

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Procesal

Los retos y aportes de la mediación en el contexto del concurso preventivo excepcional como mecanismo de resolución de conflictos por deudas

Diana Karolina Pinto Guerra

Tutora: María Elena Jara Vásquez

Quito, 2023

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Diana Karolina Pinto Guerra, autora del trabajo intitulado “Los retos y aportes de la mediación en el contexto del concurso preventivo excepcional como mecanismo de resolución de conflictos por deudas”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

9 de noviembre de 2023.

Firma: _____

Resumen

El presente trabajo investigativo tiene como propósito, resaltar los aspectos más relevantes de la mediación tradicional y su incidencia en las figuras del concurso preventivo excepcional y el acuerdo preconcursal de excepción, resultantes de las disposiciones de carácter transitorio contenidas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento. Considerando que, dichas figuras representan un novedoso mecanismo de resolución de conflictos por deudas y que las mismas fueron positivizadas como alternativas coadyuvantes de la reactivación económica de nuestro país frente a la grave crisis resultante de la COVID-19, es menester concientizar la importancia de métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) que viabilicen el diálogo de las partes y propendan espacios conciliatorios que contribuyan a la descongestión judicial y el manejo efectivo, dinámico y autocompositivo de los conflictos y que puedan surgir no sólo en coyunturas como asuntos de fuerza mayor sino, que dichos métodos puedan estar disponibles para conflictos de similares características en lo futuro. Si bien es cierto, los MASC en la República del Ecuador están fortaleciéndose y popularizándose, no se puede desconocer que aún *hay mucha tela por cortar* y el deber de nuestras propuestas de investigación, es rescatar dichas figuras que representan soluciones en pro del crecimiento y desarrollo de nuestra sociedad. Finalmente, es preciso mencionar que el 7 de julio de 2023, el Presidente de la República del Ecuador, envió a la Corte Constitucional, un Proyecto de Ley Concursal, que tiene como objetivo establecer una clara normativa para solventar a la compañías en situación de insolvencia, precautelando los intereses de los acreedores y buscando mantener los empleos; no obstante y sin perjuicio de considerar que es un paso positivo para la actualización y aplicación efectiva de la actual Ley de Concurso Preventivo, al ser un proyecto de ley no vigente y presentado con posterioridad a la culminación del presente trabajo, no será analizada en este trabajo, por no aportar directamente al objeto de este estudio.

Palabras clave: Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, concurso preventivo excepcional, mediación

A mis padres,
por estar presentes en cada paso personal
y profesional en mi vida,
sin su amor incondicional, guía y sabiduría,
no sería posible este logro.

Agradecimientos

Agradezco a Dios, a mis padres, a la Dra. María Elena Jara, por sus enseñanzas y a todas aquellas personas que me aportaron grandemente, para alcanzar esta meta profesional en mi vida.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero La mediación en la República del Ecuador.....	17
1. Naturaleza y definición.....	17
2. Elementos del proceso de mediación.....	24
3. Efectos jurídicos del acta de mediación	26
4. El rol del mediador en la audiencia de mediación.....	29
Capítulo segundo.....	35
Análisis de la mediación para la gestión de obligaciones por deudas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario	35
1. Generalidades y efectos de los acuerdos preconcursales.....	35
2. Procedimiento para la suscripción del acta de mediación y su contenido.....	43
3. Falta de acuerdo preconcursal y el acta de imposibilidad de mediación.....	50
Conclusiones.....	55
Bibliografía.....	57
Anexos.....	63
Anexo 1: Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha.....	63
Anexo 2: Centro de Medición de la Cámara de la Industria de la Construcción	65
Anexo 3: Centro de Arbitraje y Medicación de la Cámara de Comercio de Quito....	67
Anexo 4: Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM.....	68

Introducción

En nuestro país, el artículo 191, inciso tercero de la Constitución de la República del Ecuador¹ reconoce a los métodos alternativos de solución de conflictos como la mediación, para someter una controversia al acuerdo de las partes, respecto de una materia que la ley permita sea transigible y que logre terminar un conflicto existente. En concordancia, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAyM) contempla en su artículo 43 que la mediación representa “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.²

Ahora bien, centrando la mediación dentro del espectro de resolución de conflictos por deudas u obligaciones, ésta ha tenido un gran desarrollo por considerarse una herramienta eficaz para resolver conflictos entre deudor y acreedor sin requerir la tramitación de procesos judiciales y más aún en situaciones coyunturales como una pandemia, donde el acuerdo voluntario de las partes ha venido supliendo la paralización y demora del despacho de las causas antes las unidades judiciales y tribunales de justicia.

La situación de pandemia desencadenada por la COVID-19, ha desatado conflictos entre particulares que han requerido de la intervención directa del Estado. Es por ello que, la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario³ emitida por la Asamblea Nacional en el año 2020 por ocasión de la afectación social, comercial, laboral y económica sufrida en la República del Ecuador por la COVID-19, contempla aspectos relevantes como medidas para mantener la estabilidad laboral, la gestión de obligaciones y el bienestar social en general dentro del territorio ecuatoriano; estableciendo además, parámetros y aportes relevantes de la mediación como un mecanismo de solución de conflictos necesario, contemplando especialmente, lo relacionado a los acuerdos preconcursales de excepción para el cobro de obligaciones, en los cuales se establece que éstos acuerdos serán únicamente discutidos en mediación en los Centros de Mediación acreditados por el Consejo de la Judicatura; considerando así a la mediación, como un método eficiente

¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 191.

² Ecuador, *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006, art. 43.

³ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 229, 22 de junio de 2020.

para resolver conflictos en tiempos de pandemia, cuyo procedimiento también ha sido regulado por el Reglamento a la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en su artículo 23.⁴

De conformidad con la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, la mediación constituye un espacio relevante en la resolución de los problemas relacionados con el cobro de obligaciones, dentro de la regulación del “concordato preventivo excepcional”, especialmente en el marco de lo establecido en el Capítulo IV Ley Orgánica de Apoyo Humanitario y su Reglamento, en el cual las partes, deudor y acreedor, suscriben un acuerdo preconcursal para pactar sobre condiciones, plazos o refinanciamiento de obligaciones pendientes. Al respecto, es necesario mencionar al autor Luis Gómez Amigo respecto a la mediación concursal y el rol del mediador, expresando que el mediador concursal

no es un mediador en sentido propio y que, por tanto, no le es aplicable el régimen jurídico del mediador civil y mercantil, (...) independiente», que intenta que el deudor y los acreedores alcancen un acuerdo extrajudicial de pagos, para lo cual desarrolla una labor técnica, similar, en parte, a la que el administrador concursal desarrolla en el proceso concursal.⁵

Por lo que, además de la normativa legal existente, es importante la implementación de disposiciones internas en los Centros de Mediación que permitan la tramitación de estos procesos, mediante personal, herramientas y estructuras que garanticen los derechos establecidos en la Constitución como la seguridad jurídica y el debido proceso.

No obstante, el llevar a cabo una mediación para la suscripción de acuerdos preconcursales ha traído consigo interrogantes en su aplicación, una de ellas en lo referente a la celebración de acuerdos que establecen *nuevas* condiciones para el cumplimiento de obligaciones de cualquier naturaleza, lo cual implicaría una posible novación. La normativa tampoco hace referencia a la situación de los codeudores solidarios o fiadores; no establece el procedimiento para convocar a los deudores a la audiencia de mediación, la consecuencia de la falta de asistencia de éstos a dicha audiencia o la forma de tomar las decisiones para llegar a acuerdos, entre otros cuestionamientos que serán analizados en el presente trabajo investigativo, dentro del contexto la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, su alcance y eficacia en la práctica.

⁴ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 303, Suplemento, 5 de octubre de 2020, art. 23.

⁵ Luis Gómez, *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos* (Madrid: Editorial Reus, 2016), loc. 19, edición para eLibro.

Es importante destacar que se analizarán los aspectos, aportes y retos que conlleva la mediación en el contexto de la interesante figura del concurso preventivo excepcional, en la cual se permite al deudor una reestructuración de la deuda, todo esto, conjuntamente con la aplicación de la normativa nacional y de ser el caso, las directrices internacionales aplicables, considerando además los criterios de juristas y la doctrina relacionada en aras de configurar las conclusiones y recomendaciones que se deriven de este trabajo investigativo. Considerando que el problema jurídico propuesto representa un asunto de considerable importancia por su impacto en la sociedad ecuatoriana, merece ser tratado a profundidad, dando paso a la cuestión jurídica que se plantea a través de la siguiente pregunta central:

¿Cuáles son los retos y aportes de la mediación en la República del Ecuador en la aplicación del concurso preventivo excepcional en los conflictos por deudas, dentro del marco de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario?

Los objetivos planteados en este trabajo de investigación son:

1. Analizar la naturaleza y definición de la mediación en la República del Ecuador, para puntualizar sus características y las implicaciones legales del proceso de mediación y el rol del mediador.
2. Definir el aporte de la mediación en el contexto del concurso preventivo excepcional, de acuerdo con la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, sus efectos, procedimiento y aspectos relevantes a considerar.

La metodología del presente trabajo académico, considera los métodos inductivo y analítico-descriptivo del problema jurídico, sopesando para ello el análisis y estudio de las referencias legales y doctrinarias de la mediación, dentro del espectro del acuerdo preconcursal excepcional. Con base en la información seleccionada, se desarrollarán postulados de autoría propia, tendientes a contribuir con el problema jurídico analizado. Cabe destacar que, aunque la naturaleza del asunto jurídico que trata el presente trabajo investigativo es de carácter transitorio, su estudio resulta indispensable en razón de la trascendencia de la figura en lo futuro, considerando la necesidad de la aplicabilidad de los métodos alternativos de solución de conflictos como un espacio más eficiente, menos dramático, costoso y temporalmente práctico.

Capítulo primero

La mediación en la República del Ecuador

1. Naturaleza y definición

En primera instancia, es menester considerar la definición normativa (LAyM de 4 de septiembre de 1996) regente en la República del Ecuador respecto de la mediación, siendo considerada por el legislador como “un *procedimiento de solución de conflictos* por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un *acuerdo voluntario*, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (énfasis añadido).

Dicha solución estará enmarcada dentro de los principios de *equidad y honestidad*, con la intervención de un tercero imparcial a las partes cuyo trabajo es *modular* mas no resolver, la interacción de los intervinientes, con el sólo propósito de que la solución nazca de los interesados respecto de la resolución de sus conflictos, a través del método alternativo de solución de conflictos (En adelante MASC).

A nivel doctrinario y, considerando la antigüedad que tiene este procedimiento autocompositivo de solución de conflictos, es menester retrotraernos a algunas definiciones que se han considerado relevantes en el desarrollo del presente trabajo académico, para el entendimiento de la importancia y trascendencia que tiene la figura que ha sido asimilada como “un procedimiento no adversarial [entiéndase voluntario] en el que un tercero neutral [imparcial] ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado recíprocamente aceptable [solución del conflicto]”.⁶

Para Manuel de Armas Hernández, referenciando a Rozenblum, la mediación “es un proceso de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren *voluntariamente* a una tercera persona *imparcial*, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio” (énfasis me corresponde). Es un procedimiento extrajuicio, indistinto a los

canales legales o convencionales de resolución de disputas, es creativo, porque mueve a la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse [únicamente] a lo que dice la ley. Además, la solución no es impuesta por

⁶ Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos*, 8, GE/REMJA/doc.77/01, 2001.

terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es creada por las partes.⁷

Haynes se refiere a la mediación como “un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto”⁸, destacando la importancia de la figura del mediador y de lo que éste podrá alcanzar con su intervención.

Para Andrés Ciurana, la mediación u otros métodos extrajudiciales de solución de controversias, no pueden ni deben “entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse como medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos”⁹.

A mayor abundancia es importante resaltar lo que Dominguez Pérez referencia al manifestar que:

El desarrollo de esta forma de solución de los litigios no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del juez.¹⁰

Respecto de las virtudes de este *sistema*, Suares manifiesta que:

...las ventajas y beneficios del sistema de mediación se centran tanto en el sensible alivio que supone a los Tribunales, en el ahorro de tiempo en la gestión o resolución del conflicto, en la reducción de coste monetario respecto del sistema adversarial o contradictorio (basado en la confrontación de demanda y contestación por dos abogados diferentes), en el aumento de creatividad a la hora de adoptar un acuerdo flexible, en la aplicación de la estrategia de la suma positiva o “ganar-ganar” que evita la existencia de vencedores y vencidos y facilita las relaciones futuras, el fomento de la autoestima y la autorresponsabilidad de las personas al devolverles todo el protagonismo en la gestión de la crisis y en la producción de un deuteroaprendizaje (capacidad aprendida de solucionar otros conflictos futuros).¹¹

⁷ Manuel De Armas, “La mediación en la resolución de conflictos” *Educar* 32 (2017): 126, <https://raco.cat/index.php/Educar/article/view/20783>

⁸ Jhon Haynes, *Fundamentos de la Mediación Familiar: Manual práctico para mediadores* (Madrid: Gaia, 1995), 11.

⁹ Baldomero Ciurana, “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”, *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez* nº 12 (2005): 61, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1470/documento/art4.pdf?id=2067&forceDownload=true>.

¹⁰ Dolores Domínguez y Ramón García, “Aprobación de la Directiva sobre mediación”, *Derecho de los Negocios*, n.º 213 (Sección Unión Europea, Junio 2008, Editorial La Ley), 49.

¹¹ Marines Suares, “Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas” (Buenos Aires: Paidós Mediación, 1996), 53-55.

En consecuencia, la mediación representa un procedimiento confidencial, sistemático, extrajudicial-alterno y autocompositivo que, tiene su razón de ser en la voluntad expresa de las partes y la intervención de un tercero imparcial considerado facilitador, con el fin de alcanzar la resolución de un conflicto que por su naturaleza, es susceptible de transacción.

a. Modelos de mediación más comunes

De otra parte y como una rápida acotación doctrinaria, la mediación encaminada a resolver conflictos por deudas, puede contemplarse desde alguno de los modelos más comunes considerados para este MASC, que a continuación enunciaremos:

Modelo tradicional-lineal de Harvard (creado por W.Ury y R. Fisher), se concentra en conocer las pretensiones de cada parte para así establecer y nutrir las posibilidades de *negociación*, con el fin de alcanzar un acuerdo. Este método es empleado principalmente en asuntos relacionados con Derecho, Política y Economía.



