innovación y por supuesto la competencia; cualquier tipo de normativa extremista al final provocaría un perjuicio a la sociedad en diversos frentes, como es el de desarrollo económico, laboral y disminución de inversiones en el país para generar riqueza, razón por la cual se debe decantar por crear normativas adecuadas que potencialicen la expansión, innovación y desarrollo, las mismas que deben buscar satisfacer a todos los intervinientes, evitando por completo normativas castigadoras para cualquiera de las partes..

Como se ha mencionado en líneas precedentes es indispensable que al estudiar el derecho concursal se lo analice de manera global en base a una perspectiva ex ante y ex post, esto debido a que ambas partes se encuentran entrelazadas de manera intrínseca ya que por una parte se fomenta el emprendimiento, innovación y desarrollo y por otra parte se pretende asegurar procesos adecuados y expeditos en caso de incumplimiento por parte del deudor que mantenga obligaciones pendientes; todo esto recogido en normativas claras y favorecedoras para las partes implicadas.

Considero que el objeto que persigue el derecho concursal es tratar de reducir el riesgo que produce la insolvencia o quiebra, esto debido a que el trámite en sí conlleva muchísimos gastos, que de por sí serán difíciles de satisfacer; considerando la situación económica del deudor; por lo que el legislador no debe extender de manera innecesaria este periodo y tratar de brindar soluciones que a largo plazo no son viables, más bien se debería contemplar a la insolvencia y quiebra como una fase posible en el desarrollo de

un emprendimiento; salvo ciertos negocios o empresas que por su naturaleza puede afectar a varias personas, por lo que se debe contar con una normativa adecuada de derecho concursal que esté encaminada a reducir costos directos e indirectos generados por la quiebra o insolvencia, así como a proteger a todos los intervinientes que participan dentro de esta rama de derecho. (Gurrea Martínez, 2017)

Por lo tanto, el derecho concursal es una rama autónoma, que no puede ser considerada como parte de otra rama de derecho, esto se debe a que los fines que persigue, por una parte es la tutela del crédito ya sea esta en el ámbito público o privado y la de velar por las consecuencias que pueden nacer a costa de declararse en quiebra o insolvencia, esta rama de derecho además es solo aplicable cuando estamos frente a problemas de insolvencia patrimonial por lo tanto se trata de una rama excepcional y sus reglas no pueden dejarse sin efecto, los acuerdos prevalecerán por sobre los acuerdos que las partes de manera privada hayan pactado, además se trata de una rama sustantiva y procesal porque dentro de ella se regula la manera en la cual se debe llevar a cabo y cuál es el procedimiento, regulando así los derechos de fondo (Gurrea Martínez, 2017).

1.1.1 Evolución del derecho concursal

El derecho concursal, no se puede situar de manera exacta en un momento determinado de nuestra historia, debido a que el intercambio de bienes o víveres es sin lugar a duda una de las formas más empleadas a lo largo de la evolución humana, pudo existir varias maneras de sanción por incumplimiento; sin embargo; por un factor práctico se tratará de determinar la evolución de esta rama de derecho en este trabajo de titulación.

1.1.1.1 Derecho Romano

El Derecho Romano, si bien no es una fuente del derecho comercial; rama que encuentra su nacimiento en la Edad Media; es importante que se lo analice debido a que las instituciones y normas romanas si han establecido las bases esenciales en ciertas materias e instituciones, mismas que guardan relación con el derecho concursal, como es el caso del derecho de las obligaciones, esta es sin lugar a duda la principal razón por la que se aborda el derecho romano.

En el antiguo derecho romano los bienes de las personas no tenían un carácter patrimonial, más bien se lo concebía como una extensión de la persona, por un periodo prolongado en el tiempo no cabía la posibilidad de ejecuciones forzosas, esto debido a que los bienes del patrimonio de un titular solo podían salir por la voluntad de quien en un momento determinado ostentaba el dominio.

El *manus injectio* es la primera figura que surge en la época romana, la cual permitía al acreedor tomar como prisionero al deudor para que sea satisfecha la deuda ya sea con su vida o vendiéndolo como esclavo al extranjero; en el supuesto de que hubieran más acreedores, se repartía el cuerpo del deudor a los acreedores sin necesidad que esto se realizara en partes proporcionales a la deuda o en su defecto se lo vendía como esclavo y se repartía el importe entre todos los acreedores conocido con los nombres de *parís secando* y *concusu membrorum* respectivamente. Esta regulación perduro en el tiempo aproximadamente por siete siglos. (Graziabile, 2006)

Estas sanciones extremas con el paso del tiempo van mutando en pequeños aspectos; como es el caso del *nexum* que se produce de manera contractual a diferencia de los anteriores; este acuerdo nace de manera privada y voluntaria y consistía en que el deudor se sometía a satisfacer la deuda a criterio del acreedor. Estas figuras siguen evolucionando de forma paulatina y da lugar a la *addictio* acción que permitía al acreedor llevarse al deudor a su domicilio para que trabajase hasta cumplir con su obligación pendiente, esta última acción consentía la posibilidad al deudor de librarse de su castigo siempre que tuviese suficientes bienes para satisfacer la obligación insoluta, por lo tanto, esta es la primera figura que puede servir como antecedente para el nacimiento de la ejecución patrimonial.

Con el avance del tiempo estas prácticas fueron cambiando, se empezó a hacer una distinción entre persona y patrimonio; es aquí cuando nace la ejecución patrimonial impulsada por la ley *poetelia papiria*, la misma que castigaba al patrimonio del deudor en su totalidad; esto va variando con las diferentes leyes como es el caso de la *lex julia*, entre otras que se encontraban vigentes castigando el patrimonio de manera total y poco a poco se va determinando los bienes de manera específica para que se satisfaga las obligaciones pendientes.

El *pactum ut minus solvatur*, es la figura que da origen a la primera forma de derecho concursal en Roma, considerándolo como primer mecanismo para prevenir la

quiebra. Esto se aplicaba en materia de sucesión por causa de muerte y eran los herederos quienes se beneficiaban de esta figura, los acreedores conjuntamente determinaban la reducción de las deudas mediante el voto de la mayoría de los implicados para realizar una remisión de una parte de la deuda. (Graziabile, 2006)

1.1.1.2 Derecho Intermedio

El derecho intermedio es aquel que surge después de la caída del imperio romano hasta el derecho de las comarcas, fue pionero respecto a la ejecución patrimonial, es en este momento que el derecho germánico realiza un aporte significativo para el derecho concursal respecto al patrimonio individual de una persona a través del *arrestmandat* o conocido también como el secuestro real de bienes, dentro de este periodo se aporta con la figura de la prenda, el desapoderamiento y el secuestro, las legislaciones Longbarda y Franca fueron las que introdujeron la figura del embargo. (Graziabile, 2006)

En esta época nace la posibilidad de cumplir con las obligaciones pendientes de dos maneras por un lado de forma voluntaria por parte del deudor conocida como la *datio in solutum* y por otro lado cuando la orden provenía de un Juez conocida como *datio in solutum ope iudice*, la característica principal de estas maneras de cumplir con las obligaciones provenían de una naturaleza coercitiva para pagar la deuda y no tanto como expropiaciones; esta evolución en el periodo intermedio culmina con la ejecución dirigida por una autoridad pública y fue el secuestro el antecedente inmediato para que se originará el concurso de acreedores.

1.1.1.3 Derecho Medieval

Es en la época medieval cuando surge el gran desarrollo económico y comercial; esto como resultado del incremento exponencial de ciudades y el intercambio de bienes entre ellas, esto conllevó, la necesidad de implementar varias instituciones del Derecho Comercial para facilitar el comercio, uno de los grandes hallazgos de esta época fue la abolición de la prisión por deudas implementado por el Rey Luis de Francia en el año de 1254 a excepción de las deudas contraídas con el fisco y las autoridades eclesiásticas.

En esta época se crearon los primeros estatutos vigentes en las comarcas italianas para regular el incremento comercial; en este periodo surgen diversos conceptos que prevalecen hasta nuestros días relacionados con el derecho concursal como son: cesación de pagos y la bancarrota. Además, es en el derecho medieval a través del estatuto de Lucca cuando se emplea por primera vez el término de concordato preventivo; este acuerdo toma lugar en una etapa anterior a la quiebra, cuando el deudor por diversas razones no podía cumplir con las obligaciones a tiempo, todos los acreedores debían estar presentes en este proceso, el mismo se originaba de manera oficiosa impulsada por los acreedores, para verificar la situación del deudor en un proceso sumarísimo.

Dependiendo el estatuto vigente se requería de un administrador, procurador o en su defecto un *magistratus* electo por los acreedores que se encargaba de determinar un curador, quien ejercía la administración y realizaba todas las acciones necesarias para satisfacer las obligaciones pendientes incluida la representación judicial o un comité de acreedores con plenos poderes, es en este momento de la historia en el cual se impulsa el desarrollo de dos corrientes de la quiebra una pública en el cual interviene activamente el estado y una privada en el que se continua con el desarrollo del derecho romano respecto a los acreedores.

En esta época, dentro de los procesos se realizaba una distinción entre el deudor de buena fe, calidad esta que permitía a los deudores a satisfacer sus deudas con su patrimonio para evitar la quiebra, sin embargo, las imposiciones que debían cumplir eran similares al de los comerciantes arruinados por lo que se asimilaba a la *capitis deminutio* esto por las prohibiciones y limitaciones que se les imponía; caso contrario si se trataba de ladrones, estos tenían sanciones graves y se los calificaba como fallido relacionado directamente con fraude, razón por la cual muchos de los comerciantes buscaban el concordato o el salvoconducto, herramientas que les permitía a los deudores salir de la cárcel para proponer el concordato preventivo y evitar la quiebra.

1.1.1.4 Derecho Francés

En el año de 1667 se realiza la primera regulación orgánica respecto a la quiebra el mismo que fue inspirado en los estatutos italianos. En el año de 1807 se realiza la codificación francesa del Código de Comercio en el que se aborda el tema de la quiebra

en el libro tercero, es en este apartado en el que se establece la actuación de los acreedores, el concordato, la verificación de créditos, los actos nulos que perjudiquen a los acreedores, entre otros.

