

ISSN: 2773-7349

Sociedad & Tecnología

Revista del Instituto Tecnológico Superior Jubones

2021

Volumen / 4

Número / S1

Mayo



Concurso de acreedores con citación a demandado residente en país extranjero

Creditor contest subpoena to defendant residing in foreign country

Eliana del Rocío Rodríguez Salcedo

E-mail: elianarodriguez@uti.edu.ec,

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5062-0441>

Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias políticas y económicas, Universidad Tecnológica Indoamérica.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Rodríguez Salcedo, E. del R. (2021). Concurso de acreedores con citación a demandado residente en país extranjero. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 106-119.

RESUMEN

En la tramitación de causas por concurso de acreedores, cuando el demandado tiene su domicilio en otro país, previo a la calificación y mediante un auto interlocutorio los jueces de lo civil en el Ecuador declararan su inhibición por competencia territorial. Esto en razón de que el Código Orgánico General de Procesos (2015) establece en su artículo 418 que el juez del domicilio del deudor será el competente para conocer estas causas. No obstante, lo expuesto perjudica al actor del proceso concursal, considerando que previo a iniciar el juicio existe una sentencia ejecutoriada que condena al demandado el pago de sus obligaciones. Bajo este criterio, en el presente artículo se examina el procedimiento concursal que al parecer restringe la adecuada administración de justicia y la tutela efectiva garantizada en la Constitución. El objetivo de esta investigación es plantear algunas reglas que puedan ser aplicadas, a fin de que la normativa expuesta no interrumpa el debido proceso ni la legítima defensa del presunto fallido. En el texto se propone

con fundamento legal y doctrinario una reforma al Código Orgánico General de Procesos. El método utilizado es la revisión sistemática, bibliográfica y documental con el soporte y criterio de diferentes de autores.

Palabras clave:

Competencias, concurso de acreedores, legítima defensa, tutela efectiva, debido proceso.

ABSTRACT

In the processing of bankruptcy cases, when the defendant is domiciled in another country, prior to the qualification and by means of an interlocutory order, the civil judges in Ecuador will declare their inhibition due to territorial jurisdiction. This is due to the fact that the General Organic Code of Processes (2015) establishes in its article 418 that the judge of the debtor's domicile will be competent to hear these causes. However, the foregoing prejudices the actor in the bankruptcy process, considering that prior to initiating the trial there is an enforceable

judgment that condemns the defendant to pay his obligations. Under this criterion, this article examines the bankruptcy procedure that apparently restricts the adequate administration of justice and the effective protection guaranteed in the Constitution. The objective of this research is to propose some rules that can be applied, so that the regulations presented do not interrupt due process or the legitimate defense of the alleged bankrupt. In the text, a reform of the General Organic Code of Processes is proposed on a legal and doctrinal basis. The method used is the systemic, bibliographic and documentary review with the support and criteria of different authors.

Key words:

Competencies, creditor contest, self-defense, effective guardianship, due process.

INTRODUCCIÓN

El andamiaje normativo ecuatoriano se caracteriza por ser bastante cambiante, es así como, el derecho ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades de la sociedad. El reciente Código Orgánico General de Procesos vigente desde 2015, ha implementado algunos cambios significativos en torno a la tramitación de procesos en el ámbito civil. Sin dejar de lado que desde la vigencia de la actual constitución (2008) el control constitucional se encuentra concentrado en un solo órgano. Bajo este particular, una de las formas más difíciles para los jueces es justamente aplicar una ley cuando esta presenta anomalías o antinomias.

Siendo precisos, en este artículo se exterioriza un posible vacío jurídico que pugna entre el hecho de que el demandado por concurso de acreedores tenga su registro consular en otro país y la disposición normativa del artículo 418 del Código Orgánico General de Procesos. En tal evento, el operador de justicia al resolver este tipo de procesos

se somete a un ámbito discrecional ya que el problema presenta algunas aristas. Por un lado, puede aplicar la sana crítica, por otro lado, regirse a casos análogos, y una última opción acatar textualmente la disposición normativa.