Figura 1. Modelo tradicional-lineal de Harvard
Fuente: Propia

En definitiva, el Modelo de Mediación HARVARD, “está centrado en el acuerdo [voluntad de los intervinientes], y no toma en cuenta las relaciones entre las partes, sino

se centra en el contenido de la comunicación, por lo tanto no intenta modificar las relaciones entre ellas”.¹²

Modelo transformativo (creado por Baruch Bush y Joseph Folger), pondera a las partes, dejando en segundo plano al conflicto. Este método es el más utilizado en mediaciones de carácter intercultural o laboral, en las que la mediación procura el bien común respecto del individuo, en consecuencia, la solución deberá enfocarse en el interés general. Este modelo:

...busca que la sociedad vaya cambiando, que se humanice, y que las personas entiendan el objetivo de la mediación es volver a unir las partes, conciliando sus diferencias para siempre. Este modelo resulta más útil para aquellos conflictos en que el aspecto relacional es preponderante y significativo, no sólo en términos de pasado y presente, sino también de proyección futura.¹³



Figura 2. Modelo transformativo
Fuente: Propia

Modelo circular (creado por Sara Cobb), pretende mejorar la relación de los intervinientes, sin restarle importancia a alcanzar el acuerdo. Se denomina circular porque “su meta es modificar las relaciones y obtener el acuerdo”.¹⁴

¹² Bertha del Rosario Espino Ledesma, “Los modelos de mediación”, *Revista electrónica trimestral de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío* 3, n° 17 (2013), párr. 29, https://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/contenidos/revistas/derecho2013/numero_17/m_losmodelos.php.

¹³ *Ibíd.*, párr. 40.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 71.

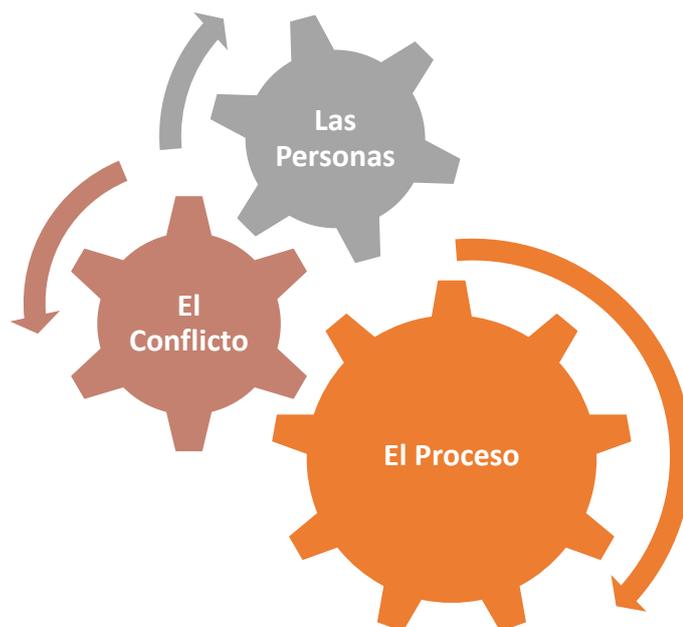


Figura 2. Modelo circular
Fuente: Propia

Respecto al procedimiento de mediación, la autora María de los Ángeles Peña, establece que el mismo tiene varias fases: la primera, denominada pre-mediación, en la cual se orienta a las partes con las reglas del juego; la segunda, en la cual se concreta la definición del conflicto y los temas a tratar; la tercera, donde se desarrolla el tema del conflicto y se busca las alternativas de solución; y por último, la cuarta fase de los acuerdos.¹⁵

Tomando en cuenta las fases del proceso de mediación antes indicadas, es importante aplicarlas a la mediación desarrollada bajo las restricciones que la pandemia de la COVID-19 impuso como fáctica, haciendo indispensable la implementación de medios electrónicos o denominados en inglés como *Online Dispute Resolutions (ODR)*, los cuales según el autor Rolando Ortega, son aquellos que implementan las herramientas de los llamados TICs para la resolución de conflictos.¹⁶

b. Sobre la mediación obligatoria

De otra parte, si la mediación es un procedimiento que requiere *sine qua non* el ánimo voluntario de alcanzar una solución y considerando que dicha voluntad viabiliza

¹⁵ Jesús Aguilar y María del Mar González, *¿Qué es la mediación?* (Editorial Tébar Flores), loc. 39, edición para eLibro.

¹⁶ Rolando Ortega, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos por medios electrónicos* (Barcelona: Editorial J.M. Bosh Editor, 2019), loc. 61, edición para eLibro.

el diálogo, éste deberá versar única y exclusivamente sobre el o los asuntos que se sometieron a dicho espacio conciliatorio. Si bien es cierto, la flexibilidad de la figura admite que los asuntos que se sometan sean varios, las partes no pueden desviar sus esfuerzos hacia aspectos relacionados o no, que complejicen la comunicación y la negociación que se pretende en pro a alcanzar una solución satisfactoria. Para el solicitante, es imprescindible priorizar los aspectos que someterá a la mediación (ya sea por la importancia respecto a los derechos vulnerados, la cuantía, el plazo, etc.) pues de esta manera, además de demostrar la buena fe (principio de honestidad), reiterará a la otra parte su intención de alcanzar una solución no adversarial que si bien, acarreará un beneficio mutuo, el fin principal es solventar a la parte afectada o que estaría en desventaja (principio de equidad).

Dentro de los aspectos predominantes que se deben destacar de este MASC, es la importancia de considerar la mediación como fase pre-procesal. Si bien, sobre este aspecto, existen una serie de posturas en pro y contra, en el presente trabajo investigativo, analizaremos las bondades y beneficios de emplear la mediación como un paso previo al inicio del litigio judicial.

Considerando el criterio de Folberg y Taylor respecto a que la mediación: “reduce los obstáculos a la comunicación entre los participantes”,¹⁷ ello implica la necesidad de que exista libertad de desenvolvimiento de las partes respecto del manifiesto de sus pretensiones, si bien, la modulación de la interacción estará a cargo del tercero imparcial (mediador), éste no podrá tomar partido por alguno de los intervinientes, su misión será, encaminar el diálogo con el único objetivo de alcanzar una solución que impida el génesis de un proceso judicial, que representará para los interesados, renunciar a los principios de celeridad y economía procesal, pilares fundamentales en los MASC. Por ello, si la mediación se regulara normativamente como *obligatoria*, considero que ello implicaría la violación del principio de voluntariedad, pues e si afecta a los intervinientes en su libertad de decidir si participan o no del proceso conciliatorio. Si su intención es no participar, lo pertinente sería la exposición de los motivos que dicha parte considera para no ser partícipe del proceso de mediación. Lastimosamente, el derecho comparado nos muestra casos como el colombiano en los que, la no participación implica un castigo, los párrafos segundo y tercero del artículo 59, de la Ley 2220 de 2022, en su tenor literal manifiestan:

¹⁷ Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación, resolución de conflictos sin litigio* (México D.F.: Editorial Limusa, 1992), 35.

ARTÍCULO 59. Inasistencia a la audiencia...

Si las partes o alguna de ellas no comparece a la audiencia de conciliación a la que fue citada y no justifica su inasistencia en los términos indicados en el inciso anterior, *siempre que la conciliación constituya requisito de procedibilidad, su conducta podrá ser considerada como indicio grave en contra de sus pretensiones o de sus excepciones de mérito en un eventual proceso judicial que verse sobre los mismos hechos.*

En este evento, además, siempre que la conciliación constituya requisito de procedibilidad, el juez *impondrá a la parte que no haya justificado su inasistencia a la audiencia, una multa hasta por valor de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*¹⁸ (Énfasis me corresponde)

Si la mediación tiene que desenvolverse bajo la presión de una sanción (como las enfatizadas en la cita precedente), el principio de libre elección se vulnera íntegramente, pues el convocado no tiene más alternativa que asistir aunque el resultado no conduzca a una solución del conflicto; obviamente, bajo la amenaza de sanción, el diálogo no representará la buena disposición de alcanzar un acuerdo, versará en el cumplimiento de la disposición, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad y así, poder acceder a la controversia judicial.

Según Aguirrízabal, si la mediación se considera como un requisito de procedibilidad, esta configuración representaría un atentado a la ley y la Constitución, pues podría considerarse que, el agotamiento del procedimiento extrajudicial como requisito prejudicial, representaría un obstáculo de acceso al órgano jurisdiccional.¹⁹

Ahora, si la no participación injustificada del citado representa para éste una sanción que pueda entorpecer su acceso a la justicia adversarial (tal como se evidencia en el caso colombiano) sin lugar a dudas, agotar la mediación como requisito de cumplimiento procedimental representaría un atropello a los derechos de la parte que no quiere ser partícipe del proceso alternativo de conflicto.

En sintonía con lo manifestado sobre este asunto por la misma autora (Aguirrízabal) considerar a los MASC y específicamente la mediación como un requisito de procedibilidad, “suponen una postergación en el ejercicio del derecho... [constitucionalmente consagrado] y ello debe ser considerado como un obstáculo”²⁰ a la justicia.

¹⁸ Colombia, *Ley 2220, de 2022*, Diario Oficial 52.081, 30 de junio de 2022, art. 59.

¹⁹ Maite Aguirrízabal, “Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (Julio 2013): 302, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100017.

²⁰ *Ibíd.*, 307.

En relación a otorgarle a la mediación un carácter obligatorio como lo atribuye la legislación colombiana, desde mi punto de vista considero que dicha condición, desvirtúa el espíritu de la MASC y más si ésta debiera considerarse como un requisito de procedibilidad. Es importante mantener la característica de voluntariedad de las partes pues de ella se origina un procedimiento no adversarial que tiene como objeto resolver el conflicto sin tener que acudir a la justicia ordinaria.

Desde la perspectiva de esta investigación, se recomienda estudiar a conciencia la positivización de la mediación como requisito de procedibilidad, considerando que, establecerla como una etapa preprocesal no entorpece o impide el acceso a la justicia, siempre que dicha obligatoriedad no implique una desventaja para la parte que no quiere ser partícipe de dicho procedimiento previo. Sería interesante desmenuzar, aunque no es objeto del presente trabajo de investigación, toda la información existente en Derecho Comparado que nos acerque a la realidad de los países del continente (Bolivia, Colombia, Argentina, Chile, Costa Rica, Honduras, Paraguay, Perú, Venezuela) que han incorporado como un método prejudicial/extrajudicial, a la mediación.

2. Elementos del proceso de mediación

Entendiendo lo que implica una mediación, se hace forzoso determinar los elementos esenciales de este MASC y su incidencia en los acuerdos preconcursales de excepción.

La *Voluntariedad*: El carácter voluntario que enviste a los intervinientes de un acuerdo preconcursal de excepción, es indispensable para que, dicho acuerdo se materialice. La voluntad implica, la participación libre, no viciada de las partes, con el ánimo de resolver sus controversias en materia transigible.

La *Confidencialidad*: Implica el derecho/garantía y obligación respecto de los hechos e información producto de la mediación que se constituyen como confidenciales y reservados y que no podrán divulgarse sin que exista el consentimiento de las partes. Dicha garantía atribuible al tercero imparcial, deberá regirse a las reglas y condiciones que regulan y limitan el acceso a referida información.

La *Imparcialidad*: Elemento directamente relacionado con el mediador, está asociado al derecho de los intervinientes a participar en igualdad de condiciones y que, de la misma manera, sean acogidos por igual dentro del proceso conciliatorio, para lo cual el tercero imparcial (mediador) deberá mostrarse y desenvolverse como un partícipe

neutral, facilitador de la interacción de los intervinientes. Cabe manifestar que su papel no es el de *amigable componedor* pues no es él quien propone las soluciones, no resuelve el problema, simplemente actúa como un modulador entre los participantes, facilitando el diálogo y negociación.

La *Flexibilidad*: Implica que, el proceso de mediación deberá investirse de la capacidad de adaptación a las circunstancias y a los sujetos, sin que ello implique la imposición de voluntades, pues será el mediador dentro de su competencia, el que considere el itinerario a seguir (inclusive la duración) y los aspectos que se tratarán dentro de la mediación.

La *Celeridad*: Principio íntimamente relacionado con la justicia expedita, que involucra la eficacia y eficiencia de la mediación evitando en su desenvolvimiento, dilaciones innecesarias o indebidas en aras de la oportunidad, agilidad, transparencia y la calidad de actuaciones.

El *efecto de cosa juzgada*: El acuerdo preconcursal excepcional resultante de una mediación, se ha constituido como un equivalente jurisdiccional que implica que, la resolución del conflicto sometido a este MASC, tenga efectos asimilables a los que produce una sentencia ejecutoriada, dicha resolución se considerará como *cosa juzgada* lo que implica para el obligado, cumplimiento forzado.

Los elementos antes descritos, desembocan en ciertas ventajas atribuibles a la mediación, que vale la pena destacar:

Gratuidad: La mediación podría ser gratuita (ello dependerá del proveedor del servicio) es decir, no reporta a las partes gastos (patrocinio de abogado, costas procesales, entre otros) como en la jurisdicción ordinaria.

Rapidez: La mediación al constituirse como un MASC, representa un proceso ágil, mucho más expedito que un pleito judicial, pues el conflicto alcanza una solución en un tiempo dramáticamente inferior al de un proceso judicial (incluso podría resolverse en unas cuantas horas) y está sujeto a la participación y aceptación de las partes es decir, no existe sometimiento a la decisión de un tercero.

Puede producir acuerdos creativos: Permite viabilizar una comunicación que construya posibilidades innovadoras tendientes a resolver el conflicto sometido a la mediación. El mediador deberá hacer uso de su capacidad creativa para incentivar a las partes a alcanzar un acuerdo que además de solucionar el problema, facilite su interacción en lo futuro.