Este Código de Comercio francés a lo largo de la historia tuvo reformas constantemente, entre los cambios más significativos para nuestro estudio encontramos:

- 1889 se incorpora la liquidación judicial para los deudores de buena fe.
- 1995 establece un régimen completo nuevo sobre la quiebra y la liquidación judicial.
- 1967 se realiza una reforma sustancial del concurso francés respecto a la separación del patrimonio personal y empresarial.
- 1984 se incorpora la posibilidad de una solución y prevención de manera extrajudicial de los problemas empresariales.
- 1994 se realiza la reforma respecto a mejorar la prevención de insolvencia.
(Graziabile, 2006)

1.1.1.5 Derecho Italiano

Es el derecho italiano el que tuvo gran impacto en el medioevo, debido a que la mayoría del derecho concursal se basó en los estatutos de las comarcas italianas, las mismas que se fueron modificando por las costumbres y usos comunes, provocando que se aplicarían diferentes cuerpos normativos como es el Código Albertino, Código de Comercio francés y el proceso concursal de

Austria, hasta el año 1865, periodo en el que se dicta el Código de Comercio para el territorio italiano, este código a lo largo de la historia ha incorporado cambios del derecho concursal respecto al concordato preventivo como al concurso de acreedores.

1.1.1.6 Evolución del Derecho Concursal comparado moderno

Es conocido por todos que el derecho es regulado por cada país de una manera diferente, lo mismo sucede con esta rama de derecho que se ha ido desarrollando con el paso del tiempo; sin embargo, es posible determinar ciertos rasgos que pueden compartir los países debido a diferentes circunstancias de familiaridad, cercanía o de usos que

provocan similitudes en su forma de regulación, esto hace posible que podamos determinar dos grandes grupos respecto al derecho concursal en la actualidad.

- Sistema judicialista
- Sistema desregulado

El primero es aquel que se desarrolla en países conocidos como centrales o llamados también países más desarrollados, dentro de estas legislaciones la herramienta indispensable para abordar los temas de insolvencia es la jurisdicción, por lo tanto, el rol del juez es indispensable, respetado y protagónico. Entre los países que utilizan esta corriente encontramos a Francia, Italia, España, Inglaterra, Países Bajos, Estados Unidos, entre otros.

Respecto al segundo sistema, el sistema desregulado es empleado por países periféricos o en vía de desarrollo. Este sistema era conocido hace unos años como voluntarismo y hoy se lo conoce como contractualismo concursal, el mismo, permite que la parte afectada, es decir, los acreedores puedan accionar el derecho concursal para exigir el cumplimiento de la obligación insoluta. Este sistema nace como consecuencia de una sobre congestión del órgano judicial y la deficiente administración de justicia, los países que utilizan este sistema buscan en base al derecho transaccional obtener los mejores resultados económicos. Este sistema está vigente en los países latinoamericanos y las legislaciones del oriente sur asiático. (Graziabile, 2006)

1.2. El concurso de acreedores

El concurso de acreedores tiene como objeto organizar las finanzas del deudor; conocido también como el concursado; con el fin de satisfacer en la mayor cantidad posible las obligaciones pendientes frente a sus acreedores.

Por lo tanto, al abordar el tema del concurso de acreedores, podemos definir como aquel procedimiento judicial que surge cuando una persona natural o jurídica, no puede cumplir con las obligaciones pendientes frente a terceros debido a que no cuenta con la solvencia necesaria o, dicho en otras palabras, cuando no puede pagar sus deudas.

El concurso de acreedores puede iniciar de dos maneras:

- Por solicitud del deudor

- Por solicitud del acreedor

En ambos casos se debe contar con las pruebas necesarias para que se pueda dar inicio al proceso concursal, por lo cual se puede realizar de manera voluntaria, es decir; por parte de la persona jurídica o natural que no está pudiendo cumplir con sus obligaciones y desea encontrar una solución o en su defecto puede tratarse de un proceso forzado cuando son los acreedores quienes presentan una solicitud, en base a la evidente imposibilidad del deudor de satisfacer las obligaciones impagas.

Este procedimiento pretende proteger a los participantes más débiles, es decir los trabajadores; además, el concurso de acreedores lo que persigue es llegar a un convenio entre deudores y acreedores que les permita satisfacer las obligaciones en un tiempo más largo mediante la reestructuración en los términos del cumplimiento de las obligaciones con el fin de continuar con el giro normal del negocio, emprendimiento, etc.

A pesar de los convenios que se puedan llegar a pactar entre las partes intervinientes en el concurso de acreedores, un porcentaje muy elevado fracasa al momento de cumplir con los nuevos parámetros acordados, esto se debe principalmente a que se requiere de flujo económico que permita financiar las actividades económicas, dinero que regularmente no se tiene y que es difícil conseguir.

Para poder cumplir con las obligaciones insolutas se requiere de créditos bancaros, los mismos que no siempre se conceden, por tratarse de individuos poco rentables, por lo que son considerados como créditos de alto riesgo para las entidades financieras; otra posibilidad que cabe para cumplir con las obligaciones vencidas es por medio de aportes al capital social, cosa que no es habitual cuando una compañía o negocio se encuentra en dificultades económicas, la razón principal es por el riesgo de invertir en una compañía, negocio o emprendimiento que no está produciendo réditos económicos y que por lo contrario debe más dinero del que puede pagar, por lo que se ve como dinero que se puede perder en poco tiempo, afectando el interés particular del aportante, cuando no se tiene nuevos ingresos, se deriva a la fase de liquidación.

Cabe recalcar que en muchas ocasiones no se puede llegar a establecer nuevos convenios entre las partes debido a que la cartera de la compañía o emprendimiento se encuentra en una situación insostenible, porque no se puede conseguir financiación

propia, por intermedio de un tercero o por razones específicas de cada negocio en particular, dando paso a la fase de liquidación de la compañía de manera inmediata.

1.2.1 Fases del concurso de acreedores

Dentro del concurso de acreedores podemos encontrar diferentes fases que se presentan conforme se desarrolla el concurso de acreedores, los deudores pretenderán cumplir con sus obligaciones para evitar la liquidación de sus emprendimientos, los acreedores persiguen el cobro de sus obligaciones por lo que se va desplegando las diversas fases según cada caso en particular.

1. **Declaración de concurso de acreedores**, eventualmente se puede solicitar medidas cautelares.
2. **Administración concursal**, esto es el nombramiento de administradores, acompañada por una rendición de cuentas del emprendimiento.
3. **Determinación de la masa activa**, quiere decir que se debe enlistar todos los bienes patrimoniales de la compañía, dentro de este punto se incluyen todos los créditos que hayan sido necesarios para la actividad comercial, es decir el dinero que el negocio debe cobrar a terceros.
4. **Determinación de la masa pasiva**, son todos los créditos que tiene el emprendimiento, negocio, etc. con terceros, es decir las deudas contraídas a lo largo del giro comercial insolutas.
5. **Convenio** conocido también como liquidación de bienes.
6. **Calificación** y efectos del concurso. (Gil, 2015)

Como se ha mencionado a lo largo de este trabajo es indispensable recalcar que cada legislación regula esta materia de una manera diferente, por lo que dependerá mucho de la normativa interna que se adopte para saber la manera en la que se aplica el concurso de acreedores y la forma en la que se aplican la suspensión de pagos y la quiebra.

Respecto a la suspensión de pagos, se entiende que todo proceso de acreedores se encuentre precedido de una suspensión de pagos, esto quiere decir que al iniciar este proceso el negocio, emprendimiento, entre otros no puede realizar ningún pago que cambie la situación financiera del momento en el que se dio paso al concurso de acreedores; en el supuesto caso de no poder llegar a ningún acuerdo, es decir, de no

realizar un nuevo convenio de pago, la compañía o comerciante es declarado en quiebra conocido legamente como bancarrota.

Existen varias legislaciones que no hacen distinción entre los dos términos analizados y simplemente se habla del trámite concursal sin distinguir estos dos momentos, por lo tanto, las compañías que se encuentran en una situación de iliquidez; debido a que no tienen flujo económico para satisfacer los pagos, los que se encuentran en estado de insolvencia o quiebra pueden solicitar el concurso de acreedores para buscar una alternativa y continuar con el giro económico de ser posible.; en el caso de no ser aprobado el convenio propuesto, se debe proceder a la liquidación de la empresa, considerando la normativa interna de cada país respecto a la prelación de créditos previamente determinada por ley. (Gil, 2015)

1.2.2. El concurso de acreedores en el Ecuador

El concurso de acreedores en el Ecuador se encuentra regulado por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el libro V, título II sobre el procedimiento concursal, el artículo 414 determina que este concurso tiene lugar en los casos de cesión de bienes o de insolvencia; asimismo cabe recalcar que dentro del texto se realiza una mención especial para los comerciantes matriculados, esta calidad provoca de manera automática que la denominación sea de concurso de acreedores o quiebra, además dentro de este capítulo la competencia concursal corresponde al juzgador del domicilio del deudor y es quien deberá ordenar la acumulación de todos los procesos y deberá dejar constancia de todas las ejecuciones. Este proceso puede ser accionado de dos maneras:

- Por el o los deudores
- Por el o los acreedores

Cuando es el deudor quien inicia este procedimiento mediante una demanda puede solicitar un concurso preventivo o el concurso voluntario. El concurso voluntario debe ser presentado ante el juzgador de su domicilio, además deberá cumplir los requisitos formales de toda demanda contenidos en el artículo 142 del COGEP y complementar con los cuatro puntos que se encuentran contenidos en el artículo 421 del COGEP que determina lo siguiente:

“Art. 421.-Procedimiento del concurso voluntario. La o el deudor que solicite el concurso deberá presentarse ante la o el juzgador de su domicilio y cumpliendo los requisitos formales de la demanda, acompañará:

- 1. Una relación detallada de todos sus bienes y derechos.*
- 2. Un estado de deudas con expresión de procedencia, vencimiento, nombre domicilio de cada acreedor y los libros de cuenta, si los tiene.*
- 3. Los títulos de créditos activos.*
- 4. Una memoria sobre las causas de su presentación.*

Sin estos requisitos no se dará curso a la solicitud, hasta que se los complete.” (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Una vez se proceda con el auto de apertura del concurso voluntario el juez deberá disponer lo siguiente:

- Deberá citar a todos los acreedores y convocarlos a una junta, la misma que deberá tener lugar en una audiencia conforme las reglas especiales y generales previstas en el COGEP
- Deberá prevenir a los acreedores que, de no comparecer a la audiencia, tendrán que tomar el curso en el estado en que se encuentre en ese momento.
- Se debe además designar un sindico o depositario de los bienes.
- Se dispondrá el embargo de todos los bienes del fallido muebles e inmuebles conforme lo establece el COGEP.
- Se ordenará que se enliste de manera ordenada la insolvencia o quiebra, el mismo que deberá ser registrada en el registro virtual del Consejo de la Judicatura.
- Se debe ordenar la publicación en la página web del Consejo de la Judicatura del auto que declara la quiebra o insolvencia del fallido.
- Se debe acumular todos los procesos pendientes que mantenga la persona fallida, ya que en ningún caso puede iniciarse otro procedimiento concursal.