Lo expuesto se corrobora con la disposición del artículo 421 del Código Orgánico General de Procesos, que textualmente estipula "la o el deudor que solicite voluntariamente el concurso deberá presentarse ante la o el juzgador de su domicilio (...)", de igual forma el artículo 422 ibídem establece "la o el acreedor que cumpla los presupuestos del concurso necesario podrá pedir con los requisitos formales de la demanda, a la o al juzgador del domicilio de la o del deudor, que dicte el auto de apertura del mismo" (2015).

Es decir, la regla general del procedimiento concursal es que la demanda debe ser presentada en el domicilio del demandado, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la República de Ecuador, que instituye que:

"En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto" (Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

Lo dicho hasta aquí, guarda plena concordancia con lo que dispone el inciso primero del artículo 9 del Código Orgánico General del Procesos, que establece: "Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización

respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada" (Asamblea Nacional, 2015).

Es decir, toda demanda planteada en contra de un deudor debe ser presentada ante juez competente del lugar de residencia del demandado.

De este modo, es perceptible que existe una ligera confusión para el legislador, de la norma aplicable, pues cuando el demandado de un procedimiento concursal se encuentra fuera del país (con registro consular), no le queda duda en que debe aplicar el artículo 418 del Código Orgánico General de Procesos e inhibirse de conocer el proceso judicial. Así también, tiene la posibilidad dar paso a la calificación del proceso concursal por medio de casos análogos.

Por consiguiente, haciendo mención a la demanda que se plantea en el procedimiento concursal la pretensión es la declaratoria de presunción de insolvencia. Como consecuencia de ella y de ser procedente se da lugar a la formación de concurso de acreedores presentada por los actores. En este orden de ideas, Ibarra (2014) expresa claramente sobre la competencia territorial y para el efecto manifiesta que: "el origen de un buen desempeño de competencia territorial será siempre ligado a la capacidad de adaptarse o superar una serie de condicionantes impuestas, tanto por los procesos como por otras fuerzas propias de la normativa territorial" (p. 78).

En este contexto, si se habla de una persona natural como lo antes descrito, se presenta la incógnita de cómo aplicar el debido proceso para no vulnerar derechos de ninguna de las partes procesales. De igual forma se considera un conflicto de competencias si se hace referencia a personas jurídicas, tanto como actor o demandado, pues estas se representan por medio de una persona natural. En este mismo sentido Briz Clariget et al., señala "una empresa en situación de insolvencia, normalmente,

carece de recursos suficientes para gestionar el conflicto de una manera efectiva. Habitualmente, dicha gestión queda en manos de operadores del derecho que pretenden resolver los conflictos a través del sistema judicial" (2020, p. 111).

Ciertamente, el sistema de justicia, no pretende dejar en indefensión al demandado, sea natural o jurídica la persona, tampoco pretende extorsionar el debido proceso, pues el actual Código General de Procesos se maneja con normativa, procedimiento y reglas específicas para llevar a cabo el concurso de acreedores. No obstante, en la aplicación de ellas, en ocasiones se interpone una pared de ladrillos imposible de penetrar, pues no hay norma que exprese, el cómo hacer cuando el demandado está fuera del país.

Estos aspectos se desarrollan en el presente trabajo, toda vez que se pretende orientar con respuestas necesarias a estas interrogantes, contribuyendo a la labor no solo de los jueces de primera instancia, sino también al conocimiento de los abogados en el libre ejercicio. De esta manera la consecuente investigación se encuentra enmarcada en el Paradigma Crítico Reflexivo, el cual se concibe como un proceso dialéctico (Teoría - Práctica) que permite la búsqueda y producción de conocimientos críticos para los grupos que la realizan.

DESARROLLO

Posibles conflictos en el proceso concursal

Cuando existe un procedimiento concursal en el Ecuador se torna en inadmisible su trámite si es que el demandado se encuentra residiendo en el exterior, pues ciertamente no se sabe si se quedará de forma temporal o permanente. En estas circunstancias se contrapone las disposiciones del artículo 418 y 422 del Código Orgánico General

de Procesos [COGEP] por la incompetencia territorial del juzgador. Es decir, el juez del domicilio del demandado no es el mismo del Ecuador sino de otro país.