Uso de un lenguaje sencillo: Considerando que no todas las partes intervinientes de una mediación cuentan con patrocinio legal o son entendidas en la materia, es indispensable que el mediador emplee un lenguaje sencillo de entender y claro respecto a las pretensiones de cada parte con el fin de lograr una comunicación fluida, una negociación transparente y de ser el caso, una solución del conflicto.

Admite soluciones de sentido común: En un proceso de mediación, las partes no se someten únicamente a los precedentes legales, si bien éstos pueden considerarse en el proceso, también se podrán tomar en consideración, los elementos fácticos que se manifiesten por las partes y que están directamente relacionados con la realidad del conflicto, haciendo posible que las soluciones se construyan en un ámbito conciliatorio.

3. Efectos jurídicos del acta de mediación

En armonía con el *efecto de cosa juzgada*, un acta de mediación es:

el resultado del acuerdo entre partes y rige en ella, el principio de autonomía de la voluntad, teniendo además el carácter de una sentencia, por lo cual es posible señalar que debería cumplir con las normas formales de una decisión judicial siempre que le sean razonablemente aplicables.²¹

Es decir, si el acta de mediación es asimilable a una sentencia judicial, sus requisitos formales no podrán discrepar de los requisitos atribuibles a una sentencia, por tanto, dicho documento deberá contemplar lo dispuesto por el artículo 92 del COGEP que en su tenor literal, dispone: “Las sentencias deberán ser claras, precisas y congruentes con los puntos materia del proceso. Resolverán sobre las peticiones realizadas por las partes y decidirán sobre los puntos litigiosos del proceso”. Respecto a la importancia de una decisión judicial o para el caso que nos ocupa, una decisión extrajudicial con fuerza de sentencia, es menester considerar ciertas definiciones doctrinarias:

El tratadista Enrique Coello García, define a la sentencia como:

...el acto solemne y el más importante de la Función Judicial, se emplea para resolver una controversia, para administrar la justicia, declarando la conformidad o inconvincencia de las pretensiones de las partes con el Derecho Positivo y dando satisfacción a la tesis que resulte protegida por la norma general.²²

²¹ Alizia Agnelli y Ibely Matos, “Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo”, *Revista CES Derecho* 11. n° 1 (enero a junio de 2020): 105.

²² Enrique Coello, *Sistema Procesal Civil*, (Quito: Universidad Técnica Particular de Loja, 2006), 2: 398.

A mayor abundancia, el jurista José Ovalle Favela, resalta el concepto de variados autores como el de Alcalá-Zamora, de quien destaca que una sentencia es una “declaración de voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso”. Para Héctor Fix Zamudio (citado por José Ovalle) la sentencia “es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso”.²³ Para Ovalle la sentencia representa una “resolución que emite el juzgador sobre el litigio sometido a su conocimiento y mediante la cual normalmente pone término al proceso”²⁴ en la que convergen dinámicamente por un lado, las pretensiones del accionante (tesis) y por otra, las excepciones del accionado (antítesis), con el propósito de alcanzar una resolución-sentencia del juez que resuelve el litigio (síntesis).²⁵ Para Eduardo Couture, citado por Manuel Ramón Herrera:

...las sentencias valdrán lo que valen los hombres que la dictan, posición que si bien la misma es un acto representativo del Estado, en la parte instrumental es factura del hombre, de su voluntad de una intensa operación de inteligencia, donde intervienen una serie de operaciones lógicas sobre las diferentes y variadas situaciones fácticas y jurídicas simples y no pocas veces complejas y confusas.²⁶

En ese sentido, dichas operaciones lógicas, se resuelven por la voluntad e ingenio de quienes tienen la potestad de hacerlo, para el caso concreto, las partes intervinientes de un proceso de mediación.

Considerando el criterio de García, citado por Agnelli y Matos, respecto del efecto jurídico de un acta de mediación, ésta “no consiste sólo en la adquisición, pérdida o modificación de derechos subjetivos, sino en la producción de cualquier modificación en el mundo jurídico”.²⁷

Por tanto, el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, admite su ejecución “del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con

²³ José Ovalle, *Derecho Procesal Civil* (México D.F.: Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1981), 280.

²⁴ *Ibíd.*, 146.

²⁵ *Ibíd.*, 145.

²⁶ Manuel Herrera, “La Sentencia”, *Gaceta Laboral [online]* 14, n.º 1 (2008): 134, <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3627>, 2008.

²⁷ Alizia Agnelli y Ibely Matos, “Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo”, *Revista CES Derecho* 11, n.º 1 (2020): 105. doi: <http://dx.doi.org/10.21615/>.

posterioridad a la suscripción del acta de mediación”.²⁸ La ejecutoría del acta de mediación, se constituye con la aceptación y firma de lo acordado, materializado en el acta, es decir, si las partes alcanzan un acuerdo, suscribirán con su firma el acta de mediación haciendo posible su propia sentencia.

El incumplimiento de un acta de mediación, produce efectos jurídicos para ambas partes, posibilitando a la parte afectada, iniciar el respectivo proceso judicial de ejecución de conformidad con lo preceptuado en los artículos 363 y siguientes del COGEP.

Cabe manifestar que, para el caso de estudio, considerando que el acta tendrá efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, el juzgador no podrá aceptar “oposición alguna del ejecutado, salvo las excepciones”²⁹ que puedan invocarse de conformidad con el artículo 373 del COGEP.

Sobre este punto, es necesario evidenciar la problemática resultante del incumplimiento de un acta de mediación por parte del deudor, considerando el efecto que dicho instrumento tiene. En primera instancia, al ser susceptible de ejecución, el juez que dirimirá el conflicto no tuvo participación en el proceso de mediación y por tanto, no puede considerar un pronunciamiento de fondo, tampoco tiene “fundamento o motivación suficiente en el texto del acta para asumir que lo que ordena ejecutar está ajustado a la ley o vulnera derechos de los justiciables”³⁰ en consecuencia, el juez no tiene más opción que dar paso al proceso de ejecución por imperio de la ley, dado que el acta de mediación es un título de ejecución.

Es importante que para lo futuro el órgano legislativo considere enmarcar normativamente al acta de mediación con efectos jurídicos propios, es decir, que no sea equiparada a una sentencia para tener efectos de cosa juzgada, sino que dichos efectos se den por ser en sí misma un acta de mediación, con el fin de esclarecer y facilitar los procedimientos que deban considerarse en caso de incumplimiento; no obstante el análisis de los efectos aquí mencionados no son objeto principal de esta investigación.

- **Tipos de actas de mediación**

²⁸ Esther Daniela Andrade Correa, “Proceso de Mediación y Ejecución del Acta de Mediación” (tesis pregrado, Universidad Central del Ecuador, 2018), 8, <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17523/1/T-UCE-0013-JUR-142.pdf>.

²⁹ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, “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, 9, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

³⁰ Alizia Agnelli y Ibely Matos, “Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo”, *Revista CES Derecho* 11, n.º 1 (2020): 106, doi: <http://dx.doi.org/10.21615/>.

De otra parte, es menester hacer una breve referencia a los tipos de actas que un mediador puede emitir y que podrían resultar de un proceso conciliatorio resultante de una mediación.

Acta de Acuerdo Total: Resulta del acuerdo integral alcanzado por las partes en el proceso de mediación, ésta deberá ser leída a las partes, quienes en conformidad del contenido, plasmarán su firma en comunión con el mediador.

Acta de Acuerdo Parcial: Se suscribe respecto de los asuntos conflictivos que las partes acordaron conciliar dentro de la mediación. Los aspectos pendientes podrán resolverse en otras instancias y ante el órgano jurisdiccional.

Acta de Imposibilidad: Resulta como constancia de la falta de acuerdo de las partes, es decir, cuando éstas no alcanzaron ningún tipo de acuerdo por considerar que dichas diferencias no admiten un arreglo extrajudicial. De este tipo de acta, se hará una referencia más detallada en el siguiente capítulo.

Razón de Imposibilidad: Resulta de la ausencia de una o ambas partes, respecto de la mediación convocada.

4. El rol del mediador en la audiencia de mediación

Para el estudio del problema jurídico planteado a través de la presente tesis, es importante describir el rol del tercero imparcial llamado *mediador*, en el desenvolvimiento de una mediación y más específicamente, en la audiencia de mediación de la que, los intervinientes son partícipes.

En primera instancia, es menester conceptualizar al mediador, para lo cual consideraremos lo establecido en el artículo 4 de la Conferencia de La Haya de 1899 que establece el papel del mediador al decir que éste “consiste en conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido” entre las partes intervinientes.

En el contexto nacional, el artículo 43 de la LAyM establece en lo pertinente, que las partes intervinientes en la mediación estarán “asistidas por un *tercero neutral* llamado mediador”, es decir, un tercero que si bien es partícipe, su misión no es interventora, sino facilitadora respecto del manejo de las propuestas que las partes expongan y consideren para la resolución del conflicto, entendiendo que la limitación de la figura del mediador radica principalmente en la imposibilidad de proponer soluciones ajenas a las expuestas por los sujetos intervinientes.

El mediador, en su papel neutral e imparcial, propondrá el camino transformador de conductas belicosas con el fin de viabilizar una solución pacífica del/de los conflicto/s, por tanto, será el que persuada a las partes a participar de la audiencia de mediación, sin desmerecer el carácter voluntario, autónomo y autocompositivo que se requiere para que la audiencia de mediación se lleve a cabo.

Dentro del desempeño de sus funciones y responsabilidades, el mediador deberá contemplar un accionar encasillado en los principios rectores de la mediación que son: la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad e igualdad y la confidencialidad.

El “Institute for Dispute Resolution of Pepperdine University – California” de los Estados Unidos de América, ha enfatizado en sus procesos de formación, que las ADR (Alternative Dispute Resolution, por sus siglas en inglés) requieren a un mediador que tenga como tareas esenciales, las siguientes:

- Controlar el proceso, y emplear para ello tácticas adecuadas,
- Registrar los antecedentes de las negociaciones de cada caso,
- Asegurarse de que las partes estén autorizadas para negociar y adoptar acuerdos,
- Determinar un espacio o área en la que el acuerdo sería posible,
- Revisar las ventajas del acuerdo, en cuanto a su certeza, inmediatez, economía, privacidad y control de su ejecución.³¹

Considerando que el mediador es el sujeto clave de la mediación, de su accionar se espera la mínima intervención posible en cuanto al juzgamiento de los hechos y acontecimientos, materia del conflicto, tal como se ha mencionado reiteradamente, su accionar se concentrará en facilitar una comunicación coherente, respetuosa, encaminada a restaurar la relación entre las partes y alcanzar un acuerdo que les permita empoderarse para futuras ocasiones, respecto de la resolución de conflictos. Es por ello que, el mediador deberá contar con los conocimientos y experiencia en el manejo de las relaciones humanas conflictivas ya que, más allá de alcanzar el objetivo de la mediación que es el acuerdo, deberá contribuir con las partes para que éstas puedan manejar problemas futuros sin la intervención de terceros. Es así como la tendencia del modelo de mediación circular se ha democratizado en la actualidad con el fin de restaurar de manera integral (sujetos-problema-solución), las relaciones humanas.

En ese contexto, las principales responsabilidades que tiene el mediador son:

³¹ Pedro Carulla, “La Mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”, *Derecho.com*, 1 de abril de 2001, 37.

- i) Legitimar las actas que contengan todos aquellos acuerdos ya sean totales, parciales, de imposibilidad, negativa o abandono;
- ii) Redactar las actas, expresando en ella los hechos, obligaciones, plazos y términos;
- iii) Corroborar las firmas habilitadas en los documentos, además de insertar los documentos de credibilidad que dan fe sobre la persona firmante;
- iv) Acreditar las actas, sin importar la motivación por las que fueron suscitadas;
- v) Concluir la audiencia, misma que finiquita con el acta creada por esta;
- vi) Proporcionar una copia del acta a cada parte.³²

Cabe destacar como una ventaja la figura del mediador pues “la presencia de [éste] descentraliza la negociación y alivia la carga logística de los procesos de negociación que, de otro modo, podría haber sido impuesta sobre el deudor”.³³

Podemos concluir que, la importancia de la existencia e intervención del mediador en una audiencia es vital, ya que es él quien establece los parámetros de desenvolvimiento de la diligencia, modula e incentiva la interacción de las partes dentro de los parámetros legales y sociales aplicables para estos espacios conciliatorios, es el guardián de las formalidades del proceso, siendo además el responsable de materializar el resultado de la diligencia a través del acta resultante del MASC.

Cabe recalcar que, el mediador será responsable inclusive judicialmente, si su desempeño causare a las partes algún tipo de perjuicio. Es por ello que el cuidado que emplee en la materialización del acta de mediación, deberá ser exhaustivo, pues cualquier tipo de error o vicio, imposibilita la ejecución del acta de mediación, en caso de incumplimiento.

Al respecto es menester considerar las causas que podrían conminar la validez de un acta de mediación:

Haber excedido los límites de la autonomía de la voluntad en la conformación del acuerdo que se alcanza en mediación. Podría producirse esta situación cuando el acuerdo fuere contrario al orden público o fuere un acuerdo ilícito.

La inexistencia, la falta absoluta de determinación o la ilicitud del objeto del acuerdo.

La inexistencia o la ilicitud de la causa del acuerdo.

La falta absoluta de forma cuando se exige una determinada conformación formal por ley.

A dichas causas de nulidad, habría que añadir aquellas que afectan al consentimiento otorgado por las partes, por lo que si éste ha sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo.³⁴

³² Miguel Angel Chenás Martínez, “Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021), 38-39, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>.

³³ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19*, 6, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

³⁴ Silvia Barona, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*, (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013), 440-441.

A las citadas causas, se deberán añadir las relativas a los vicios de consentimiento (error, violencia, dolo o intimidación).