- Se deberá disponer la inscripción en el registro de la propiedad del auto que ordena la formación del concurso y en caso de tratarse de quiebra se deberá disponer también que se inscriba en el registro mercantil.
- Se deberá notificar a la fiscalía general del Estado para que pueda realizar las investigaciones necesarias.
- Prohibición al deudor para ausentarse del territorio nacional. (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Dentro del proceso voluntario que se haya iniciado en base a la petición del deudor los acreedores podrán presentar oposición, el mismo que debe ser presentado dentro del término de diez días a partir de la última citación. Cualquier oposición se resolverá en audiencia con la presencia del síndico, quien actuará como parte. Es importante que el juez impulse la conciliación entre las partes en la audiencia, caso contrario será el juzgador quien deberá determinar si se revoca el concurso, provocando que las cosas vuelvan al estado anterior a la declaración del concurso voluntario; o dispone la continuidad de este. La resolución es apelable con efecto no suspensivo y tras la resolución de la Corte Provincial no cabe recurso alguno.

En el caso que sea el acreedor o acreedores quienes presenten la demanda, el trámite correspondiente es el concurso necesario, este concurso se diferencia del voluntario en que son los acreedores quienes deberán reunir las pruebas necesarias para asumir que el deudor no puede satisfacer sus obligaciones pendientes, esto se encuentra regulado en el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos el mismo que expresa lo siguiente:

“Art. 416.-Presunción de insolvencia. Se presume la insolvencia y como consecuencia de ella se declarará haber lugar al concurso de acreedores o a la quiebra cuando:

- 1. Requerido la o el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes.*
- 2. Los bienes dimitidos sean litigiosos. No estén en posesión por la o el deudor. Estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos o contra personas de insolvencia notoria.*

3. Los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo proceso o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes, se deducirá el importe de los gravámenes a que estén sujetos, a menos que se haya constituido, para caucionar el mismo crédito.

Si los bienes dimitidos están embargados en otro proceso, se tendrá por no hecha la dimisión, a menos que, en el término que conceda la o al (sic) juzgador, compruebe el ejecutado, con el avalúo hecho en el referido proceso o en el catastro, la suficiencia del valor para el pago del crédito reclamado en la nueva ejecución. En este término se actuarán todas las pruebas que pidan la o el deudor y la o el acreedor o acreedores o la o el síndico.” (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Una vez se haya demostrado que el deudor se encuentra en un presunto estado de insolvencia el juez del domicilio del deudor es quien conoce este proceso y deberá dictar el auto de apertura, el juzgador en el auto inicial de concurso necesario deberá citar al deudor en su domicilio, además de convocarlo a la junta de acreedores que tiene lugar en la audiencia fijada; se debe requerir también los documentos previstos en el concurso voluntario al deudor. Dentro de este proceso necesario el juez debe declarar la interdicción del deudor observando lo que establece el concurso voluntario, dentro de este trámite caben los mismos recursos que en el proceso voluntario.

En el concurso necesario el deudor puede presentar oposición dentro del término de diez días a partir de la citación, sin embargo, esta oposición es restrictiva puesto que solo se la podrá hacer una vez que el deudor cancele la deuda pendiente.

La junta de acreedores es un acto indispensable que se debe cumplir en el concurso necesario y en el concurso voluntario, este como se ha mencionado debe llevarse a cabo en audiencia, con la posibilidad de cambio de fecha siempre que se acuerde en base a la mayoría de los concurrentes. El síndico debe estar presente obligatoriamente, debido a que es considerado como parte y es él quien debe reunirse con los acreedores que acrediten su calidad el día anterior o en el acto con los documentos que se presenten in situ y sean debidamente aceptados por el juzgador que conoce de la causa.

Los acreedores pueden actuar por sí mismo o mediante un apoderado, es importante mencionar que debido a la regulación de prelación de créditos existen

acreedores que mantienen una preferencia al momento que el deudor cancele sus obligaciones pendientes, en el caso que estos acreedores privilegiados voten en la junta perderán su preferencia o privilegio; en el caso del deudor deberá ser él quien se presente en el proceso; en caso de no comparecencia del fallido se podrá acordar aplazar la junta o en su defecto declarar que no se ha producido convenio alguno, sin embargo por causas excepcionales el juzgador podría permitir a un apoderado actuar en nombre del fallido.

La junta se iniciará con la lectura del informe del auditor y el balance realizado por el mismo, el juez permitirá que en base a este informe se abra la discusión, en caso de llegar a un concordato es indispensable que los votos representen a más de la mitad de los créditos, pero si un solo acreedor ostenta más de la mitad de las deudas contraídas será necesario que exista el voto de otro acreedor adicional para que el deudor quede obligado a cumplir con lo acordado en la junta, si los acreedores en la junta presentan oposición al plan de pagos propuesto es el juzgador quien deberá determinar si los motivos alegados son infundados dispondrá que el deudor cumpla el concordato en los términos presentados por el fallido, sin embargo, en el caso que la negativa sea fundada mandará a archivar la solicitud previo a que se realice los pagos de honorarios al auditor, que deberá ser cancelado por el solicitante.

La resolución deberá ser pronunciada en la misma audiencia y podrá ser apelada con recurso no suspensivo, de lo que resuelva la Corte Provincial no cabe ningún recurso. Las compañías sometidas al control de la Superintendencia de Compañías o de Bancos están reguladas por normas especiales.

“Art. 429.-Falta de acuerdo en la junta de acreedores. Si las o los acreedores no llegan a un acuerdo en la junta, se procederá de la siguiente manera;

1. Se ordenará el avalúo de los bienes embargados de propiedad de la o del fallido.

2. Se conocerá el balance de los bienes de la o del fallido.

3. Se señalará día y hora para el remate de los bienes embargados, conforme con las reglas del presente libro.

4. Se resolverá sobre la gradación de créditos.” (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

El papel del síndico es trascendental dentro de este proceso, debido a que es el quien deberá realizar una lista con todos los bienes y documentos del fallido que serán embargados, los mismos que eventualmente pueden ser rematados cuando no han podido ser enajenados por el síndico a un tercero para cumplir con las obligaciones pendientes, además en caso de haber nuevos bienes se sumara el 50% a la masa común repartible y el otro 50% quedará para los gastos personales del deudor y su familia que serán administrados directamente por el fallido.

Razón por la cual el nombramiento del síndico se debe realizar en base a una lista de personas registradas en el Consejo de la Judicatura, debido a que es él quien debe velar por los intereses de los acreedores y actuará como sustituto procesal del deudor, razón por la cual goza de veinticuatro horas para aceptar o excusar el cargo, en caso de renuncia, esta deberá ser en base a una causa justa y mantendrá sus funciones hasta que sea subrogado, el síndico tendrá las más amplias facultades de administración de los bienes que han sido enlistados y deberá rendir informes de su administración al deudor y juzgador de cada acto que realice, así mismo tiene la responsabilidad de los bienes del deudor y al finalizar su cargo deberá rendir cuentas de manera obligatoria ante el juzgador que conoce de la causa.

El concurso de acreedores deberá ser conocido por los agentes comerciantes y por las personas que participan dentro del comercio, debido a que tiene un gran impacto en el caso de ser declarado en quiebra o insolvencia, en razón a que perderá ciertas facultades que solo se restituirán con la rehabilitación. Los fallidos podrán ser rehabilitados cuando el juzgador los declare en los tres casos que establece el artículo 430 del Código Orgánico General de Procesos:

1. Cuando los bienes alcanzan para pagar la totalidad de los créditos.
2. Cuando del producto del remate no hay suficiente dinero para cancelar la totalidad de las deudas, el juez convocará a una junta de acreedores, en audiencia se resuelva si conceden la certificación o no de pago que libera al deudor totalmente del saldo impago y se levantan todas las medidas ejecutadas en contra del deudor.

3. Se rehabilitará al deudor “persona natural” que se haya en estado de abandono por un periodo mayor a diez años, siempre que no exista una declaración de fraudulencia; solo se permitirá presentar oposición a aquellos acreedores que presentasen acción dentro de los últimos diez años o en su defecto que exista una declaración ejecutoriada de fraudulencia por parte del fallido. (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Dentro de todo proceso de concurso de acreedores es importante que la persona ya sea natural o jurídica no pueda cumplir con sus obligaciones frente a terceros, es decir que se trate de una persona insolvente. Nuestro Código General de Procesos menciona tres diferentes clases de insolvencia, la fortuita que proviene de casos fortuitos o fuerza mayor, la culpable que se produce por una mala, imprudente administración del deudor y la fraudulenta que es aquella en la que la administración del deudor es realizada con miras de causar daño a un tercero o perjudicar a los acreedores, esta última que castiga al deudor de manera indefinida evitando que se pueda rehabilitar.

1.3. El concurso preventivo

El concurso preventivo es una herramienta que se puede emplear de manera previa al concurso de acreedores, este proceso conciliatorio busca que las partes lleguen a un acuerdo mediante el cual se pueda reestructurar las condiciones de las deudas pendientes con la finalidad de proteger a los trabajadores, busca salvar el negocio, compañía o emprendimiento y, además, brindar una protección a los créditos que se encuentran pendientes.