El artículo 418 del COGEP establece que "La o el juzgador del domicilio de la o el deudor será competente para conocer el procedimiento concursal, ordenará se deje constancia de las ejecuciones y se las acumule", y el artículo 422 del mismo Código menciona "La o el acreedor que cumpla los presupuestos del concurso necesario podrá pedir con los requisitos formales de la demanda, a la o al juzgador del domicilio de la o del deudor, que dicte el auto de apertura del mismo" (Asamblea Nacional, 2015).

Está claro, entonces, que el juez competente para conocer del concurso necesario es el juez del domicilio del deudor, lo que guarda armonía con la regla general contenida en el artículo 9 del mismo cuerpo legal, que establece "Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada" (Asamblea Nacional, 2015).

Esto con la diferencia que, en el caso de este artículo, a más del juez del domicilio, existen también jueces que tienen competencia concurrente, según el artículo 10 *Ibidem*, mientras que la competencia para el concurso necesario es un caso, más bien, de competencia excluyente, en los términos del artículo 11 del mismo Código General de Procesos, es decir, para este caso, únicamente es competente el juez del domicilio del deudor.

Se debe expresar claramente una conceptualización sobre el procedimiento concursal, tal como lo ha previsto Martínez Blanco cuando lo define como "la imposibilidad de un deudor de hacer frente a sus obligaciones inmediatamente exigibles con sus medios regulares de pago" (2018, p. 178). Esto implica la falta

oportuna de un buen manejo económico, no solo en personas naturales sino en empresas o corporaciones en general. En tales circunstancias, la ley establece ciertos plazos para el deudor, desde el momento en que no cumplió, debería haber prevenido su situación concursal, por lo que se somete a solicitar su concurso a riesgo de ser personalmente responsable de las deudas contraídas en cualquier apreciación de la culpa del concurso.

En este mismo orden de ideas, Olivera (2018), expresa que "(...) antes de la declaración de licitación, el deudor podrá presentar a los acreedores una propuesta de pago conocida como acuerdo de reorganización privada", pues una vez declarado el concurso, las opciones para poner fin a este estado concursal son las mismas que tenía cuando resultó una sentencia de conocimiento previo a la sentencia de ejecución como lo son los concursos de acreedores, indistintamente si son necesarios.

Pues bien, una vez establecido que el juez competente, para el caso del concurso necesariamente es el juez del domicilio del deudor, el verdadero problema consiste en determinar quién es el juez del domicilio del deudor. Como cuando los demandantes, en su petitorio manifiestan que el deudor se encuentra registrado con su domicilio en otro país, esto parecería dar la razón al juez a quo, de no admitir a trámite la demanda, por no ser el juez del domicilio del deudor demandado. Sin embargo, dicha conclusión no es acertada, conforme a lo que se analiza.

Domicilio y residencia

El artículo 45 del Código Civil (Congreso Nacional, 2005) delimita al domicilio como "la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella", con lo cual, si bien los demandados están en el exterior, en realidad se están refiriendo a que están fuera del país sin que se conozca si existe el ánimo de permanecer, al punto

que manifiestan que no conocen las calles principales y secundarias.

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 9 del COGEP se refiere a "la persona que tenga domicilio en dos o más lugares", lo que significa que una persona bien puede tener más de un domicilio, de modo que el señalar que alguien reside o tiene su domicilio afuera del país, no descarta que pueda también tener su domicilio en algún lugar del Ecuador. Para tales situaciones, el artículo 9 del mismo cuerpo legal determina que "Si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de sus domicilios exclusivamente, solo la o el juzgador de este será competente para tales casos" (Asamblea Nacional, 2009)

De esta manera, cuando los artículos 418 y 422 del COGEP se refieren al juez del domicilio del deudor, se están describiendo su domicilio en el Ecuador. En efecto, el penúltimo inciso del artículo 424 del mismo Código menciona que el juez "observará las normas previstas para el auto inicial en el concurso voluntario, con excepción de la prevención a las o los acreedores" y de acuerdo al artículo 423 ibídem, que se refiere al auto inicial en el concurso voluntario, en él se debe ordenar el embargo de los bienes del fallido, la anotación de la insolvencia o quiebra en el registro virtual del Consejo de la Judicatura, entre otras, para que realice las respectivas investigaciones.