Respecto a la ejecución de un acta de mediación, la LAyM, establece que el conducto a considerar es el mecanismo de ejecución que comprende la posibilidad de apremio, puesto que se asimila a una sentencia ejecutoriada de última instancia. El artículo 363 del COGEP configura al acta resultante de una mediación, como un título de ejecución, en consecuencia, la justicia ordinaria está en la capacidad de intervenir de manera directa, a petición de parte, cuando ésta demande el incumplimiento. Sin embargo, el mismo COGEP no ha contemplado en su contenido el concepto de un título de ejecución, por lo que se hace necesario considerarlo para mejor comprensión. Al respecto, ponderé la siguiente definición: “documento donde resulte determinada una obligación o un deber, cuyo cumplimiento puede exigirse de una persona (deudor ejecutado), en favor de otra (acreedor o ejecutante)” el mismo autor, hace referencia a las características del título de ejecución, siendo éstas:

Ser un documento que por disposición de la ley, se transforma precisamente en título de ejecución, que opera con independencia de que la obligación documentada sea exigible. Contiene una obligación o un deber que se pretende sea cumplido y que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa.
...determina las partes o los participantes en el procedimiento, ya sea como acreedor o deudor de la obligación.³⁵

En consecuencia y como lo manifiesta Agnelli y Matos:

Los títulos de ejecución son aquellos documentos de los que se deduce la imposibilidad de un nuevo fallo o en contra del cual no es posible interponer algún recurso para modificarlo o revocarlo y que están expresamente señalados bajo esa denominación en la norma. En otras palabras, son documentos que tienen el carácter de cosa juzgada...³⁶

Por tanto, el cumplimiento de las obligaciones contenidas en un acta de mediación no son susceptibles de un nuevo litigio o controversia y su ejecución deberá considerarse

³⁵ Miguel Angel Chenás Martínez, “Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021), 49, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>.

³⁶ Alizia Agnelli y Ibely Matos, “Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo”, *Revista CES Derecho* 11, n.º 1, (2020): 106, doi: <http://dx.doi.org/10.21615/>.

forzosa y necesaria siempre que el incumplimiento desemboque la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional para el inicio de la acción pertinente.

En concordancia, el artículo 362 del COGEP define el cumplimiento forzoso o para el caso que nos ocupa, la ejecución como: “El conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”.³⁷

En definitiva, si un acta de mediación-acuerdo preconcursal excepcional que no adolece de vicio o error, es incumplida por el deudor, el acreedor deberá solicitar al órgano jurisdiccional su ejecución con el fin de que esta autoridad disponga los actos procesales que viabilicen la ejecución de referido título con el fin de alcanzar el cumplimiento cabal de la obligación.

Finalmente es importante concluir que el presente capítulo ha desarrollado de manera sucinta aspectos relevantes a destacar en el trabajo investigativo que, de carácter general, enmarcan la figura de la mediación y la relevancia de ésta en los acuerdos preconcursales, materia del siguiente capítulo.

Cabe destacar que es importante considerar la construcción normativa que reglamente de manera específica los MASC y específicamente la mediación, considerando que en la práctica se complejiza implementar la ejecución o la nulidad de actas de mediación cuando éstas se equiparan a una sentencia.

³⁷ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 362.

Capítulo segundo

Análisis de la mediación para la gestión de obligaciones por deudas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario

1. Generalidades y efectos de los acuerdos preconcursales

Como contexto histórico, es necesario conocer que mediante Decreto Ejecutivo No. 1017 emitido por el anterior presidente de la República del Ecuador - Lenín Moreno Garcés, el 17 de marzo de 2020, se declaró el estado de excepción en todo el territorio ecuatoriano, por la emergencia sanitaria resultante de la COVID-19, lo que implicó la paralización de actividades económicas, pérdida de ganancias, despidos masivos, suspensión en la atención de entidades gubernamentales y retardo en el cumplimiento de todo tipo de obligaciones contractuales y comerciales en general. Posteriormente, este cambio social y económico implicó la necesaria intervención de la Asamblea Nacional la cual expidió la LOAH, con el objeto de facilitar al sector productivo y a la economía popular y solidaria, la lucha por sobrellevar la afectación económica que acarreó la crisis sanitaria en el país; siendo esta nueva normativa de gran aporte para la resolución de conflictos, en especial la inclusión del concurso preventivo excepcional, estando la figura del concurso preventivo contemplada tanto en el COGEP como en la Ley de Concurso Preventivo (en adelante LCP), figura retomada en la LOAH.

La LCP en su artículo 2 define el objeto de esta figura como “la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa”.³⁸ En relación, el artículo 415 del COGEP hace referencia al:

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

³⁸ Ecuador, *Ley de Concurso Preventivo*, Registro Oficial 422, Suplemento, 21 de diciembre de 2006, art. 2.

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.³⁹

Enfocando la funcionalidad de la mediación en el contexto del acuerdo preconcursal excepcional resultante de la LOAH, es menester considerar el artículo 27 de la referida normativa que en su tenor literal dispone:

Art. 27.- Del acuerdo preconcursal.- Por *mutuo acuerdo*, los deudores podrán suscribir con sus acreedores *acuerdos preconcursales de carácter excepcional* mediante los cuales se puedan establecer condiciones, plazos y la reducción, capitalización o reestructuración de las obligaciones pendientes de cualquier naturaleza.

Los acuerdos preconcursales suscritos tendrán los efectos previstos en el artículo 2362 del Código Civil.

Los *acuerdos preconcursales serán discutidos en mediación*, para lo cual las partes acudirán a los centros de mediación debidamente registrados ante el Consejo de la Judicatura. (Énfasis me pertenece)

Hay que destacar que los acuerdos preconcursales representan una herramienta coyuntural de reestructuración de deudas. Para esto, es necesario entender que la reestructuración de pasivos puede viabilizar el restablecimiento económico de una empresa que enfrenta un déficit financiero. Al disminuir y renegociar sus deudas, con el fin de alcanzar una estabilidad o mejoría en su flujo de caja, podría sobrevivir a la crisis dando continuidad a sus actividades operacionales. Específicamente con los acuerdos preconcursales de excepción, el deudor busca negociar con sus acreedores una “prórroga de su plazo de vencimiento, una modificación o condonación de las obligaciones, la adquisición de activos del deudor o el rediseño de su pasivo existente”.⁴⁰ La importancia de los acuerdos preconcursales radica en su funcionalidad pues representan una opción racionalmente eficiente que posibilita la negociación con el fin de alcanzar “fórmulas de arreglo y soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo el *empleo* y manteniendo la *actividad empresarial*”.⁴¹ (énfasis me corresponde).

Igualmente, debemos considera que los acuerdos preconcursales se celebran de manera previa al inicio de un proceso concursal y pueden considerarse con una parte o la totalidad de los acreedores afectados. De otra parte, la figura preconcursal no exige las

³⁹ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, art. 415.

⁴⁰ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *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*, 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

⁴¹ Unión Europea Parlamento y Consejo, *Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, condonación de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procesos de reestructuración, insolvencia y condonación de deudas*, Documento 32019L1023, 20 de junio de 2019.

formalidades del proceso concursal, situación ventajosa que, de ser el caso, beneficia el ánimo conciliatorio de las partes, el mismo que de prosperar, se plasmará en el acta de mediación. En la práctica se ha evidenciado la complejidad de ejecución en caso de incumplimiento del deudor. Es por ello que, lo recomendable es que en el mismo instrumento, se determinen cláusulas especiales que establezcan los parámetros a considerar en caso de incumplimiento.⁴²

Como antecedente, es importante conocer que en la mayoría de las normas aplicables a procesos concursales están presentes las funciones solutoria y conservativa. Respecto a la función conservativa y considerando que la tendencia contemporánea es evitar la quiebra, el ejercicio del derecho “se erige como un instrumento jurídico para reestructurar la empresa en crisis”,⁴³ en consecuencia, alienta la recuperación de la empresa con el fin de que ésta pueda sobrevivir a la situación que está causando su imposibilidad de pago. En contraposición, está la función solutoria que defiende “la necesidad de articular un sistema concursal que proteja y, en la medida de lo posible, garantice la satisfacción de los créditos concursales de forma prioritaria” en desmedro de la viabilidad que pudiera tener la empresa a futuro. Para esta función es importante tutelar los derechos de los acreedores respecto de la “restitución en las condiciones pactadas” y el “derecho de agresión sobre el patrimonio del deudor”⁴⁴ en caso de incumplimiento.

Al respecto se hace forzoso enfatizar en la condición de viabilidad empresarial, es decir, si el valor de la empresa en funcionamiento es positivo, superior al valor de liquidación se podrá considerar como viable, en consecuencia, se ponderará la función conservativa respecto de la solución que se pretenda considerar frente a los acreedores para lo cual, una propuesta de solución deberá considerar inexorablemente la reestructuración de la empresa. De otra parte, si la “maximización del valor de la empresa se consigue a través de la venta de los activos y pasivos a terceros, la solución económicamente adecuada será la liquidación”,⁴⁵ en consecuencia, lo conveniente será considerar el proceso concursal que perseguirá la liquidación de los activos del deudor con el propósito de liquidar la empresa y por consiguiente, los pasivos que ésta tenga.

Para hablar de las generalidades y efectos de los acuerdos preconcursales de excepción, es menester hacer referencia a los antecedentes regulatorios que dieron paso

⁴² Roberto Baravalle, *Los Acuerdos Pre-concursales*. (Rosario: Editorial ZEUS, 1985), 155.

⁴³ Francisco Moreno, “Las funciones del Derecho concursal: tendencias actuales en el Derecho comparado”, *Inciso*, 23, n.º 1 (2021):11, doi: <https://doi.org/10.18634/incj.23v.1i.1124>.

⁴⁴ *Ibíd.*, 10.

⁴⁵ *Ibíd.*, 12.

al concepto. A partir del 2006, entró en vigencia en la República del Ecuador la LCP, norma que tiene como objeto, “la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa”.⁴⁶

El artículo 31 de referida ley, establece como requisito de obligatorio cumplimiento, un quórum equivalente al 75% de acreedores, indispensable para que nazca el acuerdo preconcursal. Si dentro del proceso no se cumple con el porcentaje, no será factible alcanzar acuerdo alguno, configurándose como una disposición-barrera que impide la materialización práctica de ley. En consecuencia:

el hecho de no dar quórum a una junta de acreedores en segunda convocatoria (que, dicho sea de paso, deberá instalarse con el 75% del valor de los créditos admitidos), se entiende legalmente como la ausencia de la intención de los acreedores de celebrar un acuerdo concordatario, lo cual conduce a la terminación del trámite concursal.⁴⁷

Considerando al tratadista Aurelio Guerra, para países en vías de desarrollo, considerar el proceso tradicional de insolvencia representa un importe significativo de tiempo y dinero que no justifica su duración; sin embargo y a mi criterio, los procesos concursales, por su propia naturaleza, tienen el tiempo y costo significativo, incluso en países desarrollados, por lo que no podría únicamente pensarse que la dificultad de su aplicación sea de exclusiva atribución a los países en vías de desarrollo como el nuestro. Por exigencias exacerbadas (como la evidenciada en el párrafo que antecede) de la ley en referencia, su implementación material no ha tenido un impacto positivo en la resolución de los conflictos derivados por deudas.

Aunque los acuerdos preconcursales representen un medio que viabiliza la negociación y generación de alternativas de solución con el objetivo de evitar la insolvencia y en consecuencia, la extinción de la actividad empresarial, esta figura se potenció con la entrada en vigencia de la LOAH, a consecuencia de la crisis sanitaria resultante de la COVID-19.

La intención voluntaria de cumplimiento de las obligaciones a través de la reestructuración de las deudas, se considera “el primer pilar de un sistema moderno de

⁴⁶ Ecuador, *Ley de Concurso Preventivo*, Registro Oficial 422, Suplemento, 21 de diciembre de 2006 art. 2.

⁴⁷ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19*, 3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

insolvencia empresarial”⁴⁸ que le permite al deudor negociar de una manera propositiva y práctica, sus obligaciones sin desconocer, la necesidad de sus acreedores y evitando la complejidad de un proceso concursal formal que dependa de la determinación de la autoridad judicial o administrativa que dirima dicho proceso.

No es posible desconocer que la intención del Gobierno de turno al emitir la LOAH fue “fomentar la reactivación económica y productiva del Ecuador” y específicamente, simplificar la figura de los acuerdos preconcursales de excepción con el propósito de hacerlos accesibles a aquella población afectada que, tuvo que considerar esta alternativa para no “morir en el intento”. Siendo la *voluntad de las partes* el bien preciado de esta figura, la mediación se constituye con el medio facilitador que permite que dicha voluntad genere soluciones que beneficien a los involucrados y contribuyan con la vida de la actividad empresarial, sustancial para el desarrollo de nuestro país. A sabiendas que el Estado no representa una fuente de generación de oportunidades empresariales, era indispensable que el mismo Estado propenda la reactivación de sus administrados (empresarios) con el único propósito que es el bienestar común y más, si éste se vio gravemente afectado por un agente exógeno desconocido y en principio inmanejable (COVID-19).

Para entender el rol que desempeña un acuerdo preconcursal en una situación coyuntural como la pandemia de la COVID-19, es necesario contemplar, lo que implica una reestructuración de pasivos, conceptualizándola como un “proceso que permite a una compañía que afronta dificultades financieras reducir y renegociar sus deudas, con el objeto de *mejorar o restaurar su flujo de caja* y así *continuar* con el desarrollo de sus actividades operacionales”⁴⁹ (énfasis es mío).

Ante una reestructuración de deudas o pasivos, los acuerdos preconcursales excepcionales:

permitirán acordar una prórroga de su plazo de vencimiento, una modificación o condonación de las obligaciones, la adquisición de activos del deudor o el rediseño de su pasivo existente. También se podría acordar un aumento del capital de la sociedad deudora mediante la figura de compensación de créditos [admitiendo esta modalidad de extinción de obligaciones].... De conformidad con el artículo 1671 del Código Civil, “cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas.”⁵⁰

⁴⁸ *Ibíd.*, 3-4.

⁴⁹ *Ibíd.*, 4.

⁵⁰ *Ibíd.*, 4.

Si la intención del legislador fue -como se dijo anteriormente- facilitar el camino conducente a una solución no adversarial, es menester considerar que un acuerdo preconcursal dentro del contexto de la LOAH, deberá ser excepcional, tratarse en una mediación y tendrá “los efectos del contrato de transacción”. Para mejor comprensión, se considera desmenuzar cada una de estas características.