Por lo tanto, podemos decir que el concurso preventivo busca conferirle una segunda oportunidad a la compañía, emprendimiento o negocio que, por diversas razones no ha podido satisfacer a tiempo las obligaciones contraídas frente a terceros para que pueda pagar las deudas y cumplir con las obligaciones insolutas de buena fe.

Esta herramienta se puede accionar en dos momentos:

- Cuando existe una imposibilidad para cumplir con las obligaciones.
- Cuando se tenga un temor razonable de llegar al estado de no poder satisfacer las obligaciones contraídas.

El concurso preventivo consiste en la suscripción, por mutuo acuerdo, de nuevas condiciones, reducciones o reestructuraciones de plazos y obligaciones pendientes de cualquier naturaleza entre acreedores y deudores con el fin de evitar el procedimiento de concurso de acreedores.

1.1.2 El concurso preventivo en el Ecuador

En el Ecuador se ha planteado la posibilidad a favor del deudor, que sea él, quien pueda acudir ante el juzgador de su domicilio para evitar el concurso de acreedores ante la inminente imposibilidad de cumplir sus obligaciones frente a terceros por falta de flujo económico, esta prerrogativa se encuentra recogido en Código Orgánico General de Procesos el mismo que establece lo siguiente:

“Art. 415.-Concurso preventivo. Las o los deudores, sean comerciantes o no comerciantes, podrán acogerse a concurso preventivo a fin de evitar el concurso de acreedores. La o el deudor que posea bienes suficientes para cubrir todas sus deudas o ingresos permanentes provenientes de sueldos, rentas, remesas del extranjero, pensiones locativas u otras fuentes de ingresos periódicos y prevea la imposibilidad de efectuar los pagos de las mismas en las fechas de sus respectivos vencimientos, podrá acudir a la o al juzgador de su domicilio solicitándole que inicie el procedimiento de concurso preventivo, a efectos de procurar un concordato con sus acreedores, que le permita solventar sus acreencias en un plazo razonable, no mayor a tres años.

Las compañías se sujetarán a la ley.” (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Este artículo es importante que se lo haya incorporado dentro de nuestra normativa puesto que permite una solución más inminente ante una posible dificultad en los pagos de las deudas, puesto que en la mayoría de los casos al accionar el concurso de acreedores ya sea voluntario o necesario el fallido se encuentra en una situación de desventaja, ya que ha superado los límites de su endeudamiento y sus libros contables como balances pueden encontrarse en una situación muy desfavorable que incluso otros socios solventes o miembros externos de financiación no quisieran conceder dinero o créditos por el alto

riesgo que puede correr este aporte a una persona natural o jurídica que esta ahogada en deudas.

De esta manera consideramos que el concurso preventivo puede ser la mejor forma de sanear un negocio, emprendimiento o comercio de manera efectiva si se acoge a lo que establece el artículo 415, pero para poder iniciar con este procedimiento el código establece de manera clara que se deberá además cumplir requisitos específicos determinados en el artículo 419 del mismo código para presentar la demanda a más de los requisitos generales, estos son:

1. Las razones, motivos o sucesos por los cuales no ha podido cumplir con las obligaciones en las fechas pactadas para su vencimiento.
2. La lista detallada de los acreedores de manera individualizada con los generales de ley de cada uno de ellos con mención específica de su domicilio pormenorizado, número de teléfono y correo electrónico, además deberá estar de manera específica el monto adeudado, fechas de vencimiento y la clase de instrumentación de los créditos.
3. El estado detallado y valorado de su activo y pasivo.
4. El tiempo que se solicita para cumplir con sus obligaciones, el mismo que no podrá ser mayor a tres años.

Esta solicitud debe contener el plan de pagos que propone, deberá contar de manera precisa las fuentes de financiamiento, los plazos y condiciones, incluido el refinanciamiento que aspira obtener. (Código Orgánico General de Procesos, COGEP, 2022)

Dentro de este trámite es el juzgador quien con su sana crítica deberá determinar si la solicitud cumple con los requisitos legales y los motivos necesarios para continuar con el procedimiento del concurso preventivo, en caso de ser aceptado se dispondrá que se suspendan los pagos de manera provisional, el juez tendrá que mandar a citar a todos los acreedores contenidos en la solicitud. Dentro de este proceso se nombrará a un auditor acreditado por el Consejo de la Judicatura para que constate la información presentada por el deudor respecto a sus finanzas, es decir analizará los pasivos y activos de manera detallada y la exactitud del estado de las cosas con su valor, este análisis deberá estar listo en el término de diez días desde la fecha de nombramiento y posesión del auditor.

En el caso que no existan inconsistencias respecto a la solicitud del deudor y el informe del auditor se deberá llamar a una junta de acreedores una vez todos ellos hayan sido citados, no antes de diez días ni después de veinte de la fecha de convocatoria, la junta se debe realizar en audiencia siguiendo las mismas reglas que en el concurso de acreedores. Los acreedores deben ser citados de manera personal en su domicilio o en su lugar de trabajo no está permitido que se realice por ningún otro medio de comunicación.

Por otra parte, si se hallaren inconsistencias respecto a la solicitud del deudor con el informe del auditor respecto a la existencia de:

- Uno o más créditos cuya fecha de vencimiento se produjo con anterioridad a la presentación del concurso preventivo.
- Cuando el pasivo excede el 120% del activo

El juzgador deberá declarar concluido el procedimiento de concurso preventivo e iniciar el concurso de acreedores voluntario.

Así mismo, la Ley de Concurso Preventivo en el artículo primero regula todo el tema de las compañías que se encuentren en el territorio ecuatoriano sujetas a vigilancia y control de la Superintendencia de compañías con un activo superior a 10515,60 dólares de los Estados Unidos de América o más de cien trabajadores permanentes con un pasivo superior 5.257,80 dólares de los Estados Unidos de América no podrán ser declarados en quiebra sin que previamente hayan agotado los tramites del concurso preventivo. (Ley de Concurso Preventivo, 2012)

Este concurso preventivo, regulado por la Ley de Concurso Preventivo, determina ciertos requisitos que se deben cumplir, los mismos que persiguen objeto que contempla también el COGEP, sin embargo existe un tratamiento específico para las instituciones bancarias y financieras, con la posibilidad de compensar sus créditos mediante el aumento de capital, en el caso que se traten de acreedores extranjeros el Banco Central tiene la obligación de dar seguimiento a las inversiones de acuerdo a la normativa vigente y toda acción emitida a favor de los bancos o instituciones financieras deberán ser negociadas a través de la Bolsa de Valores, estas instituciones podrán mantener las acciones por un periodo no mayor a tres años antes de que realice la inscripción de las mismas en la bolsa de valores; sin embargo, en caso excepcional el Superintendente de Bancos y Seguros

podrá conceder un plazo adicional de un año por una sola vez, cualquier actividad de estas entidades financieras serán controladas por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Para todos los agentes económicos que se encuentren dentro de los requisitos contemplados por el artículo primero es indispensable que la solicitud de concurso preventivo se realice ante el Superintendente de compañías o su delegado y podrá ser presentado por el representante legal o apoderado de la sociedad mercantil, en importante que se tenga en cuenta las causales determinadas en la ley para la presentación oportuna de la solicitud, esto como consecuencia del plazo de 60 días que se tiene tras haber sido producida cualquier causal contenida en el artículo cuarto de la misma ley.

Sin embargo, esta ley impone restricciones que son desfavorecedoras para los deudores, lo que provoca que esta herramienta no pueda ser empleada de la manera más eficiente posible, ya que el artículo 31 de la misma ley determina que debe contar con la concurrencia de al menos el setenta y cinco por ciento de los acreedores con la posibilidad de una segunda convocatoria en caso que no se cumpla con este requisito en la primera convocatoria, en caso que en el segundo llamando tampoco se cuente con el quorum requerido del setenta y cinco por ciento no se podrá seguir con este trámite y el Superintendente dará por finalizado este trámite preventivo; además, los acuerdos a los que se lleguen entre las partes no podrán superar los siete años de plazo para cumplir con las obligaciones que se encuentren vigentes.

CAPÍTULO 2. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario concurso preventivo de acreedores

2.1. Introducción

Con la llegada del COVID-19 a los lugares más remotos del planeta y tras la declaración de Pandemia, el mundo globalizado sufrió pérdidas inmensurables en el ámbito económico, esto provocó un daño severo a todos los países, puesto que afectó al comercio, al ámbito laboral y social; este giro inesperado que no se lo podía prever bajo ningún punto de vista provocó que los países mediante sus normativas internas busquen soluciones para que los agentes económicos, comerciantes o conocidos también como mercantiles puedan superar esta crisis y seguir adelante.

Ecuador sufrió también las repercusiones de este confinamiento, cese en la producción y exportación debido a la falta de suministros, el cierre de fronteras y otras tantas medidas que incidieron en una pérdida económica gigante para nuestra economía, razón por la cual y en base a la realidad que tuvimos que vivir se emitió la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, la misma que trata de manera específica el tema del concurso preventivo de acreedores con miras a mitigar los efectos alternos que provocó el COVID-19 de en los comercios, emprendimientos y negocios para que de esta manera puedan afrontar las dificultades operacionales, así como también las dificultades transitorias y permanecer en el comercio, o en su defecto facilitar el cese de las actividades cuando es la única opción viable en casos específicos.

Esta ley es importante debido a que nuestro derecho concursal no ha tenido mayor avance con el transcurso del tiempo, si bien es cierto se encuentra recogido en diferentes cuerpos normativos dependiendo la naturaleza de cada emprendimiento, negocio, empresa o comercio no contemplaba o reconocía la posibilidad de acuerdos preconcursales, siendo este un gran paso en el país al admitir que pueden existir otros caminos adecuados para atenuar los efectos colaterales que nos deja esta crisis sanitaria.