La necesidad de dar estas disposiciones en el auto inicial revela, en una interpretación armónica del artículo 423, con los artículos 418 y 422 del COGEP, que se está refiriendo al juez del domicilio, pero en el Ecuador, pues si incluyera a un juez extranjero, éste aplicará las normas procesales de su país y no las del COGEP, pero, ante todo, es concluyente el numeral 10 del artículo 423 en cuestión, cuando establece que el auto debe contener la prohibición que el deudor se ausente del territorio nacional, orden que no se explicaría si el COGEP estuviese contemplando la posibilidad de que sea competente un

juez del domicilio del deudor en el extranjero.

En último caso, aún en el supuesto que el deudor actualmente tenga su domicilio en el exterior y no únicamente su residencia, y habiéndose establecido que el COGEP se está refiriendo a un juez ecuatoriano como competente para conocer el concurso necesario, lo será el del último domicilio que tuvo el deudor en el país. Este concepto no es extraño en el COGEP, pues el numeral 3 de su artículo 11 detalla que "si la apertura de la sucesión se realiza en territorio extranjero y comprende bienes situados en el Ecuador, será competente la o el juzgador del último domicilio nacional del causante o del lugar donde se encuentren los bienes" (Asamblea Nacional, 2015).

El mismo criterio recoge el artículo 117 del Código Civil al señalar que, si el demandado en el divorcio se hallare en territorio extranjero "la demanda se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador" (Congreso Nacional, 2005).

Aplicación textual de la norma, sana crítica y casos análogos

A falta de norma expresa y teniendo en cuenta que el COGEP, en sus artículos 418 y 422, se está refiriendo al domicilio del deudor en Ecuador, se debe concluir que el juez competente para conocer esta causa es el del último domicilio nacional del demandado, aplicando por analogía el numeral 3 del artículo 11 del COGEP y el artículo 117 del Código Civil, como lo permiten la séptima regla del artículo 18 del Código Civil y el tercer inciso del artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Por lo tanto, en la causa corresponde fijar la competencia por el último domicilio que tuvo el demandado en Ecuador, lo cual deberá ser evidenciado por el Juzgador de primera instancia. Para el caso, debe señalarse que el domicilio del deudor es un elemento para fijar el juez competente, pero no necesariamente para establecer el lugar

donde debe realizarse la citación con la demanda, con lo cual uno y otro pueden ser lugares diferentes.

En el extinto Código de Procedimiento Civil esta diferencia era más clara, pues los artículos 26 y 520 se referían al domicilio para efectos de determinar el juez competente, mientras que los artículos 77 y 93 se referían a que las boletas se dejen en la habitación. Esto, con la intención de que la citación cumpla con la finalidad de hacer conocer de manera real y efectiva al demandado el contenido de la demanda. Entendiéndose que esto se obtiene de mejor forma, si las boletas se dejan en la actual habitación, residencia o morada.

En el COGEP, lo relativo al juez competente no ha variado, según sus artículos 9, 418 y 422, pero sí lo relativo al lugar de citación, pues su artículo 55, respecto a la citación por boletas, señala que se entregarán en su domicilio, con lo cual podría pensarse que este parámetro sirve, tanto para fijar el juez competente, como el lugar de citación. Sin embargo, es claro que respecto de esta segunda diligencia el lugar puede ser otro, igual que lo que legislaba el Código de Procedimiento Civil, pues el mismo artículo 55 dispone que las boletas se pueden dejar también en la residencia, lugar de trabajo o asiento principal de los negocios de quien deba ser citado, con lo cual el domicilio es un lugar más donde se puede dejar las boletas.