Carácter excepcional: En cumplimiento del artículo 28 de la LOAH, se considera un acuerdo preconcursal como excepcional porque éste podrá acordarse y materializarse dentro del plazo legal establecido por la norma, es decir 3 años desde la entrada en vigencia de la LOAH. Como consecuencia de la temporalidad impuesta por el legislador, “los acuerdos preconcursales dejarán de tener reconocimiento legislativo expreso una vez que hubiere fenecido el plazo de tiempo anteriormente señalado” es decir, debían haberse celebrado hasta el 22 de junio de 2023. Sin embargo, si se considera que el acuerdo preconcursal se somete a las reglas generales de un contrato, referida temporalidad en lo futuro (entiéndase vencido el plazo) no impediría la voluntad de las partes para negociar y obligarse contractualmente en busca de una reestructuración obligacional.

De otra parte, hay que resaltar que, si bien la figura de acuerdo preconcursal en la República del Ecuador no tiene más antecedentes normativos que los descritos en la LOAH, la temporalidad de las disposiciones relacionadas con ésta, no afecta la necesidad e importancia de considerar positivizar de manera permanente, la figura en lo futuro.

A través de esta figura legal, se posibilita al deudor -que podría verse inmerso en una situación de insolvencia- considerar una última alternativa que le permita renegociar sus obligaciones incumplidas con el fin de alcanzar un acuerdo con sus acreedores y así evitar el proceso concursal. Las figuras preconcursales (conocidas en España como acuerdo extrajudicial de pagos o acuerdo de refinanciación) admiten “la posibilidad de pactar con los acreedores de qué forma será satisfecha la deuda evitando así entrar al proceso concursal”.⁵¹ En abundancia:

...cuando un deudor que es incapaz de cumplir regularmente sus obligaciones opta por los acuerdos de refinanciación [asímílese a acuerdos preconcursales], en lugar del tradicional procedimiento concursal, está decantándose por una solución contractualista y convencional frente a la meramente procesalista-concursalista. De este modo se consigue que dicho deudor altere- a posteriori- las condiciones contractuales fijadas a priori, lo que le permite seguir atendiendo sus obligaciones evitando la declaración del

⁵¹ Gabriela Ulas, “Procedimientos Preconcursales. Las soluciones del Derecho concursal español”, Colegio de Abogados de San Isidro, Argentina. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Procedimientos%20preconcursales%20%20Las%20soluciones%20del%20Derecho%20Concursal%20espa%C3%B1ol.pdf>.

concurso, que, en su gran mayoría... [España], acaba con la liquidación de la empresa y su desaparición del tejido empresarial con todo lo que ello conlleva.⁵²

La mediación en los acuerdos preconcursales: Considerando todo lo expuesto en el capítulo primero del presente trabajo académico, es necesario colocar la mediación dentro del contexto legal de la LOAH. En principio, la ley referida en su artículo 27 dispone que “los acuerdos preconcursales serán discutidos en mediación, para lo cual las partes acudirán a los centros de mediación debidamente registrados ante el Consejo de la Judicatura”⁵³ en consecuencia, se colige que el tercero imparcial además de estar debidamente capacitado para participar de la mediación, éste deberá someterse al control y vigilancia del Estado, lo que implica que, está sujeto a sanción, en caso de incumplimiento de sus obligaciones e intervención como tercero neutral.

De manera concomitante, siendo la mediación un MASC, el requisito imprescindible es la voluntad de los intervinientes, es decir, el acuerdo preconcursal excepcional no puede adolecer de vicios de consentimiento u otros aspectos que afecten la intención de alcanzar un acuerdo autocompositivo.

La voluntad es la característica esencial del medio facilitador (entiéndase la mediación) de un acuerdo preconcursal. Si las partes no están dispuestas a negociar, no se puede considerar esta vía extrajudicial para resolver una reestructuración de deudas, es por ello que el mediador deberá preponderar la voluntariedad considerada como:

no solo... un derecho que les asiste, sino también implica el deber de tener una actitud colaborativa en la búsqueda de la solución al conflicto. Suares (2002) habla de actitud mediadora y la considera una característica de la voluntariedad. Incluso algunos autores estiman que la disposición o actitud activa en la búsqueda de alternativas de soluciones posibles, durante el procedimiento para alcanzar una resolución satisfactoria del conflicto que los aqueja, constituye un deber ético específico de las partes de un proceso de mediación (Gómez, 1999). La actitud mediadora hace operativo al principio de voluntariedad.⁵⁴

En consecuencia, sin la voluntad de los intervinientes, no es posible dar paso a un acuerdo preconcursal de excepción, entiéndase además que la voluntariedad no debe limitarse al proceso conciliatorio, deberá extenderse a lo futuro con el fin de que el

⁵² Laura García-Valdecasas, “Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso de acreedores” (monografía, Universidad Pontificia Comillas, 2017), 4, <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/88188/retrieve>

⁵³ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 229, Suplemento, 22 de junio de 2020, art. 27.

⁵⁴ Claudia Tarud, “El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile”, *Opinión Jurídica* 12 n.º 23 (2013): 120, <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a08.pdf>.

acuerdo se cumpla considerando que funge como sentencia ejecutoriada con calidad de cosa juzgada.

De otra parte, es indispensable ponderar que los efectos de un acuerdo preconcursal de excepción, son asimilables a un *contrato transaccional* de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2362 del Código Civil, que, en su tenor literal expresa: “La transacción surte del efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.⁵⁵

En concordancia, el artículo 2348 del mismo Código, conceptualiza a la transacción como un “contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”⁵⁶ en consecuencia, los contratos de transacción o transaccionales “son convenios en virtud de los cuales las partes efectúan “concesiones recíprocas con la finalidad de extinguir derechos litigiosos”⁵⁷ es decir, someten sus diferencias a una negociación con el fin de alcanzar un arreglo que evite una futura controversia legal.

Hay que considerar que, de conformidad con el artículo 32 del Reglamento referido, mientras surta la mediación con fines conciliatorios, se suspenderán los “procedimientos coactivos que se hayan instaurado o se encuentren ejecutando o en trámite”, por tiempo que dure la emergencia sanitaria e inclusive, por 180 días adicionales.

Por tanto, si bien el acuerdo preconcursal de excepción por mandato de la ley se asimila a un contrato de transacción, aquel aporta un aspecto inclusivo (a diferencia de la figura de transacción del Código Civil), esto es, que involucra no sólo a los intervinientes en el acuerdo preconcursal, sino también a los acreedores y demás relacionados, que no discuten directamente el acuerdo, con el fin de hacerlos beneficiarios de la negociación.

En suma a lo antes mencionado, es imperativo puntualizar, las principales limitaciones encontradas, para la obtención de mejores resultados en los procesos de mediación iniciados por ocasión de los procesos concursales, que presenta nuestra actual legislación ya citada, es decir la LOAH, la LCP y muy rápidamente COGEP por no ser analizado en este trabajo, teniendo las siguientes: (i) sobre las formalidades, las mismas, dentro del trámite administrativo que prevé la LCP, a través de la Superintendencia de

⁵⁵ Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 2362.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 2348.

⁵⁷ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19*, 8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

Compañías, Valores y Seguros, vuelve al concurso preventivo en burocrático, lento e inoficioso, a diferencia de lo que establece la normativa de excepción contemplada en la LOAH, cuyos requisitos de procedibilidad para acceder a un acuerdo preconcursal, por vía de la mediación, facilita de laguna manera, que la situación del deudor sea resuelta en el menor tiempo posible y con la presencia de un tercero imparcial llamado mediador; (ii) en cuanto a la efectividad, la LCP exige que las decisiones alcanzadas en el concordato deben tener al menos el voto favorable de los acreedores que representen el 75% y sin este porcentaje, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, dará por terminado el trámite concursal; lo que evidentemente, a diferencia de lo expresado en la LOAH que contempla que basta el 51% de los acreedores para llegar a un acuerdo preconcursal, traba para que el deudor pueda solventar sus deudas por la falta de interés del acreedor; y, (iii) respecto a los efectos del acta de mediación que se alcanza en el acuerdo preconcursal, al ser asimilada el acta de mediación a una sentencia, en temas procesales, sin que la vía judicial sea objeto de análisis en mi investigación, constituye un título de ejecución, que se activa en el momento mismo del incumplimiento del deudor, permitiendo al acreedor, su ejecución sin más trámite y sin que lo acordado sea objeto de revisión por parte del juez competente, lo que claramente difiere del proceso administrativo contemplado en la LCP, el cual otorga al concordato el carácter de título ejecutivo, siendo procesalmente una vía más compleja, larga y que requiere de la emisión de una sentencia previa para llegar a su ejecución.

2. Procedimiento para la suscripción del acta de mediación y su contenido

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la LOAH y considerando los elementos de un acta de mediación que se establecieron de manera general en el numeral 1.3 del primer capítulo de esta investigación, un acta de mediación relativa a un acuerdo preconcursal deberá contener como mínimo:

- a. La identificación clara y precisa del deudor y los acreedores que lo suscriben;
- b. La identificación clara y precisa del resto de acreedores;
- c. *La declaración jurada con el detalle de las obligaciones debidas;*
- d. *El acuerdo preconcursal alcanzado;*
- e. Los medios de verificación de que se ha comunicado a todos los acreedores la invitación a mediación o la intención de suscribir el acuerdo; y,
- f. *El supervisor designado por las partes.*⁵⁸

⁵⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, art. 29.

Los literales a y b corresponden a los generales de ley de los intervinientes (suscriptores del acta) y terceros relacionados (otros acreedores no intervinientes), nombres y apellidos completos, número de identificación, información relativa al domicilio y contacto, entre otros aspectos.

El literal c, corresponde al detalle pormenorizado realizado por el o los deudores preconcursales que, según la LOAH, deberán especificar bajo la solemnidad de juramento, el detalle de todas las obligaciones que se pretenden negociar en el acuerdo preconcursal excepcional. Es importante reconocer que el legislador al imponer al deudor la solemnidad de declaración juramentada, obliga a éste a actuar con transparencia, de buena fe, entendiéndose que la información carente de veracidad, acarreará al deudor consecuencias de índole civil y penal.

El literal d, se refiere al acuerdo preconcursal alcanzado, es decir, el resultado de la negociación alcanzado por las partes. No olvidemos que este tipo de acuerdos han viabilizado una alternativa para que:

los deudores [puedan] suscribir con sus acreedores acuerdos preconcursales de carácter excepcional, mediante los cuales se puedan establecer condiciones, plazos y la reducción, capitalización o reestructuración de las obligaciones pendientes de cualquier naturaleza. En definitiva, los acuerdos preconcursales son instrumentos versátiles de reestructuración de pasivos.⁵⁹

El literal e, hace referencia a los medios de verificación respecto de la comunicación realizada por el deudor a *todos* sus acreedores con el propósito de invitarlos a negociar y plasmar dicha negociación, en un acuerdo preconcursal. En este aspecto, se hace necesario enfatizar en la importancia del principio de transparencia, que en procesos derivados de MASC, resulta de vital importancia como un mecanismo garante del accionar del deudor.

Nótese que, con las restricciones de contacto personal (como medidas preventivas para evitar la propagación de la COVID-19), se impulsaron medios telemáticos y electrónicos para desarrollar mediaciones. La emergencia sanitaria promovió el uso de las TIC's (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones), transformando de manera radical, el tradicional acceso a una mediación, que en circunstancias regulares, se

⁵⁹ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *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*, 4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

hubiese desarrollado de manera presencial. Cabe destacar que el uso de medios telemáticos ha posibilitado que tengan lugar procesos virtuales de mediación, con lo cual, se esperaría que la participación de las partes sea mayor.

Hay que enfatizar que los acuerdos preconcursales de excepción tramitados a través de una mediación, corresponden a información confidencial que, de conformidad con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública, es “aquella información pública personal, que no está sujeta al principio de publicidad y comprende aquella derivada de sus derechos personalísimos y fundamentales”.⁶⁰

En concordancia, la LAyM en su artículo 50 establece:

Art. 50.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

De lo citado en párrafo precedente se puede deducir que, respecto al carácter confidencial del MASC en estudio, éste es exigible a los que participen de la mediación, en este aspecto es necesario considerar que el artículo 49 de la ley precitada inclusive inhabilita al mediador para lo futuro siempre que el objeto en controversia tenga relación con el conflicto materia de la mediación. De otra parte, se le confiere la potestad voluntaria a los participantes para renunciar a la confidencialidad de la mediación. Otro aspecto importante es la no incidencia de los acuerdos alcanzados por las partes en los procesos arbitrales o judiciales subsecuentes.

En el literal f, la LOAH hace referencia a la figura de supervisor, tercero designado por las partes o en su defecto (por falta de acuerdo), “por el mediador designado por el Centro de Mediación”,⁶¹ es decir, supervisor asignado o mediador interviniente en la audiencia de mediación, quienes tiene la misión de

...notificar con el contenido del acta a las instituciones públicas, financieras y no financieras, a los acreedores disidentes, a los no concurrentes y a las partes relacionadas. La notificación se la realizará en las direcciones electrónicas o domicilio de las partes que constan en el expediente del proceso de mediación.⁶²

⁶⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la información pública*, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004, art. 6, primer párrafo.

⁶¹ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, art. 28, numeral 6.

⁶² *Ibíd.*, art. 29, párrafo segundo.

De otra parte, el procedimiento a considerar para la suscripción de un acta de mediación resultante de un acuerdo preconcursal excepcional, es símil al considerado en una mediación tradicional.