2.2 El acuerdo preconcursal

El acuerdo preconcursal, es un acuerdo extrajudicial que se logra celebrar entre el deudor y acreedores con el objeto de evitar un concurso de acreedores con todas sus prerrogativas, en el mismo, lo que se pretende es discutir nuevas maneras, plazos y condiciones para que el deudor pueda cumplir con todas las obligaciones pendientes y evitar una insolvencia, Manuel Olivencia ha sabido manifestar la importancia de este acuerdo preconcursal en la Revista Derecho Concursal del año 2015 y expresa lo siguiente:

“El prefijo “pre-” antepuesto a concurso no sólo significa en este caso el período de tiempo que precede a su declaración, sino aquel en el que un deudor en dificultades económicas aún no ha sido declarado en concurso. Así, se utiliza para delimitar el período temporal en el que el deudor trata de evitar su concurso, y puede que lo consiga, a través de actuaciones “preconcursoales”. En todo caso, la referencia al concurso se explica por la relevancia que esos actos tendrán en el supuesto de una eventual futura declaración de concurso (su eficacia o su rescisión, en ese caso). Cuando se celebra uno de esos actos (p. ej., un acuerdo de refinanciación), aún no se sabe si el deudor será declarado en concurso en el futuro, pero se prevén las consecuencias que, dado el supuesto, se derivarían para el acto en cuestión. Por eso, la expresión literal cubre tanto el período que precede a la declaración de concurso como aquel en que ésta se prevé y tiende a evitar.” (Olivencia, 2015)

Este acuerdo como podemos entender es sumamente importante que se lo incorpore dentro de nuestra legislación, como habíamos analizado en el capítulo anterior es común que los países que se encuentran en vías de desarrollo, es decir economías emergentes; traten de buscar una solución en espacios extrajudiciales, debido a que los procesos de insolvencia que tenemos actualmente dentro de nuestro ordenamiento son muy costosos y llevan mucho tiempo.

Tema este, que puede resultar en desventaja para las partes intervinientes, sobre todo en el caso de los deudores, debido a que la ley de concurso preventivo impone ciertas desventajas a los deudores, inclinando la balanza a favor de los acreedores, al requerir de

un quorum del 75% de los acreedores totales tanto para iniciar la reunión, tomar decisiones y llegar a acuerdos; siendo esta una de las tantas barreras que impone esta ley, no se puede llegar a potencializar y a utilizar de manera efectiva las herramientas de las cuales disponemos en el territorio ecuatoriano.

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario conocida también como ley humanitaria, al referirse a los acuerdos preconcursales de manera excepcional, hace referencia a los acuerdos que se pueden producir entre las partes, esto quiere decir entre deudor y acreedor de manera voluntaria para pactar nuevas cláusulas, condiciones, plazos, reestructuración, compensación, entre otras posibilidades para que se pueda producir el cumplimiento de las obligaciones pendientes sin la necesidad de que un órgano judicial este presente para su concordato, por lo que se trata de un acuerdo privado enteramente, que se encuentra reconocido por la ley.

2.3 Características del acuerdo preconcursal de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

La ley Humanitaria empero regula ciertos requisitos que las partes deben cumplir para poder acogerse de manera adecuada a este concordato preventivo con carácter de excepcional, que deberá ser discutido en una mediación, forma alternativa de solución de conflictos; determina además cuales son los efectos que producirá en caso de llegar a un acuerdo en base a los requisitos establecidos en esta ley, los mismos que serán analizados a continuación.

2.3.1 El acuerdo preconcursal con carácter de “excepcional”

El carácter categórico que se le ha dado al acuerdo preconcursal en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario es la de **“excepcional”** término que se recalca en los artículos 27 y 28 de la misma ley. Este acuerdo preconcursal puede ser celebrado por las partes de manera voluntaria y se trata de una negociación extrajudicial, esto es algo positivo ya que las partes no requieren de la intervención del órgano judicial, por lo tanto se acortan los tiempos y los costos son mucho menores. Sin embargo, como menciona el artículo 28 de esta ley los acuerdo preconcursales tienen un tiempo determinado de validez, esto es de tres años a partir de la publicación de la ley humanitaria en el Registro Oficial, dotándole de un carácter temporal para un reconocimiento legislativo, una vez que se haya cumplido este plazo de tres años ya no tendrán los efectos legales reconocidos por la ley, es este

justamente el significado del término excepcional que se le concedió en su debido momento. (Ortiz-Mena & Noboa-Velasco, Acuerdos Preconcursoales y Concurso Preventivo Excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19, 2021)

El acuerdo preconcursal es una herramienta que ha sido empleada por varios países latinoamericanos como europeos si vemos el caso español en el que poco a poco ha ido cayendo en desuso; no obstante para evitar el congestionamiento judicial, para ahorrar tiempo y dinero los participantes pueden optar por esta solución debido a que, al poner en marcha el aparataje jurídico puede significar costos elevados que se deben suplir, a pesar que en nuestro ordenamiento jurídico por mandato constitucional tenemos la gratuidad de la justicia, existen costos que deben ser cubiertos por las partes, esta es otra razón plenamente adecuada para hacer uso de estas herramientas alternativas que el ordenamiento ha planteado, así sea por un periodo corto de tiempo.

Considero que es un gran avance para nuestro ordenamiento jurídico el reconocimiento de los acuerdos preconcursoales, esto debido a que nunca se les ha dado la importancia que se merece en nuestro país, a los acuerdos privados extrajudiciales; incluso siendo el caso de reconocerlos por un periodo de tiempo limitado, debido a que esto puede impulsar a que en un futuro no muy lejano se considere adoptar estas herramientas de manera perenne en nuestro ordenamiento.

Es importante acotar que los acuerdo preconcursoales se rigen en base a las reglas generales de los contratos, por lo que permite la libre negociación, característica esta que permitiría continuar con la posibilidad de pactar nuevos términos, plazos, condiciones, reestructurar las condiciones, etc. sin necesidad de un reconocimiento como tal, ya que se realizaría en la esfera privada de todas maneras, rasgo esencial de esta figura; sin embargo, podemos entender que la razón por la cual se ha establecido un lapso de tiempo específico es por la historia propia del derecho concursal en nuestro país para lo cual sería indispensable que se emitan lineamientos y regulaciones detalladas para los acuerdos preconcursoales, de esta manera se podría emplear apropiadamente para evitar conflictos futuros entre las partes.

2.3.2 La mediación necesaria en los acuerdos preconcursales, como método alternativo de solución de conflictos

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos, el mismo que requiere de un tercero neutral que interviene para buscar posibles soluciones a un problema, razón por la cual adquiere el nombre de mediador, esto se debe a que es esta tercera persona quien tiene el compromiso de hacer que las partes en el caso particular que estamos analizando del acuerdo preconcursal, que el deudor y acreedor lleguen a un acuerdo que sea favorable para ambos proponiendo un plan de pagos, restructuración de plazos, condiciones, entre otros.

Este mecanismo es sumamente bueno, debido a que permite a las partes intervinientes, tanto deudor como acreedor, tener una flexibilidad mayor, reduce los costos y promueve una satisfacción mayor al momento de pactar los términos del acuerdo, puntos convenidos durante la mediación. Otro punto favorecedor es que se aliviana la carga que en primera instancia tiene el deudor respecto a buscar soluciones adecuadas que sean del agrado de los acreedores para la restructuración de las condiciones de las obligaciones insolutas; al migrar esta calidad al mediador, el deudor se desentiende de dirigir y preparar las reuniones, adicionalmente las propuestas que realice el mediador van a ser consideradas de una mejor manera por las partes ya que al no formar parte de ninguno de los bandos las posibles soluciones que se presenten serán con miras de satisfacer a ambas partes, por lo que será una solución mucho más amistosa.

Al analizar la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario respecto a las atribuciones que tiene el mediador en los acuerdos preconcursales, es indispensable manifestar que al tratarse de acuerdos extrajudiciales no cuenta con prerrogativas mediante las cuales él pueda exigir algún tipo de cumplimiento, ya que el trabajo de este solo es encaminar a las partes a que tengan un acercamiento amistoso para facilitar la negociación y los acuerdos que se puedan alcanzar en la mediación. Por lo que si bien este trámite es muy parecido a los acuerdos extrajudiciales de pagos reconocido por la legislación española en la Ley Concursal de España; misma que ha caído en desuso con el paso del tiempo; el mediador concursal conforme lo establece la Ley de España consagra ciertas obligaciones al mediador, como es la de solicitar el concurso de acreedores en caso de incumplimiento por parte del deudor cuando este incumplimiento devenga de un estado de insolvencia o cuando la fórmula de pago no fuese aceptada por el acreedor.

Los mediadores al tener como única facultad de propiciar una negociación amigable conforme se desprende del texto de la ley humanitaria, uno de los problemas que se desprende es el hecho de que los acreedores puedan iniciar o continuar procesos judiciales de concurso de acreedores necesario en contra del deudor, cosa que iría en contra de lo que pretende evitar esta ley; por lo que es una falencia grave el no haber incorporado la suspensión de procesos de ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantías respecto a todos los acreedores como lo ha sabido manifestar Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco en el texto 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 (Ortiz-Mena & 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, 2021)

En concordancia con lo mencionado en líneas precedentes, para evitar que el deudor tenga el miedo constante que uno o más acreedores continúen con un proceso judicial de manera paralela al acuerdo preconcursal para satisfacer las obligaciones pendientes, quizás, podría ser una opción viable que se estipulen cláusulas de no agresión para evitar prácticas antiéticas en contra de la parte más débil, una manera de protección en el cual el deudor y sus acreedores acuerdan por un periodo determinado no emprender acciones judiciales.

Las cláusulas de no agresión son conocidas en inglés como un *standstill agreement*, estas cláusulas si bien puede ser una posible solución al menos en el periodo de conversaciones y negociaciones entre las partes, cabe recalcar que pueden haber acreedores que no estén deseando participar en el acuerdo preconcursal establecido en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, por lo que no darán su consentimiento expreso para acogerse a esta cláusula, lo que puede provocar una desventaja para los demás acreedores que de manera voluntaria acordaron respetar el *standstill agreement*, siendo esta un limitación de la cual los otros acreedores se pueden aprovechar. (Ortiz-Mena & 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, 2021)

Un punto importante que debe ser mencionado también es el porcentaje de votación por parte de los acreedores que exige la ley humanitaria respecto a los acuerdos que se hayan planteado en el transcurso de la mediación, el voto favorable debe contener al menos el 51% del total de las acreencias para que se pueda suscribir el acuerdo preconcursal o en su defecto el acta de mediación, esta negociación se debe seguir en su totalidad en un centro de mediación autorizado y reconocido por el Consejo de la Judicatura, el acuerdo preconcursal es de carácter vinculante para todos los acreedores discrepantes y también para los que no hayan concurrido conforme lo establece el artículo 28 de la ley humanitaria (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario , 2020)

2.3.3 Los efectos que producen los acuerdos preconcursales

Para evitar confusiones la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario ha sido clara en enfatizar dentro del artículo 27 los efectos que producirán los acuerdos preconcursales para lo cual hace referencia al artículo 2362 del Código Civil el mismo reza lo siguiente: *“Art. 2362.-La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”* (Código Civil, 2022) por lo tanto, del texto de la ley humanitaria podemos deducir que los acuerdos preconcursales son una transacción que acorde al Código Civil en el artículo 2348 no es otra cosa que un contrato celebrado por las partes con el objetivo de terminar un litigio de manera extrajudicial o para evitar acudir a la justicia por una disputa.