Así, por ejemplo, el que se pida citar al deudor en Estados Unidos de América, no puede llegar a la conclusión automática de que ahí o de que únicamente ahí tenga su domicilio el deudor.

El artículo 76 de la Constitución garantiza que "en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso" (Constitución, 2008). Ciertamente, se incluirán algunas garantías básicas como

la garantía del cumplimiento de los derechos de las partes que recae en toda autoridad administrativa o judicial. Por cuanto se pretende asegurar el debido proceso y garantizar el cumplimiento de las normas, pero no solo a la parte demandada, pues constituye también un derecho del actor el hecho de reclamar el pago de la obligación pendiente.

El artículo 169 de la norma suprema resalta que "el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia". Bajo este criterio, las normas procesales están supeditadas al cumplimiento de principios procesales como son el de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. El sistema de justicia debe obligatoriamente ser un medio de aplicación de justicia y no se debe sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades.

Bajo este criterio no se consideraría oportuno que el demando sea citado legalmente por medio de exhorto, sin vulnerar su derecho a la defensa. No obstante, para el acreedor resulta un duro golpe al interpretar de forma textual el artículo 418 del COGEP, sin considerar el derecho a continuar con la insolvencia a pesar de tener un proceso previo que ya incumplió el demandado.

A decir de Briz Clariget et al, (2020)

"Dada la situación en la que se encuentra el mundo hoy, podemos concluir que a nivel internacional el concurso ha pasado a ser una situación normal en el ciclo vital de los agentes económicos, ello ha obligado a los países a buscar soluciones que permitan encontrar un equilibrio entre los intereses de los acreedores, de los deudores." (p. 18)

Efectivamente, en el texto constitucional al tenor del artículo 172 se dispone:

"Juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos

internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales (...) aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. (...) serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley". (Constitución, 2008).

En materia de derechos y garantías constitucionales existen algunos principios que deben aplicarse en torno a la administración de justicia. Por consiguiente, el artículo 11 del texto constitucional manifiesta, "(...) En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia" (Constitución, 2008). De esta forma el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Siendo obligación de Estado generar y garantizar las condiciones necesarias para el pleno reconocimiento y ejercicio de los derechos es inconstitucional la "acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos" (Constitución, 2008, art. 11 núm. 8). En efecto, Carrasco Delgado considera que las "consecuencias de las decisiones equivocadas sobre las opciones procedimentales a las cuales someter a un deudor en insolvencia o cesación de pagos, no son irrelevantes" por lo expuesto se analiza que "de esas decisiones puede depender la subsistencia del deudor como entidad económica o bien su desaparición". (2020, p. 42)

Por otra parte, en el artículo 56 del Código Orgánico General de Procesos se explica cómo debe llevarse a cabo la citación. Pues habría que comprender que, al fijar lugar de citación en la demanda, también se fija la competencia del juez en razón del

territorio, lo que implica que es necesario hablar y detallar acerca de la citación. Pues ciertamente la norma es precisa al determinar que:

"A la persona o personas cuya individualidad, domicilio o residencia sea imposible determinar, se la citará mediante: (...) La declaración de que es imposible determinar la individualidad, el domicilio o residencia de la o del demandado y que se han efectuado todas las diligencias necesarias, para tratar de ubicar a quien se pide citar de esta forma, como acudir a los registros de público acceso, la hará la o el solicitante bajo juramento que se presentará ante la o el juzgador del proceso o mediante deprecatorio a la o al juzgador del domicilio o residencia de la o del actor." (COGEP, 2015, art. 56).

Por consiguiente, resulta importante verificar el impacto de lo manifestado en torno a lo establecido por el propio COGEP cuando dice:

"Para el caso anterior se adjuntará además la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores que indique si la persona salió del país o consta en el registro consular. Si se verifica que es así, se citará mediante carteles fijados en el consulado en el que se encuentra registrado. La o el juzgador no admitirá la solicitud sin el cumplimiento de esta condición." (COGEP, 2015, art. 56 núm. 2 inc. 3).