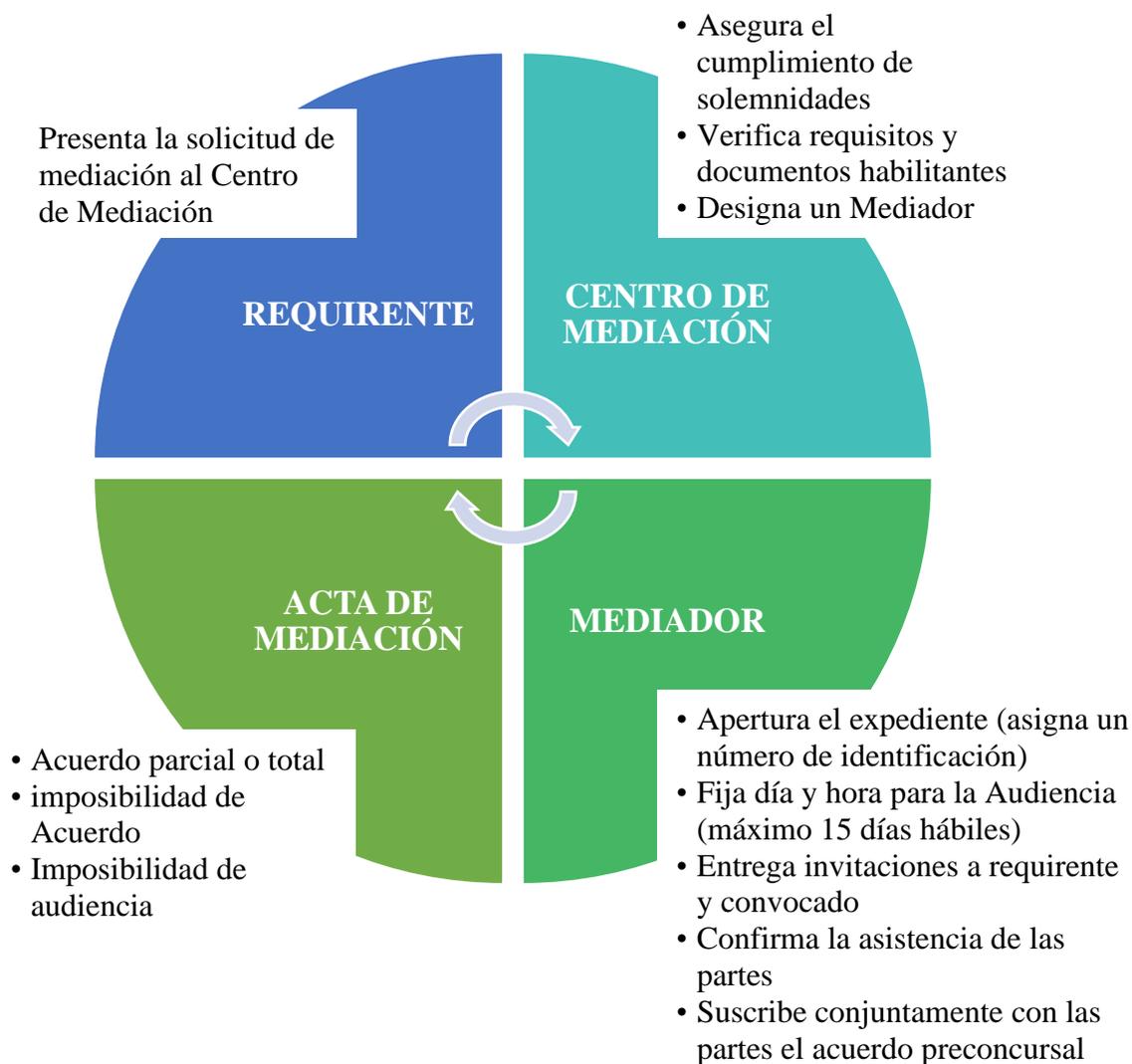


Figura 4. La mediación dentro del contexto del acuerdo preconcursal
Fuente: Propia

Cabe destacar que de conformidad con el artículo 29 del Reglamento General de la LOAH, los efectos del acuerdo preconcursal excepcional serán *vinculantes* tanto para los acreedores intervinientes en la mediación como para los “disidentes, para los no concurrentes y para las partes relacionadas” excluyéndose de este grupo a “las instituciones del sistema financiero o bajo control de la Superintendencia de Bancos y

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria que tengan su giro exclusivo en el depósito de dinero de cuenta habientes en el territorio nacional”.⁶³

Al respecto, es importante considerar los problemas que se presentan en el proceso de mediación de acuerdos preconcursales. En primera instancia está el desconocimiento de la figura preconcursal y el objetivo de ésta (evitar un proceso concursal que en el peor de los casos, derive en la insolvencia de la empresa). De otra parte, la LOAH ha establecido que si bien el acuerdo preconcursal no exige la participación de todos los acreedores, el resultado de la mediación con los acreedores participantes será vinculante para todos los acreedores que tenga el deudor. Sin embargo, podemos desconocer que la condición antedicha (la no participación de todos los acreedores) podría considerarse atentatoria al derecho que tienen los no participantes a considerar el procedimiento concursal con el objetivo de evitar dilaciones al cumplimiento de las obligaciones pendientes por parte del deudor. En sintonía, el elemento indispensable de la mediación (la voluntad de las partes) no se configuraría en su totalidad en razón de que en el proceso preconcursal de excepción no se considera indispensable la voluntad y aceptación de los acreedores no participantes más sí se les exige someterse al resultado de la mediación. En este aspecto, ello podría derivar en acciones de impugnación respecto de la validez del acuerdo por parte de los acreedores no participantes, que podrían alegar la falta de voluntad de éstos; sin embargo, es propio de la naturaleza jurídica de todos los concordatos, que es la finalidad última de todo proceso concursal, la convocatoria a todos los acreedores y aquel que no participa, queda sometido a la decisión colocada en el acuerdo.

La Tabla 1 *Resumen relativo a acuerdos preconcursales de excepción alcanzados en una mediación*, hace un compendio del resultado de un trabajo de campo que se consideró con el fin de evidenciar el impacto de la LOAH y su Reglamento, y la aplicación de referida normativa en la figura de acuerdo preconcursal excepcional, dentro del contexto tradicional de una mediación (mediante la aplicación de un cuestionario de 7 preguntas relacionadas con el presente trabajo investigativo, dirigido a centros de mediación de considerable importancia en la ciudad de Quito, provincia de Pichincha).

Respecto al número total de solicitudes de mediación recibidas (5.552) por dichos centros entre junio de 2020 y junio 2022, 636 tuvieron específica relación con solicitudes

⁶³ Ecuador, *Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, art. 29, párrafo primero.

relacionadas con la figura de acuerdo preconcursal. De dicho número, 3 procesos de mediación culminaron con la suscripción de un acta de imposibilidad de acuerdo. El tiempo promedio considerado para llevar a cabo la mediación, fue de 1 mes, aunque, dependiendo del conflicto sometido, el tiempo fue menor (para los casos de imposibilidad de acuerdo) o mayor (cuando la negociación resultara de un asunto complejo).

Considerando las restricciones propias de la emergencia sanitaria, en varios de los centros se consideró el uso de las TIC's con el fin de evitar la propagación de la COVID-19, sin embargo, conforme la pandemia fue controlada con las medidas sanitarias consideradas por el Gobierno (vacunación masiva gratuita), se admitió el desarrollo de mediaciones presenciales.

De otra parte, la mayoría de los consultados, consideraron pertinente y necesario, el desarrollo de normativa que tenga relación con la figura del acuerdo preconcursal excepcional y que ésta pueda aplicarse en lo futuro para casos asimilables a la pandemia, considerando que los principales requirentes de la figura, fueron entidades financieras, personas jurídicas relacionadas con la industria y otros usuarios donde inclusive se encuentran personas naturales.

Finalmente, el principal impedimento que los centros de mediación encontraron en las mediaciones relacionadas con acuerdos preconcursales de excepción, fue la ausencia de voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo. Sobre este aspecto, es menester considerar que, otra de las razones que imposibilitó alcanzar un acuerdo extrajudicial, es el desconocimiento de la población usuaria respecto de los MASC y específicamente de la mediación y de la figura de acuerdos preconcursales excepcionales.

Aunque el trabajo de campo representa un muestreo de la problemática asentada a una realidad coyuntural que, entiéndase, no puede considerarse una estadística integral; vale la pena destacar que la mediación en asuntos de considerable complejidad como alcanzar un acuerdo preconcursal, sí contribuye con la descongestión judicial y representa a futuro, un medio expedito solución de conflictos.

Tabla 1.
Resumen relativo a acuerdos preconcursales de excepción alcanzados en una mediación

<i>Centro de Mediación</i>	Pregunta 1 ⁶⁴	Pregunta 2 ⁶⁵	Pregunta 3 ⁶⁶	Pregunta 4 ⁶⁷	Pregunta 5 ⁶⁸	Pregunta 6 ⁶⁹	Pregunta 7 ⁷⁰
Colegio de Abogados de Pichincha	3160	627	1 semana /1 mes	N/A	Sí es necesario	Instituciones Financieras (Banco Pichincha)	Falta de voluntad de las partes
Cámara de la Industria de la Construcción	200	6	3 reuniones, un mes	N/A	Sí es necesario	Usuarios relacionados con el campo de la contratación pública y privada	Poca normativa jurídica existente
Cámara de Comercio de Quito	2034	1	Indeterminado	Mediación express	Si es necesario	Deudores de cualquier índole	Falta de voluntad de las partes
Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana AMCHAM	158	2	1 mes	Mediación virtual/notificaciones telemáticas	No es necesario	Personas naturales, personas jurídicas, inquilinos	Desconocimiento de la figura de mediación
	5.552	636					

Fuente: Propia

⁶⁴ ¿Cuántas solicitudes de mediación ha recibido entre junio de 2020 y junio de 2022?

⁶⁵ ¿Cuántas solicitudes de mediación, han alcanzado la resolución del conflicto, esto es, la reestructuración de la deuda y con ello la suscripción de un acuerdo preconcursal?

⁶⁶ En promedio, ¿cuánto tiempo implica la resolución del conflicto derivado de una obligación vencida, cuando se ha considerado la mediación como mecanismo de solución alternativa?

⁶⁷ ¿Qué medios ha implementado para llevar a cabo una mediación de reestructuración de deudas dentro del espectro del concurso preventivo excepcional?

⁶⁸ Desde su punto de vista, ¿cree que es necesaria la regulación normativa de la figura de mediación para alcanzar acuerdos preconcursales que reestructuren el pago de una obligación vencida resultante de una deuda?

⁶⁹ ¿Qué tipo de acreedores han aprovechado este método alternativo de resolución de conflictos dentro del marco de un concurso preventivo excepcional?

⁷⁰ ¿Qué limitaciones ha detectado respecto del uso de la mediación como un medio alternativo de conflictos en el marco de un concurso preventivo excepcional?

3. Falta de acuerdo preconcursal y el acta de imposibilidad de mediación

Si las partes intervinientes en una mediación relativa a un acuerdo preconcursal excepcional no logran materializar una solución, el mediador tiene la obligación de contemplar la imposibilidad de alcanzar una solución. Formalmente, la falta de voluntad conciliadora, se reflejará en una acta de imposibilidad de acuerdo que deberá contener: i) Encabezado; ii) Lugar y fecha; iii) Generales de ley de los intervinientes; iv) Antecedentes del proceso; v) Cláusula de imposibilidad de acuerdo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la LAyM, deberá resumir los motivos por los que las partes no alcanzaron una solución y como consecuencia de ello, se dio paso al acta de imposibilidad; vi) De ser aplicable, deberá considerarse la cláusula relativa a costos por los servicios de mediación; y, vii) La suscripción del acta de imposibilidad de acuerdo por parte del mediador y los intervinientes.

La falta de acuerdo derivará en la potestad que tiene el acreedor para recurrir a la instancia judicial que para este caso será la solicitud excepcional de concurso preventivo. No obstante, para efectos de este trabajo, me voy a referir únicamente al ámbito administrativo establecido en la LCP y en lo contemplado en la LOAH. El artículo 30 de la LOAH hace referencia al “procedimiento excepcional del concurso preventivo”, para lo cual, el requisito de procedibilidad es que las partes hayan agotado la instancia extrajudicial al intentar alcanzar un acuerdo preconcursal. La solicitud judicial excepcional de acuerdo preventivo, deberá acompañar el acta de imposibilidad de acuerdo a través de mediación además de una “*declaración bajo juramento ante notario público*” mediante la cual el deudor pondrá de manifiesto su imposibilidad de “cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”, o que, “razonablemente prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente con sus obligaciones”.⁷¹ Se puede considerar como novedoso el procedimiento que la LOAH le dio al concurso preventivo excepcional pues en lugar de acogerse al procedimiento dispuesto en la LCP, donde la autoridad juzgadora es la Superintendencia de Compañías y Seguros (entidad administrativa), considera darle a la figura un giro de orden jurisdiccional y somete al procedimiento al juez ordinario, sin que ello implique que, quede sin efecto las disposiciones aplicables de la LCP. Si bien, coexisten las dos alternativas, cada una establece ciertas condiciones y parámetros propios que, para el caso que nos ocupa, vislumbró ciertas ventajas del procedimiento

⁷¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, art. 30.

tradicional (la autoridad concursal es administrativa por lo cual, el procedimiento es más célere, no se condiciona al recurrente al cumplimiento de un requisito de procedibilidad ni de formalidades como la declaración juramentada), sin desconocer desventajas como el porcentaje exigido para considerar esta alternativa.

En consecuencia, en un proceso concursal regular (es decir, en sometimiento de la LCP) la autoridad competente para conocer y resolver el proceso será la Superintendencia de Compañías y Seguros mientras que, en el proceso concursal de excepción establecido por la LOAH el competente será el juez ordinario que deberá analizar y de ser el caso, admitir la solicitud de concurso preventivo excepcional (valga la pena aclarar no exigirá el cumplimiento de los requisitos de la LCP).

En lo pertinente al procedimiento instaurado por la LOAH, se entiende que el juez deberá analizar la solicitud presentada para, de cumplir con los parámetros de admisibilidad, dar paso al proceso judicial. Al respecto la LOAH establece en su artículo 30:

...si la o el juzgador, encuentra que reúne los requisitos de ley y fundados los motivos aducidos, dispondrá, mediante providencia y por un plazo de hasta ciento veinte (120) días, la suspensión de todo proceso en contra del deudor y la prohibición de inicio de cualquier acción administrativa, judicial, arbitral y coactiva en contra del deudor, mandará a citar a las o los acreedores, y los convocará a junta que se realizará no antes de cinco días ni después de quince de la fecha de la convocatoria.⁷²

Es decir, el juez no sólo deberá contemplar los requisitos formales legales sino también analizará los fundamentos de hecho expuestos por el solicitante. A pesar de ello, en este procedimiento excepcional temporal, la LOAH no contempló como una obligación atribuible al deudor, demostrar la viabilidad de su operación y en particular, de su negocio. Se puede entender que, si el legislador no consideró atar a los deudores a un modelo concursal tradicional, fue por la ponderación de la fáctica que tiene como entorno un asunto que podría considerarse como fuerza mayor, exógeno al deudor y de difícil control. Al respecto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal manifestó que “una noción tan compleja como la de viabilidad, debería ser dejada de lado en las actuales circunstancias, por su difícil determinación al caso concreto”.⁷³

⁷² *Ibíd.*, art. 30.