Ahora al analizar el artículo 27 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, encontramos que este acuerdo se lo debe realizar en mediación, detalle que cabe recalcar, debido a que la mediación tiene un alcance mucho mayor que la transacción porque si bien en el Código Civil se hace mención de evitar o terminar un litigio judicial de manera extrajudicial, el acuerdo preconcursal permite que la negociación sea mucho más extensa por lo que este mecanismo puede ayudar al deudor a satisfacer sus dificultades financieras mediante la concesión de nuevos plazos, posibilidad de capitalización, facilidades de pagos, infinitas posibilidades que las partes puedan considerar para beneficio mutuo de las partes.

Así mismo podemos apreciar que en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en el artículo 27 y 28 de esta, se hace énfasis en la obligatoriedad de realizar dicho acuerdo en mediación, por lo cual no cabe otra forma para realizarlo; no obstante, la Ley si

presenta la posibilidad a los participantes de elegir como se desea suscribir; en un acuerdo preconcursal o si se desea en un acta de mediación por lo que deja a las partes la posibilidad de optar por instrumentar el acuerdo preconcursal en una acta de mediación o si en su defecto prefieren dejarla como un acuerdo preconcursal.

Ahora esta posibilidad de elección respecto al tipo de documento que se puede suscribir para el acuerdo preconcursal en un principio parecería que produce efectos diferentes, por lo que es necesario analizarlos por separado para poder entender el alcance de cada uno de ellos y de esta manera entender porque la ley humanitaria otorga esta posibilidad.

- Acuerdo preconcursal, conforme al reenvío normativo que realiza la ley humanitaria al artículo 2362 del Código Civil *“La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.”* (Código Civil, 2022) al otorgar el efecto de cosa juzgada dota a la parte demandada a oponerse a la pretensión alegada por la contraparte. De esta manera todos los que acuerden en mediación el concordato preconcursal estaría aceptado la imposibilidad de iniciar o continuar con los procesos o ejecuciones en contra del deudor sobre las obligaciones contenidas en el acuerdo.

Cabe recalcar que el artículo 29 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario concede además a los acuerdos preconcursales el efecto de sentencia, salvo que exista algún hecho que vicie la voluntad de los acreedores en el momento de la suscripción de dicho concordato, consecuentemente, se puede exigir el cumplimiento por vía de ejecución. (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario , 2020)

- Acta de mediación, es un acta con fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada conforme la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, además es necesario que toda mediación termine con un acta, incluso si existe imposibilidad de mediación; la misma que deberá ser firmada por las partes. Ahora respecto a los efectos que puede generar un acta de mediación además de los mencionados en líneas precedentes, es que tiene

carácter de título de ejecución conforme al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos. Este efecto posibilita al deudor y a los acreedores a exigir el cumplimiento de lo que se ha pactado en el acta por vía de ejecución sin que el Juez acepte oposición, salvo los casos determinados por el artículo 373 del Código Orgánico General de Procesos.

Para poder hacer uso de la cosa juzgada en cualquier proceso es necesario que confluyan estas tres cosas: identidad subjetiva, esto quiere decir que deben ser las mismas partes, identidad objetiva, que la materia discutida debe ser sobre la misma cosa, hecho o cantidad y por último debe existir una identidad de causa, esto quiere decir que debe versar sobre un mismo fundamento de razón o derecho.

Respecto a los garantes, deudores solidarios, avalistas, fiadores los acuerdos concursales no provoca la extinción de las obligaciones que ellos mantienen frente a los acreedores, esto en razón de que si bien las partes pueden pactar nuevos acuerdos no quiere decir que se les libera de su obligación en caso que el deudor principal se vea imposibilitado de cumplir en futuro con lo que se ha acordado, por lo que la única manera de que se extinga dicha obligación es mediante el pago, condonación de la deuda, compensación o novación de la deuda sin la presencia de un garante o alguna forma de responsables solidarios conforme lo manifiesta el artículo 1529 de nuestro Código Civil.

2.4 Solicitud judicial excepcional de concurso preventivo en caso de imposibilidad de acuerdo preconcursal.

A pesar de que la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario pretende evitar que las partes tengan que recurrir al litigio con el acuerdo preconcursal de carácter excepcional, existen casos en los cuales las partes no pueden o quieren mediar, consecuentemente la ley humanitaria a previsto este escenario, otorgando al deudor la posibilidad de reestructurar las obligaciones insolutas con el fin de proporcionar una segunda oportunidad al negocio, comercio o emprendimiento.

2.4.1 Solicitud judicial excepcional

Para poder iniciar este trámite, la parte interesada debe cumplir con ciertos requisitos indispensables, ya que esta segunda oportunidad que ofrece la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en vía judicial requiere de la existencia de un acta de imposibilidad

de mediación, acta que deberá ser suscrita por el mediador de un centro reconocido por el Consejo de la Judicatura, la misma que sirve de prueba suficiente para el juez de que las partes no pudieron llegar a acordar nada de manera extrajudicial por lo que se requiere seguir un trámite con intervención judicial para buscar una solución.

Esta solicitud judicial excepcional para las compañías es una novedad, puesto que al tener una Ley de Concurso Preventivo que es de carácter obligatorio para todas las compañías que calcen con los presupuestos contenidos el primer artículo de esta, deben seguir un trámite de concurso preventivo de manera obligatoria mediante la intervención del Superintendente de Compañías, Valores y Seguros, a pesar de esta norma especial para estos agentes económicos es interesante el giro que la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario Otorga pues no otorga esta competencia al superintendente dentro del concurso excepcional, en su lugar confiere al competencia de manera total al órgano judicial.

Empero la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario no contempla la imposibilidad de elección por parte de las compañías o comerciantes que puedan acogerse al trámite normal regulado por la Ley de Concurso Preventivo, por lo que serán las partes quienes ostenten la posibilidad de elección; por una parte podrán seguir trámite concursal excepcional en una vía judicial bastante atestada y colapsada o en vía administrativa sin la necesidad de cumplir con los requisitos adicionales de un acta de mediación en la que indique la imposibilidad de negociación con la intervención de la Superintendencia de Compañía, Valores y Seguros conforme el trámite que establece dicha ley.

2.4.2 Requisitos de la Solicitud

Para que se pueda presentar este trámite concursal excepcional la solicitud debe contener de manera categórica los motivos detallados para que en vía judicial el juez que debe conocer la causa pueda calificar la admisibilidad de la solicitud, la misma que debe contener lo siguiente:

Acta de imposibilidad de acuerdo, esta acta debe acompañar a la solicitud para que se pueda seguir el trámite concursal excepcional en vía judicial, sin importar la naturaleza del solicitante.

Declaración bajo juramento del estado de insolvencia actual o inminente del deudor, esta declaración debe ser realizada ante Notario Público ya que es la base

esencial de todo trámite concursal el hecho de que el deudor no cuente con el flujo económico necesario para cumplir con las obligaciones pendientes. La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario realiza una distinción importante entre una insolvencia actual o inminente, cosa que es adecuada ya que permite a los agentes económicos iniciar procesos concursales en dos escenarios:

- Estado de insolvencia actual: es cuando el deudor ya no puede cumplir con sus obligaciones y requiere de un acuerdo concursal para buscar una solución a sus problemas y así poder subsistir.
- Estado de insolvencia inminente: es aquel en el cual el deudor todavía puede cumplir con sus obligaciones pero que a corto plazo no podrá satisfacer algunas o todas las obligaciones, por lo que se le permite actuar de manera oportuna para evitar caer en un sobreendeudamiento y buscar una solución temprana para los problemas de solvencia.

Este requerimiento es necesario ya que se busca asegurar que estos procesos sean utilizados de una manera correcta sin que pueda existir un aprovechamiento por partes de los deudores de mala fe, ya que asegura la posibilidad de iniciar un proceso penal por perjurio y falso testimonio. Dentro de esta solicitud la ley humanitaria ha establecido en el artículo 30 el contenido de la declaración jurada en tres puntos

“(…) En adición, la declaración jurada deberá contener:

- 1. Una relación de todos sus acreedores, incluyendo las obligaciones o deudas laborales, tributarias, fiscales, financieras, con proveedores, clientes, entre otros, indicando el nombre, domicilio, dirección, correo electrónico, cuantía de la obligación, naturaleza y fecha del vencimiento, además deberá detallar los nombres de los codeudores solidarios y subsidiarios, garantes y avalistas. En el listado necesariamente deberá hacerse constar los números telefónicos y/o direcciones de correo electrónico de los acreedores para facilitar su contacto;*
- 2. Una relación de todos los juicios y procesos de carácter patrimonial sean judiciales, arbitrales o administrativos que se sigan contra el deudor o que sean promovidos por éste, indicando la autoridad que conoce de ellos; así como las medidas cautelares o de apremio dictadas en su contra; y,*

3. El plan de reestructuración sugerido que le permita llegar a acuerdos con todos sus acreedores. (...)" (Ley Orgánica de Apoyo Humanitario , 2020)

Además, este mismo artículo determina que mediante providencia el juzgador dispondrá la suspensión y prohibición de todo proceso judicial, arbitral, coactivo o administrativo por un tiempo de hasta ciento veinte días en contra del deudor.