Cierto es que, el objetivo de los preceptos expuestos es proseguir con el trámite dentro del concurso de acreedores, citar al demandado y no vulnerar ningún derecho de las partes procesales. Sin embargo, por todo lo manifestado en esta investigación se abre debate en razón de esa interrogante que no tiene respuesta. Pues efectivamente, si en el certificado emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, se menciona "fuera del país, con registro consular", y la norma es

clara cuando dice que se fijará competencia del juzgador en el domicilio del demandado ¿cómo se logra efectivizar el cumplimiento de la obligación por el presunto fallido?

Alternativas para solucionar el conflicto de competencias

Está claro que debe existir otro medio por el cual no se deje en indefensión al demandado y que a la vez no limite el derecho de hacer justicia y menos cuando ya se tiene una sentencia previa donde se estipula una obligación de dar y hacer. Se hace un razonamiento lógico para no perjudicar a nadie, siguiendo el famoso principio del derecho civil que sostiene que lo accesorio sigue a lo principal, cuestión que no se valora ni se aplica, en esta clase de casos que, aunque son pocos, no hay investigación exacta de cómo actuar.

En este punto cabe reiterar que, previo al inicio del proceso concursal ya existió un juicio con sentencia ejecutoriada, con un mandamiento de ejecución, que tiene la finalidad de verificar si de alguna forma se pretende cumplir con la obligación ya determinada, en la que el secretario da fe de que no se cumplió. Por medio de este juicio y por cuanto no tiene bienes muebles ni inmuebles no queda de otra que continuar con esta fase de ejecución y no de conocimiento, para que se lo declare insolvente. Con la esperanza de que algún momento adquiera bienes en el Ecuador y se pueda reclamar la obligación.

Siguiendo la línea de la investigación, es necesario reafirmar que ya existe una obligación previa de cumplimiento de la sentencia anteriormente explicada. Por consiguiente, se estableció ya la competencia territorial que para el efecto se discute. Es así que, si se toma como referencia el artículo 14 del Código General de Procesos se menciona:

"Si una o un juzgador pretende la inhibición de otra u otro juzgador para conocer de un proceso, le remitirá oficio con las razones por las que se considera competente, si al

contrario, ninguna o ningún juzgador, avoca conocimiento del proceso aduciendo incompetencia, cualquiera de las partes solicitará a la o el último juzgador en declararse incompetente, que eleve el expediente al superior que corresponda, según lo dispuesto en el inciso anterior, para que resuelva el conflicto negativo de competencia" (COGEP, 2015, art. 14).

Las leyes del Ecuador por ningún motivo deberán vulnerar derechos de las partes procesales, como se puede verificar en la Resolución No. 07-2018 emitida por la Corte Nacional de Justicia. En efecto se determina que a través de resoluciones generales y obligatorias, la Corte Nacional de Justicia, brinda a las juezas y jueces de instancia, tribunales provinciales, así como a los profesionales del derecho y ciudadanía en general, criterios unificados, debidamente sustentados, sobre la aplicación de la normatividad jurídica en la solución en casos de obscuridad o cuando existan vacíos en la ley.

Ahora bien, haciendo mención a los efectos del trámite analizado se expone principalmente la insolvencia. Bado Cardozo considera que, "La insolvencia inminente y la situación económica difícil integran el estadio conocido como pre-insolvencia, preámbulo de la insolvencia propiamente dicha, caracterizado por la existencia de dificultades económicas" (2020, p. 28). De tal manera, si se hubiese analizado más a profundidad este caso, se estaría hablando de un posible vacío legal, que debió ser puesto en consulta a la autoridad competente para poder ejercer justicia y no limitar la misma.

Volviendo la mirada al tema en cuestión, en lo que respecta a la citación en concurso de acreedores, a las o los ecuatorianos residentes en el exterior, existen dos posibilidades: a) que se los cite mediante exhorto a través de las autoridades cuando se conoce su domicilio de acuerdo a los prescritos en el

artículo 57 del COGEP y, b) que la citación se realice mediante la fijación de carteles en las oficinas consulares.