⁷³ Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Jesús María Sanguino Sánchez, “Colaboraciones y Recomendaciones para un derecho global de crisis”, *Estudios de Derecho Empresario* 21 (2020): 15, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/29497>.

Admitida la solicitud, el juez dentro de sus facultades, deberá calificarla (siguiendo un procedimiento similar a la calificación de una demanda) y con ello procederá a disponer la suspensión de todos los procesos que se persigan contra el deudor y que deberán guardar coherencia con la información plasmada en la declaración juramentada con lo cual se impide la imposición de nuevas acciones (administrativas, arbitrales o judiciales) en contra del deudor, ello permanecerá mientras dura el procedimiento concursal.

Es menester considerar que, dentro de este tipo de procedimientos concursales, el elemento más destacado es la protección de carácter temporal que se le otorga al deudor, mientras el procedimiento concursal de excepción se desarrolla, con el fin de facilitar el ambiente negociador en aras de impedir un desenlace de cierre operacional. En ese sentido el artículo 30 de la LOAH, establece que:

si la o el juzgador, encuentra que [la solicitud] reúne los requisitos de ley y fundados los motivos aducidos, dispondrá, mediante providencia y por un plazo de hasta ciento veinte (120) días, la suspensión de todo proceso en contra del deudor y la prohibición de inicio de cualquier acción administrativa, judicial, arbitral y coactiva en contra del deudor, mandará a citar a las o los acreedores, y los convocará a junta que se realizará no antes de cinco días ni después de quince de la fecha de la convocatoria.

Es así como la LOAH dispone la protección del deudor siempre que la solicitud del proceso concursal sea admitida a trámite. Para ello, la autoridad judicial dispondrá la suspensión de los procesos seguidos en contra del deudor sin que incida en su orden, el estado procesal de los mismos. Cabe resaltar que deberán considerarse los procesos que estén ventilándose en vía judicial, administrativa o arbitral. De igual manera, se suspenderán temporalmente todas las medidas cautelares, acciones de ejecución. Del mismo modo, se paralizarían temporalmente todas las medidas cautelares y acciones de ejecución ordenadas contra el deudor. En este aspecto, vale la pena considerar el vacío normativo de la LOAH respecto a la no determinación de medidas de protección atribuibles a los acreedores que están supeditados a la resolución del proceso concursal excepcional.

De otra parte, también la LOAH establece la prohibición para los acreedores de considerar nuevos procesos patrimoniales en contra del deudor.⁷⁴

⁷⁴ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, *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*, 19-20, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739.

Con la admisión de la solicitud, deberá disponerse la citación de todos los acreedores (independiente de que todos sean partícipes del procedimiento) que constan en la declaración juramentada, para que se lleve a cabo la junta “que se realizará no antes de cinco días ni después de quince de la fecha de la convocatoria”⁷⁵, es decir, en el menor tiempo posible. Si bien, la norma no hace específica si en la misma providencia se fijará día y hora para que se lleve a cabo la junta de acreedores, a mi criterio, considero que, por celeridad procesal, podría considerarse la fijación de la diligencia en la misma providencia de calificación.

Notificados los acreedores, en el día y hora fijados sin que se admita ninguna excepción, deberá instalarse la junta de acreedores con el fin de llevar a cabo el proceso concursal excepcional con base en lo dispuesto en el artículo 427 del COGEP, para lo cual, tanto el deudor como los acreedores deberán negociar el respectivo concordato y así fijar las nuevas condiciones de financiamiento, plazos de cumplimiento u otras consideraciones que coadyuven la solución, que el deudor deberá considerar para el saneamiento de sus deudas. En caso de que los acreedores no estuvieren conformes con el acuerdo concordatorio, someterán su inconformidad al juez. Si las razones expuestas por los acreedores no tienen sustento legal admisible, será el juez quien impondrá las condiciones del concordato, es decir, el juez tendrá la última palabra y decisión con el fin de alcanzar un arreglo para las partes.

En este punto considero importante destacar como un aspecto positivo, la intervención del juez como un tercero dirimente, siempre que lo alegado por los acreedores no tenga sustento legal admisible, es decir, no esté en sintonía con la ley y la fática aplicable al deudor. Es indispensable considerar que a nadie se le puede obligar a lo imposible, esto implica que si bien el concordato no puede ser la solución ideal para los acreedores, el juez ponderará sobre los intereses del acreedor, la realidad del proveedor y su intención de subsanar la deuda.

⁷⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, art. 30, último inciso.

Conclusiones

Del análisis y desarrollo del trabajo de investigación que antecede, se puede concluir lo siguiente:

- La LOAH a través de su artículo 27, permitió el acceso a acuerdos preconcursales de excepción, instituyendo como instrumento de acceso la mediación, con el fin de aliviar el impacto financiero negativo derivado de la COVID-19, brindándoles a los deudores la posibilidad de reestructurar sus deudas sin tener que considerar la insolvencia o cierre de sus establecimientos como única alternativa.
- Se hace necesario considerar la mediación como un MASC aplicable en primera instancia, en acuerdos preconcursales. Si bien, a través de la mediación, se pueden alcanzar acuerdos tendientes a renegociar deudas (tal como ha quedado evidenciado en el trabajo de campo que se anexa a esta investigación académica), no se puede desconocer que, si la intención es evitar la insolvencia y todo el camino legal que ésta involucra, será también importante que los medios que viabilicen los acuerdos preconcursales, estén amparados en una normativa estructurada, específica y robusta respecto a su ejecución, que no induzca a error y facilite el proceso.
- De otra parte es importante reconocer que, del trabajo de campo ejecutado y específicamente de la fuente que apoyó a una entidad financiera, se pudo evidenciar que, para deudas relacionadas con obligaciones financiero-bancarias, la mediación resultó un medio expedito para alcanzar acuerdos favorables a las partes, pues de dichos acuerdos se desprende la intención de cumplimiento por parte de los deudores y, de otra parte, el ánimo del acreedor para evitar a sus deudores, un desenlace que involucre procesos judiciales. Si bien, a través de la mediación se puede alcanzar la solución a un conflicto y para el caso concreto, un acuerdo de pago de obligaciones, es necesario que la figura relativa a acuerdos preconcursales se aclare y desarrolle con el fin de darle mayor énfasis a aspectos

específicos como el ánimo de evitar la quiebra o la insolvencia, atribuible a un deudor.

- Considerando que la voluntad representa el pilar fundamental en la mediación, ésta deberá acompañarse de buena fe y la intención de alcanzar un acuerdo o al menos, participar de la negociación sin tomar represalias anticipadas contra el deudor. Ahora bien, si bien la mediación conlleva la voluntariedad, el proceso concursal, que culmina con un concordato, tiene la particularidad de obligar a los acreedores no participantes e incluso a los acreedores asistentes que son minoría, en el acuerdo alcanzado, a cumplir con el mismo, lo que no ocurre en la naturaleza misma de la mediación, punto que no fue analizado en este trabajo, pero que es importante dejarlo expresado. >No obstante, se hace inminente profundizar en la posibilidad de considerar alternativas que impidan la ejecución de garantías mientras la negociación esté en curso; en este aspecto, la normativa no busca permitir al deudor evadir la ejecución de garantías, sino ayudarlo en el cumplimiento de sus obligaciones, tal es el caso del requisito de presentación de la declaración juramentada y sus efectos en caso de perjurio, lo que sirve para garantizar a los acreedores de que el deudor no está abusando de esta herramienta jurídica que es el acuerdo preconcursal. Por tanto, si es pertinente explorar la implementación de pactos de no agresión de naturaleza temporal, o moratorias de ejecución, mientras las partes participan de la mediación.
- El reto de quienes tienen el poder de institucionalizar nuevas alternativas de solución de conflictos, será la positivización de estas realidades, guardando coherencia con la dinámica de las instituciones, la casuística y las coyunturas inesperadas (pandemias, desastres naturales, conflictos bélicos, entre otros) que generan espacios transformadores. Siendo la ley el mecanismo regulador de la convivencia social en pro del bien común, el Derecho no puede aislarse de referida transformación y deberá propender en su desenvolvimiento, la rapidez y practicidad que las nuevas tendencias requieren en aras de alcanzar una participación estratégica.

Bibliografía

Fuentes Doctrinarias

- Agnelli, Faggioli Alizia y Matos, De Nouel Ibely Ana. “Formalidades necesarias del acta de mediación como instrumento de la cultura de paz, aplicando lógica del razonamiento deductivo”. *Revista CES Derecho*, 11, nº 1 (2020): 105-116. doi: <http://dx.doi.org/10.21615/>.
- Aguilar, Jesús y González, María del Mar. *¿Qué es la mediación?*. Madrid: Editorial Tébar Flores, 2018. Edición para eLibro.
- Aguirrezabal, Grünstein Maite. “Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceo de familia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (Julio 2013). 295-308. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000100017>.
- Andrade Correa, Esther Daniela. “Proceso de Mediación y Ejecución del Acta de Mediación”. Tesis pregrado, Universidad central del Ecuador, 2018. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/17523/1/T-UCE-0013-JUR-142.pdf>.
- Baravalle, Roberto. *Los Acuerdos Pre-concursales*. Rosario: Editorial ZEUS, 1985.
- Barona, Vilar Silvia. *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España: tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2013.
- Carulla, Benítez Pedro. “La Mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales”. *Derecho.com*. 1 de abril de 2001.
- Ciurana, Baldomero Andrés. “La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España. (A propósito de la propuesta de Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)”. *Actualidad jurídica*, (2005): 60-69. <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1470/documento/art4.pdf?id=2067&forceDownload=true>.
- Coello, Enrique. *Sistema Procesal Civil*. 2 vols., Quito: Universidad T. Particular de Loja 2006.
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos, GE/REMJA/doc.77/01, 2001.

- Cordero Naranjo, Pablo Humberto. “El análisis de admisibilidad del juzgador y la exigencia de requisitos adicionales no previstos en la ley para el reconocimiento del acta de mediación como título de ejecución e inicio del procedimiento de ejecución”. Tesis de maestría, Universidad Internacional SEK, 2019. <https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/3548/1/2019%2009%2009L%20CORDERO%20NARANJO%20Pablo%20Humberto%20Acta%20Mediacion%20Ejecucion%20Aprobada%20ZAMBRANO%20ALBUJA%20Pablo.pdf>.
- Cornejo, José. *Teoría general de los recursos y remedios procesales en el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016.
- Chenás Martínez, Miguel Angel. “Problemas para la ejecución del acta de mediación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8514/1/T3712-MDP-Chenas-Problemas.pdf>
- De Armas, Hernández Manuel. “La mediación en la resolución de conflictos”. *Educación*, n.º 32 (2003): <https://raco.cat/index.php/Educacion/article/view/20783>.
- De Santo, Víctor. *Nulidades procesales (Segunda Edición)*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001.
- Domínguez Pérez, D., y García Gallardo R. *Aprobación de la Directiva sobre mediación*. Unión Europea: Derecho de los Negocios, No. 213, 2008.
- Espino, Ledesma Bertha del Rosario. “Los modelos de mediación”. *Revista electrónica trimestral de la Facultad de Derecho de la Universidad De La Salle Bajío*, n.º 17 (2013). https://bajio.delasalle.edu.mx/delasalle/contenidos/revistas/derecho2013/numero_17/m_losmodelos.php
- Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*. México D.F.: Editorial Limusa, 1992.
- García, Falconí José. “La Jurisdicción y el Proceso”, *DerechoEcuador.com*, 13 de junio de 2012.
- García-Valdecasas García Laura. “Los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso de acreedores”. Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2017. <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/88188/retrieve>

- Gómez, Luis. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*. Madrid: Editorial Reus, 2016. Edición para eLibro.
- Gozaíni, Osvaldo. *Garantías, principios y reglas del proceso civil*. Buenos Aires: Eudeba, 2016. Edición para eLibro.
- Guamán Parra, Nathaly Michelle. “Posible vulneración de derechos constitucionales en la fase de admisibilidad de pruebas en juicios de única instancia”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2022. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8790?mode=full>
- Haynes, John. *Fundamentos de la Mediación Familiar: Manual práctico para mediadores*. Madrid: Gaia, 1995.
- Herrera, Carbuccia Manuel Ramón. “La Sentencia”. *Gaceta Laboral [online]* 14, n.º 1, (2008): 133-156. <https://produccioncientificaluz.org/index.php/gaceta/article/view/3627>
- Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Jesús María Sanguino Sánchez. “Colaboraciones y Recomendaciones para un derecho global de crisis”. ISSN 2346-9404, (2020): 15. <https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/eventos/webinar-22jul2020/DOCUMENTOS-WEBINAR-22-JULIO-2020-IIDC.pdf>
- Jijón, Letort Rodrigo. *Apuntes sobre la oralidad en el proceso civil ecuatoriano*. Quito: Corporación Latoniamericana para el Desarrollo, 2000.
- Larrea, Holguín Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Vol. 3, Contratos II: El Arrendamiento, la Sociedad, el Mandato, el Comodato o Préstamo de Uso, el Mutuo o Préstamo de Consumo, el Depósito y el Secuestro, la Fianza, la Prenda, la Hipoteca, la Anticresis, la Transacción, los Contratos Aleatorios*. 3 vols. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.
- Moreno, Francisco. “Las funciones del Derecho concursal: tendencias actuales en el Derecho comparado”. *Inciso* 23, n.º 1 (2021): 1-14. <https://doi.org/10.18634/incj.23v.1i.1124>.
- Ortega, Rolando. *Mecanismos alternativos de solución de conflictos por medios electrónicos*. Barcelona: Editorial J.M. Bosh Editor, 2019. Edición para eLibro.
- Ortiz M., Esteban y Noboa V. Paúl, “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”. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3773739

- Ovalle, José. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1981.
- Rivas, Adolfo. “Aportes para una Teoría de la Impugnación”. *Revista ICDP* 9, n.º 9, (1990): 191-209. <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/search/titles?searchPage=2>.
- Suares, Marines. *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*: Buenos Aires: Paidós Mediación, 1996.
- Tarud, Claudia. “El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile”. *Opinión Jurídica* 12 n.º 23 (2013): 115-132. <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n23/v12n23a08.pdf>
- Ulas, Gabriela. “Procedimientos concursales. Las soluciones del Derecho concursal español”. Accedido 24 de abril. <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Procedimientos%20preconcursoales%20Las%20soluciones%20del%20Derecho%20Concursal%20espa%C3%B1ol.pdf>.
- Unión Europea Parlamento y Consejo. *Directiva 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva, condonación de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procesos de reestructuración, insolvencia y condonación de deudas*. Documento 32019L1023. 20 de junio de 2019.