Admisión del proceso concursal de excepción, el juez debe analizar si la solicitud presentada por el deudor cumple con los requisitos para que se siga el proceso excepcional deberá calificar mediante providencia y disponer las medidas de protección que permite el artículo 30 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario por un plazo máximo de hasta ciento veinte días

Una característica relevante que no solicita este concurso excepcional es la obligatoriedad por parte del deudor de presentar los documentos que justifiquen la viabilidad de las actividades económicas del negocio, emprendimiento o comercio, esto en circunstancias normales es un requisito sine qua non, que en esta ley no es requerido justamente por devenir de este periodo de emergencia sanitaria provocada por la Pandemia.

Protección concursal a los deudores, una vez calificada la solicitud e iniciado el proceso concursal de carácter excepcional el juez deberá dictar las protecciones necesarias para el deudor con una duración de hasta ciento veinte días, esta protección es aplicable a todo proceso que se encuentre vigente en contra del deudor sin importar el estado en el que se encuentre y de los nuevos procesos que se quisieran iniciar en su contra. La protección que se confiere es sumamente amplia y podemos decir necesaria ya que de esta manera el deudor tendrá la posibilidad de negociar los nuevos términos para el cumplimiento de las obligaciones sin la incertidumbre que se le embarguen cosas o que deba asistir a algún proceso judicial, arbitral, administrativo o coactivo que lo pueda perjudicar gravemente.

Quizás la parte más difícil de esta protección corresponde al Juez en el sentido de poder determinar el tiempo de suspensión que le otorgará al deudor dentro de este lapso de hasta ciento veinte días.

Convocatoria a los acreedores para la junta de acreedores, el artículo 30 de la ley humanitaria de la misma manera determina que el juez deberá citar a todos los

acreedores y convocar a una fecha para la junta de acreedores con el fin de poder actualizar la lista en caso de que haya cambiado algo respecto a la lista que presentó el deudor en la solicitud; la junta de acreedores deberá ser convocada no antes de cinco días ni después de quince de la fecha de convocatoria.

Junta de acreedores se deberá instalar en el día y hora señalados por el juzgador que conoce de la causa, debiendo seguir todas las reglas que establece el Código Orgánica General de Procesos con excepción del punto en el que se permite cambiar de fecha en caso de que así vote la mayoría de los acreedores presentes, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario hace especial mención respecto a la imposibilidad de celebrar la audiencia en otra fecha, ya que será en este momento en el cual las partes negocien el nuevo concordato.

Definición judicial, una vez se haya acordado los nuevos plazos, condiciones, restructuración, etc. el concordato deberá ser cumplido, sin embargo, al regularse acorde lo establecido en el Código Orgánico General del Procesos es el juez quien analiza las oposiciones presentadas por los acreedores y determine si se trata de un reclamo fundado o infundado por lo que el juzgador tendrá la última palabra respecto a aplicar la fórmula de arreglo de pago presentado por el deudor o no.

CAPÍTULO 3 Recepción y aplicación de los instrumentos de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario concurso preventivo de acreedores.

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario se aprobó y publicó el día 19 de junio del año 2020 como respuesta a la emergencia sanitaria que atravesaba el territorio ecuatoriano ocasionada por el Covid-19. Como consecuencia de la desestabilización económica, laboral, de educación y otros ejes centrales de nuestro país, se optó por expedir esta ley encaminada a apoyar y facilitar el desarrollo y reactivación social en los diferentes segmentos afectados por las medidas adoptadas para hacer frente a los acontecimientos que suscitaban en torno a la Pandemia.

Esta ley se emitió con la finalidad de ayudar a las personas naturales y jurídicas de los diferentes sectores económicos y a los trabajadores que se vieran afectadas por la crisis sanitaria, proporcionando ciertas soluciones específicas durante un periodo determinado. Para este trabajo de titulación se ha analizado únicamente el capítulo IV referente al concordato preventivo excepcional y medidas para la gestión de obligaciones, herramientas y regulaciones que se ha analizado para poder determinar si esta ley ha podido cumplir con el propósito para la cual fue elaborada.

3.1 Problemática en su aplicación

El concordato preventivo, si bien ha sido una solución acertada para ayudar a los emprendimientos personales, familiares, de economía popular y solidaria, comercios y demás negocios, en cuanto a su aplicación a dejado mucho que desear, ya que existe una falta de conocimiento por parte de las personas y negocios que podrían beneficiarse de estas herramientas propuestas en esta ley.

La incertidumbre de la vigencia y validez de esta ley es y ha sido un problema grave que ha producido desconfianza al momento de querer acogerse al concordato preventivo excepcional, por temor a que el proceso carezca de validez jurídica como consecuencia de que la ley o parte de la misma se llegara a derogar, provocando que las partes interesadas deban acudir a los mecanismos habituales contemplados en los cuerpos normativos específicos conforme a la naturaleza del comercio, negocio, emprendimiento.

El problema medular de esta ley es el desconocimiento de las herramientas y mecanismos contenidas en la misma; es común que las grandes compañías se encuentren al tanto de cualquier cambio que se produzca en el ámbito legal, gracias a los departamentos y asesores legales que están siempre al tanto de los nuevos mecanismos que se presenta para hacer uso oportuno de las facilidades y beneficios que se presentan, empero estas compañías suelen tener políticas mucho más estrictas y reguladas para cumplir con las obligaciones; además, es lógico que negocios grandes con un impacto importante en el territorio pueden acceder de manera sencilla a créditos de financiamiento externo o en su defecto poseen una capacidad mayor de realizar aportes al capital para cumplir con las obligaciones impagas y continuar con el giro normal de sus actividades.

Este no es el caso de las pequeñas compañías o emprendimientos, generalmente no cuentan con abogados o asesores que puedan mantenerles al tanto de los cambios legales que se producen, muchas de las veces los agentes económicos para reducir gastos, tratan de realizar de manera personal e independiente todas las gestiones que se presenten en las actividades comerciales; por lo que, no cuentan con el conocimiento necesario de las herramientas que se tiene a disposición, provocando que no puedan hacer uso de los beneficios legales que se presentan y por lo tanto no pueden continuar operando y deben declararse en quiebra y liquidar el emprendimiento.

Otro problema que encontramos al momento de aplicar esta ley es respecto a la mediación obligatoria en los procesos concursales de excepción. Al requerir de la intervención de mediadores inscritos en el Consejo de la Judicatura, sin hacer una referencia expresa de la necesidad de un mediador que cuente con el conocimiento técnico necesario para poder llevar a cabo una mediación tan importante, ya que deberá aportar con opciones viables que concedan nuevos convenios para satisfacer las obligaciones impagas y obligaciones futuras que están próximas a vencer; considerando además que se deben cumplir con ciertos requisitos indispensables que la misma ley establece como es la notificación a los acreedores para que acudan a la mediación, el voto favorable de al menos el 51% del total de las acreencias para que sea aprobado lo discutido en mediación de manera favorable, además de las implicaciones que conlleva a los demás acreedores disidentes y no concurrentes al ser un acuerdo vinculante para todos.

Respecto a los efectos vinculantes de la mediación hallamos otro inconveniente debido a que no se requiere una homologación judicial o administrativa, si bien la Ley

Orgánica de Apoyo Humanitario realiza un gran avance en reconocer los acuerdos extrajudiciales en materia concursal, es importante que este reconocimiento se lo haga de una manera adecuada considerando a todos los agentes participantes, por lo que considero que al no requerir de un pronunciamiento judicial o administrativo respecto a lo que se ha acordado en mediación, provoca que el acuerdo pierda su valor y por tanto interés de participar en el mismo por parte de los acreedores, esto en base a que la misma ley dispone que de contar con la aprobación del 51% de las acreencias totales del deudor el acuerdo será vinculante para todos los acreedores así ellos no estén de acuerdo con lo discutido en mediación o por no haber estado presentes, deben aceptar lo que un mediador sin especialidad en el tema a logrado pactar con los acreedores que han prestado su asentimiento a pesar que pueda llegar a ser desventajoso para otros.

Otro problema que se presenta en esta ley es la falta de directrices claras que debe seguir el centro de mediación que va a conocer el caso en cuestión, esto debido a que los centros tienen una estructura específica para conocer un problema, calificar la solicitud, calificar la materia para determinar si es transigible, la asignación de un mediador, fecha y hora hábiles, apertura del expediente de mediación y calificación y emisión de las invitaciones a la mediación; procedimiento que no es igual en el acuerdo preconcursal de excepción ya que no se determina en ningún artículo de la ley humanitaria la necesidad de presentar una solicitud, al contrario solo se menciona que deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 29 de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario dentro del plazo de tres años a partir de la publicación de la ley en el Registro Oficial, por lo que es un proceder diferente para los centros de mediación que permite cierta discrecionalidad.

Como último problema nosotros consideramos a la inestabilidad de esta ley humanitaria, debido a que ha sido materia de discusión constantemente, a pesar de ser una ley temporal, debido al debate laboral ha surgido constantemente la incertidumbre de cambios y derogaciones que se quieren realizar por parte de la Asamblea Nacional, lo que produce inseguridad jurídica, a pesar de los costos bajos y la posibilidad de obtener una solución en un periodo menor, los acreedores y deudores no quieren correr el riesgo de que en el transcurso de las negociaciones se deje sin efecto los acuerdos preconcursales y puedan verse afectados de manera directa.

3.2 Eficacia de la herramienta propuesta en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

La Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en el IV capítulo, propone una herramienta innovadora dentro de nuestro país con carácter extrajudicial reconocida legalmente para conocer y tramitar los problemas que se puedan suscitar en los comercios, emprendimientos, negocios, etc. de los agentes mercantiles debido al impacto de la crisis sanitaria provocada por la pandemia para reactivar y proporcionar alivio de manera expedita a quienes lo necesitan, con la finalidad de evitar futuras declaraciones de quiebra por no poder satisfacer las obligaciones impagas vencidas y futuras que por falta de flujo económico se ven en la imposibilidad de satisfacer.

De la investigación realizada en las ciudades de Cuenca, Quito y Guayaquil podemos determinar que esta herramienta no ha sido empleada por los agentes económicos, ya sea por desconocimiento, incertidumbre o por falencias en el texto de la ley que hacen imposible el adecuado desarrollo del acuerdo preconcursal que se presenta en nuestra legislación; cabe recalcar que países como Colombia y España contemplan en sus cuerpos normativos esta figura que es empleada de una manera más adecuada y evita la aglomeración y congestión de los juzgados respecto a esta materia, además permite una solución más eficaz y expedita de los procesos comunes del concurso de acreedores y eventualmente la declaratoria de insolvencia o quiebra de una persona natural o jurídica.

Esta ley como se mencionó en líneas precedentes fue publicada el 19 de junio del año 2020, con una duración de tres años a partir de la publicación de la misma en el Registro Oficial; por lo tanto ha pasado ya dos años y tres meses de vigencia, periodo en el cual en el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Producción del Azuay se ha presentado dos procesos que han resultado fallidos por falta de documentación o por miedo e inseguridad jurídica suscitada precisamente por los debates constantes para derogar la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, provocando que las partes soliciten el archivo de la causa; en la ciudad de Guayaquil se ha presentado un caso en el año 2021 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil la misma que fue admitida a trámite en el mes de noviembre, en el caso de la ciudad de Quito el Centro de Mediación y Arbitraje de AMCHAM no ha reportado ni un solo caso respecto

al acuerdo preconcursal excepcional, siendo la capital de nuestro país. Por lo tanto podemos determinar que la herramienta propuesta tiene cosas muy buenas ya que contempla menos gastos, reducción de tiempo de tramitación, posibilidad de acordar de una manera más amigable con la intervención de mediadores, etc. sin embargo, con la ley actual podemos decir sin miedo a equivocarnos que se trata de una figura ineficaz que requiere de reformas, campañas de capacitación y lineamientos más específicos para que se pueda utilizar de una manera adecuada en un futuro próximo, considerando que la ley tiene una vigencia de siete meses más para ser empleada.

A pesar de los graves daños económicos producidos de la consecuencia directa del COVID-19 es importante reconocer que en las ciudades de mayor impacto en nuestro país no se ha utilizado con la frecuencia que se esperaría estas herramientas beneficiosas tanto para los acreedores como para los deudores debido a las falencias que se han analizado en este trabajo de titulación.

3.3 Reformas apropiadas para que el modelo sea exitoso

1. Establecer la necesidad de un mediador reconocido por el Consejo de la Judicatura con conocimiento técnico jurídico de la materia, con el fin de evitar que se perjudique a alguna de las partes intervinientes en el proceso de mediación, considerando que dentro del trámite se debe observar ciertos requerimientos establecido en el COGEP como ley subsidiaria

2. Respecto al artículo 28, en la parte que establece que el acuerdo es vinculante para todos los acreedores una vez que se cuente con el asentimiento del 51% de las acreencias totales del deudor, se debe reformar para que el acuerdo sea vinculante únicamente para las partes que voten a favor en la mediación, es decir que surta efectos para las partes que lo celebran. A partir de la suscripción del acta de mediación y que solo podrá ser vinculante para los acreedores disidentes y no concurrentes una vez que una autoridad judicial o administrativa homologue el acta suscrita.

3. Establecer de manera clara los pasos a seguir dentro de la mediación propuesta para evitar la discrecionalidad por parte de los Centros de Mediación del país.

4. Brindar cursos o capacitaciones respecto al acuerdo preconcursal excepcional y al concurso preventivo excepcional por vía judicial para que los profesionales de derecho,

mediadores especializados y agentes económicos tengan conocimiento de los procesos, beneficios y facilidades que propone esta ley.

5. Brindar seguridad a las instrucciones estatales, con el fin de evitar desconfianza en la sociedad, el Gobierno debe brindar estabilidad a las herramientas que se proponen en beneficio de las personas y asegurar de alguna manera que los procesos iniciados no se verían afectados por posibles cambios perjudiciales para las partes ya que solo se aplicaría aquello que sirve en beneficio del acuerdo preconcursal de excepción y eventualmente a concurso preventivo excepcional en vía judicial.

3.4 Posibilidad de incorporar las herramientas propuestas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario de manera indefinida.

La incorporación de este instrumento de manera perenne en el Ecuador es plenamente viable, países vecinos como Colombia reconocen el derecho concursal tanto de manera judicial como extrajudicial, lo cual es adecuado por la infinidad de escenarios que se puede presentar en los comercios, negocios y demás actividades mercantiles en los que el uso de las herramientas propuestas por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario pueden servir de gran ayuda a todos esos agentes económicos que por diversas razones se ven afectados económicamente y no pueden cumplir con las obligaciones frente a terceros.

El Ecuador al tratarse de una economía emergente en vías de desarrollo, requiere de procesos más económicos y expeditos, ya que muchas de las veces los trámites regulados en los diferentes cuerpos normativos son muy costos y largos, provocando que las deudas iniciales asciendan a montos inalcanzables evitando que el acuerdo de acreedores pueda llegar a ser fructífero para alguna de las partes, más bien como resultado de todo ese tiempo y dinero invertido la única posibilidad vigente es declararse en quiebra o insolvente; cosa que en un inicio se pretendía evitar.

Es indispensable que se analice la situación ecuatoriana a través de los últimos cinco años en donde encontramos una basta inestabilidad económica, ya sea promulgada por factores externos como la variación de los precios en las materias primas, o factores internos como el gobierno de facto que se encuentre en ese momento, la eliminación o disminución de subsidios, entre tantos otros temas que inciden de manera directa en la economía, afectado de manera directa al segmento mercantil. Dentro de este periodo de

tiempo hemos sido testigos de dos paros, cada uno con efectos devastadores para el área económica y además de la crisis sanitaria que tanto daño causa en su debido tiempo.

Estas y tantas otras situaciones que suceden constantemente en nuestro país son razones suficientes para considerar la posibilidad de incorporar herramientas más benéficas y económicas en favor de todos los agentes económicos que juegan un papel tan importante en la sociedad considerando la naturaleza propia de nuestro país para que sea un modelo eficiente que pueda ser empleado de manera oportuna y que busque precisamente evitar que se produzca el cese de actividades por una incorrecta aplicación de estas herramientas propuestas.

3.5 Conclusiones y recomendaciones.

Como conclusiones de este trabajo de titulación podemos decir que es un gran paso el haber incorporado los acuerdos preconcursales dentro de nuestra legislación, ya que es un gran avance en materia concursal el permitir que se celebren acuerdos extrajudiciales que sean plenamente validos y exigibles.

El reconocer que los procesos concursales son largos y costos es importante, considerando que somos un país con una economía en desarrollo que debe facilitar a los agentes comerciales a buscar soluciones para poder continuar con el giro del negocio debido al impacto social que provoca en nuestro país en importante y se debe promulgar el hacer uso de mecanismos alternativos para solucionar los conflictos.

Se recomienda incorporar estas herramientas de manera indefinida dentro de nuestra legislación, realizando cambios adecuados respecto a la necesidad de especialidad jurídica en la materia del mediador que conoce del caso en particular, así como también el requerimiento de establecer lineamientos claros y específicos para el correcto desarrollo del proceso de mediación con el fin de evitar discrecionalidad por parte de los centros de mediación.

Además, se recomienda proteger a los acreedores que por circunstancias específicas no hayan podido estar presentes en la mediación o no estén de acuerdo con lo pactado para proporcionar medidas alternativas que sean propicias para encontrar un acuerdo favorecedor para las partes y que los acuerdos no sean vinculantes sin contar con la intervención de una autoridad jurídica o administrativa que pueda revisar lo acordado con el fin de precautelar los intereses de las partes.

Referencias

- Código Civil. (14 de marzo de 2022). Ecuador: LEXIS S.A.
- Código Orgánico General de Procesos, COGEP. (15 de julio de 2022). *Código Orgánico General de Procesos, COGEP*. Republica del Ecuador: LEXIS S.A.
- Gil, S. (11 de mayo de 2015). *Economipedia*. Obtenido de <https://economipedia.com/definiciones/concurso-de-acreedores.html>
- Godoy-Gresely, A. (9 de abril de 2021). La mediación como mecanismo alternativo para alcanzar acuerdos de pago a partir de los acuerdos preconcursales de excepción. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Graziabile, D. J. (18 de octubre de 2006). *Fundamentos de derecho concursal nociones, antecedentes, evolucion y crisis*. Obtenido de <https://vlex.com.pe/vid/fundamentos-nociones-antecedentes-evolucion-37833486>
- Gurrea Martínez, A. (20 de agosto de 2017). *Como hacemos y entendemos el derecho en Iberoamérica*. Obtenido de <https://www.derechoyfinanzas.org/como-hacemos-y-entendemos-el-derecho-concursal-en-iberoamerica/>
- Larrea-Argudo, A. M. (10 de mayo de 2013). Análisis crítico del concurso de acreedores en el Ecuador y Reflexiones para su reforma. Guayaquil, Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Ley de Concurso Preventivo. (2012). *LEY DE CONCURSO PREVENTIVO*. LEXIS.
- Ley Orgánica de Apoyo Humanitario . (22 de junio de 2020). Quito, Ecuador: lexis.
- Mendoza García, L., & Méndez Reátegui, R. (2020). Algunos aspectos teóricos-conceptuales de la regulación del procedimiento concursal preventivo para compañías mercantiles en Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ocampo, P. (5 de enero de 2021). La Mediación como mecanismo para arribar a acuerdos preconcursales de carácter excepcional. Instituto Ecuatoriano de Arbitraje.
- Olivencia, M. (2015). *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*. España: Wolters Kluwer .
- Ortiz-Mena, E., & Noboa-Velasco, P. (4 de abril de 2020). PROPUESTAS SOCIETARIAS Y CONCURSALES PARA MITIGAR EL IMPACTO ECONÓMICO DEL COVID-19 EN ECUADOR. SSRN.

Ortiz-Mena, E., & Noboa-Velasco, P. (26 de enero de 2021). Acuerdos Preconcursoales y Concurso Preventivo Excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19.

Reyna Macias, B. (28 de agosto de 2020). Efectividad del mecanismo concursal ante la previsible quiebra de la persona jurídica en el Ecuador. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil .

Santos-Navas, D. A. (marzo de 2017). El concurso de acreedores: Aspectos generales y su tratamiento en el Código Orgánico General de Procesos. Guayaquil, Ecuador: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.