Fuentes Jurídicas

- Colombia. *Ley 2220 de 2022*. Diario Oficial 52.081, 30 de junio de 2022.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial 417, 14 de diciembre de 2006.
- . *Ley de Concurso Preventivo*, Registro Oficial 422, Suplemento, 21 de diciembre de 2006.
- . *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*, Registro Oficial 229, 22 de junio de 2020.

Ecuador. *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*, Registro Oficial 337, Suplemento, 18 de mayo de 2004.

Ecuador. *Reglamento General de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID 19*, Registro Oficial 303, Suplemento, 5 de octubre de 2020.

Fuentes Jurisprudenciales

Ecuador Corte Constitucional. “Sentencia N° 031-16-SEP-CC”. *Caso No. 0937-11-EP*, 3 de febrero de 2016.

Anexos

Anexo 1: Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha



CENTRO DE MEDIACIÓN
COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

El Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha, registrado en el Consejo Nacional de la Judicatura con el No. 35.

RESOLUCIÓN DEL CUESTIONARIO:

1.- Cuántas solicitudes de mediación ha recibido entre junio de 2020 y junio de 2022?

La cantidad de solicitudes recibidas desde junio de 2020 hasta junio de 2022 son aproximadamente 3160 solicitudes.

2.- ¿Cuántas solicitudes de mediación, han alcanzado la resolución del conflicto, esto es, la reestructuración de la deuda y con ello la suscripción de un acuerdo pre concursal?

Las solicitudes que se han llegado a una resolución ya sea mediante acta de mediación son 627 en el periodo de junio 2020 hasta junio 2022.

3.- ¿En promedio, cuanto tiempo implica la resolución del conflicto derivado de una obligación vencida, cuando se ha considerado la mediación como mecanismo de solución alternativa?

Aproximadamente la duración del proceso es de una semana a un mes, depende de la apertura y colaboración de las partes, pero la gran mayoría llega a un acuerdo.

4.- Qué medios ha implementado para llevar a cabo una mediación de reestructuración de deudas dentro del espectro del concurso preventivo excepcional?

Con el objeto establecer medidas de apoyo humanitario, necesarias para enfrentar las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que permitan fomentar la reactivación económica y productiva del país la mediación es el mecanismo que permite un ahorro procesal y económico para todas las partes implicadas.

El Centro de Mediación como institución realiza:

- Previo a la admisión a trámite de la solicitud de mediación preconcursal, verificar el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud
- Convocar a los acreedores en debida forma
- Velar por la validez del acuerdo
- Hacer cumplir las normas relativas al tratamiento de créditos con instituciones públicas, financieras y no financieras, quienes están legalmente obligadas a sujetarse y cumplir con lo resuelto en los acuerdos preconcursales
- Hacer cumplir las normas en relación con la suspensión de los procesos coactivos durante todo el proceso de mediación iniciado a fin de alcanzar un acuerdo preconcursal, entre otros.



CENTRO DE MEDIACIÓN
COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

5.- ¿Desde su punto de vista, cree que es necesaria la regulación normativa de la figura de mediación para alcanzar acuerdos preconcursales que reestructuren el pago de una obligación vencida resultante de una deuda?

Es importante que la mediación sea un método de resolución de conflictos en el pago de una obligación vencida, porque permite que se llegue a un acuerdo de pago, tomando en cuenta la crisis económica ha tenido unos efectos perversos principalmente es las clases medias y bajas de la sociedad, las cifras de desempleo, falta de consumo y de crédito, la concesión de préstamos de manera irresponsable por parte de las entidades financieras ha supuesto un sobreendeudamiento de los usuarios y una situación de insolvencia permanente.

6.- Qué tipo de acreedores han aprovechado este método alternativo de resolución de conflictos dentro del marco de un concurso preventivo excepcional?

El “Concordato Preventivo Excepcional” consistente en la celebración de un acuerdo preconcursal discutido en mediación entre el deudor y sus acreedores, tendiente a establecer condiciones, plazos y la reducción, capitalización o reestructuración de las obligaciones pendientes. Esta figura ha sido aprovechada por muchas instituciones financieras. En nuestro centro la institución financiera del Banco del Pichincha es quien realiza este tipo de mediaciones de manera recurrente.

7.- Qué limitaciones ha detectado respecto del uso de la mediación como un medio alternativo de conflictos en el marco de un concurso preventivo excepcional?

La limitante más importante es la falta de la voluntad de las partes, debido a que la mediación al ser voluntaria es el factor más importante la voluntad de llegar a un acuerdo para resolver el conflicto.

NOTA:

Mediaciones totales realizadas en el Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha son 2587 en el periodo de junio 2020 hasta junio 2022.



ALEX FERNANDO
CANELOS VELASCO

ALEX CANELOS VELASCO
DIRECTOR CENTRO DE MEDIACION C.A.P

Anexo 2: Centro de Medición de la Cámara de la Industria de la Construcción



CUESTIONARIO

1.- Cuántas solicitudes de mediación ha recibido entre junio de 2020 y junio de 2022?

200 SOLICITUDES

2.- Cuántas solicitudes de mediación, han alcanzado la resolución del conflicto, esto es, la reestructuración de la deuda y con ello la suscripción de un acuerdo preconcursal?

6 SOLICITUDES INGRESADAS

3.- En promedio, cuanto tiempo implica la resolución del conflicto derivado de una obligación vencida, cuando se ha considerado la mediación como mecanismo de solución alternativa?

3 REUNIONES MÁXIMO, EL PROMEDIO DE TIEMPO INVERTIDO 1 MES

4.- Qué medios ha implementado para llevar a cabo una mediación de reestructuración de deudas dentro del espectro del concurso preventivo excepcional?

PARA MEDIAR Y PROCEDER A REESTRUCTURAR UNA DEUDA ES NECESARIO QUE ESTE ACUERDO SE ENCUENTRE ENMARCADO EN LOS PARÁMETROS LEGALES, ES DECIR QUE NO SEAN INCONSTITUCIONALES Y QUE SOBRE TODO ESTE ACUERDO ALCANZADO ESTE VINCULADO A LA SITUACIÓN ECONÓMICA DEL DEUDOR, ESTO FACILITARÁ EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO PLASMADO EN UNA ACTA DE MEDIACIÓN.

5.- Desde su punto de vista, cree que es necesaria la regulación normativa de la figura de mediación para alcanzar acuerdos preconcursales que reestructuren el pago de una obligación vencida resultante de una deuda?

LA MEDIACIÓN ES EL CAMINO MAS VIABLE SIEMPRE Y CUANDO EXISTA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN SOLUCIONAR SUS CONFLICTOS, POR LO TANTO ES NECESARIO QUE EXISTA UNA NORMATIVA QUE OBLIGUE A LAS PARTES A PASAR POR UNA MEDIACIÓN ANTES DE INSTAURAR ALGÚN TIPO DE JUICIO, INDEPENDIEMENTE DE SI EXISTE O NO CONTRATO ESCRITO.

6.- Qué tipo de acreedores han aprovechado este método alternativo de resolución de conflictos dentro del marco de un concurso preventivo excepcional?

ESTE CENTRO ES ESPECIALIZADO, TRATA EXCLUSIVAMENTE PROBLEMAS SUSCITADOS DENTRO DEL CAMPO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

7.- Qué limitaciones ha detectado respecto del uso de la mediación como un medio alternativo de conflictos en el marco de un concurso preventivo excepcional?

PRECISAMENTE LA POCA NORMATIVA JURÍDICA EXISTENTE, SITUACIÓN QUE HA LIMITADO EL ACTUAR DE LOS CENTROS Y DEL MEDIADOR ESPECIALMENTE.


Dra. Jenny Patricia Veitch
DIRECTORA - CENAMAGO



Anexo 3: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito



CÁMARA
DE COMERCIO
DE QUITO



ARBITRAJE
Y MEDIACIÓN
cca

CUESTIONARIO

1.- Cuántas solicitudes de mediación ha recibido entre junio de 2020 y junio de 2022?
En el período mencionado hemos tenido 2034 solicitudes de mediación.

2.- Cuántas solicitudes de mediación, han alcanzado la resolución del conflicto, esto es, la reestructuración de la deuda y con ello la suscripción de un acuerdo preconcursal?
Hemos tenido un acuerdo preconcursal en el que suscribió acta de imposibilidad.

3.- En promedio, cuanto tiempo implica la resolución del conflicto derivado de una obligación vencida, cuando se ha considerado la mediación como mecanismo de solución alternativa?
El tiempo es indeterminado, no podemos señalar tiempo exacto tomando en cuenta que la mediación es un proceso voluntario y que las partes tienen la potestad de comparecer al proceso, lo que podemos señalar es que se fijan las audiencias en el menor tiempo posible en base a los principios de agilidad, eficacia y eficiencia.

4.- Qué medios ha implementado para llevar a cabo una mediación de reestructuración de deudas dentro del espectro del concurso preventivo excepcional?
Se implementó la mediación express, en el cual se resuelve de forma ágil aquellos conflictos laborales, familiares, deudas y más. Adicional a ello, se implementó las audiencias en modalidad telemática, misma que es accesible para toda aquella persona que no se encuentre en la ciudad de Quito.

5.- Desde su punto de vista, cree que es necesaria la regulación normativa de la figura de mediación para alcanzar acuerdos preconcursales que reestructuren el pago de una obligación vencida resultante de una deuda?
Es necesario que se encuentre regulado en la normativa, debido a que contribuye a descongestionar el sistema judicial y evita los costos que este conlleva. Además, la mediación es un procedimiento ágil y en el caso de firmar el Acta de Mediación ésta tiene el mismo efecto de una sentencia

6.- Qué tipo de acreedores han aprovechado este método alternativo de resolución de conflictos dentro del marco de un concurso preventivo excepcional?
Este es un beneficio al que pueden acudir los deudores de cualquier índole, es decir pueden ser o pueden no ser comerciantes.

7.- Qué limitaciones ha detectado respecto del uso de la mediación como un medio alternativo de conflictos en el marco de un concurso preventivo excepcional?
Una de las principales limitaciones es la voluntad de las partes para resolver el conflicto, ya sea porque no asisten a la mediación o porque no están dispuestos al diálogo afectando la posibilidad de llegar a un acuerdo.

Realizado por:

Cecilia Franco
Especialista CAM-CCQ

Camila Cabezas
Asistente CAM-CCQ

Cynthia Campoverde
Pasante CAM-CCQ



Glenda Casamin
Asistente CAM-CCQ

Anexo 4: Centro de Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM

CUESTIONARIO

1.- Cuántas solicitudes de mediación ha recibido entre junio de 2020 y junio de 2022?

Casos presentado desde junio de 2020 a junio de 2022 total 158 casos

2.- Cuántas solicitudes de mediación, han alcanzado la resolución del conflicto, esto es, la reestructuración de la deuda y con ello la suscripción de un acuerdo preconcursal?

Dentro del periodo 2020 – 2022 hubo 2 Procesos de mediación con base a la Ley de apoyo Humanitario y ambos culminaron con Acta de Imposibilidad.

3.- En promedio, cuanto tiempo implica la resolución del conflicto derivado de una obligación vencida, cuando se ha considerado la mediación como mecanismo de solución alternativa?

1 mes

4.- Qué medios ha implementado para llevar a cabo una mediación de reestructuración de deudas dentro del espectro del concurso preventivo excepcional?

Hemos promovido la realización de eventos dirigidos al público en general y mediadores para promover la promoción del concurso preventivo.

Hemos implementado la realización de mediaciones virtuales así como notificaciones telemáticas utilizando todos los medios tecnológicos posibles para garantizar que el invitado a la mediación conozca que existe un proceso en curso.

5.- Desde su punto de vista, cree que es necesaria la regulación normativa de la figura de mediación para alcanzar acuerdos preconcursales que reestructuren el pago de una obligación vencida resultante de una deuda?

Desde nuestra óptica no creemos que debe haber una normativa específica para alcanzar acuerdos preconcursales. Al momento se cuenta con una Ley de Arbitraje y Mediación que regula estos procesos. Generar una nueva normativa para casos específicos poco abona en el mundo de la mediación y puede llevar a confusiones en cuanto a disposiciones legales. Al ser la mediación un mecanismo alternativo de resolución de conflictos voluntario, las partes pueden someter a mediación cualquier tipo de conflicto de naturaleza transigible sin necesidad de que exista una Ley.

6.- Qué tipo de acreedores han aprovechado este método alternativo de resolución de conflictos dentro del marco de un concurso preventivo excepcional?

Personas naturales, inquilinos, personas jurídicas.

7.- Qué limitaciones ha detectado respecto del uso de la mediación como un medio alternativo de conflictos en el marco de un concurso preventivo excepcional?

En general existe mucho desconocimiento sobre la Mediación y esto afecta de que conflictos que puedan ser totalmente transigibles acudan a otras instancias que solamente encarecen y demoran su culminación.

PATRICIA
JACQUELINE
VERA NIETO

Digitally signed by
PATRICIA JACQUELINE
VERA NIETO
Date: 2022.09.29
12:45:55 -05'00'