Por su parte, la Ley Orgánica de Movilidad Humana, en su artículo 8 establece: "Las personas ecuatorianas en el exterior, para el adecuado ejercicio de sus derechos y obligaciones, recibirán la protección y asistencia de las misiones diplomáticas u oficinas consulares del Ecuador, cualquiera sea su condición migratoria" (2017). Por lo tanto, la Ley Orgánica de Movilidad Humana hace una clara distinción entre registro migratorio, que consiste en la obligación que tiene toda persona de registrarse al momento de su salida o ingreso al país y registro consultar, que consiste en la inscripción en el Registro Único de ecuatorianos en el Exterior, este último caso se considera voluntario.

La salida del país no necesariamente significa que la persona haya cambiado su residencia, por cuanto puede tratarse de una salida temporal. Sin embargo, la inscripción en el registro consultar si denota un ánimo de la persona de permanecer por mayor tiempo en el país extranjero. Esta distinción permite establecer claramente en qué casos se puede realizar citaciones mediante la publicación de carteles en las oficinas consulares del Estado ecuatoriano en el exterior.

La Resolución Nro. 007-2018 expedida por la Corte Nacional de justicia y que se hizo mención en párrafos anteriores, en su artículo primero explica:

"Para que un ciudadano ecuatoriano pueda ser citado mediante la fijación de carteles en un Consulado del Ecuador en el exterior, es necesario que, además del juramento de que ha sido imposible determinar el domicilio o residencia de la o del demandado y de que se han efectuado todas las diligencias necesarias para tratar de ubicar a quien se pide citar, adjunte al proceso la certificación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad

Humana que indique que la persona ha salido del país y que además se encuentra registrada en un consulado del país de destino.

Lo dicho hasta aquí, en mejor contexto lo explican (Vásquez Valencia & Acevedo Prada, (2014) en su interpretación de poder hacer a favor del principio de universalidad de los procesos de insolvencia transfronteriza, manifestando que se estaría aceptando dicha situación ante situaciones excepcionales caracterizadas por un fenómeno que el Código de Bustamante califica de establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente.

En el Código Civil ecuatoriano, específicamente en la Disposición Reformatoria Quinta, numeral 4 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo del 2015 y vigente desde el 22 de mayo del 2016 se hace mención de ciertas particularidades que se considera puede ayudar analizar un poco más a profundidad este asunto. Es así que se determina que, respecto de la demanda de divorcio, que esta "se propondrá ante la jueza o el juez de la familia, mujer, niñez y adolescencia del domicilio del cónyuge demandado; si se hallare en territorio extranjero, se propondrá en el lugar de su último domicilio en el Ecuador" (Congreso Nacional, 2005, art. 117).

En caso de un presunto insolvente para poder definir la competencia por territorio se debería, citar por medio de exhorto, o en su defecto en el lugar de su último domicilio que por su puesto fue en el Ecuador. Pues si efectivamente el demandado viajó a un país extranjero, previo a ello existió un contrato materia del proceso principal, que su incumplimiento dio inicio a todos estos procesos judiciales.

Mientras tanto, el artículo 129 del Código Orgánico de la Función Judicial (Asamblea Nacional Constituyente, 2009) expresa:

"A más de los deberes de toda servidora o servidor judicial, las juezas y jueces, según corresponda, tienen las siguientes facultades y deberes genéricos: (...) En cualquier estado de la causa, las juezas y jueces que adviertan ser incompetentes para conocer de la misma en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberán inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso y dispondrán que pase el mismo al tribunal o jueza o juez competente a fin de que, a partir del punto en que se produjo la inhibición, continúe sustanciando o lo resuelva" (Asamblea Nacional, 2009).

Para ello los jueces de primera instancia deben sugerir y responder en caso de negativa y de inhibición de procesos concursales con personas que registren consulado en otro país.

Ánálisis y criterio jurídico respecto del trámite en concurso de acreedores

De acuerdo a lo que se viene analizando, se deja en claro que ciertamente el concurso de acreedores se convierte en una herramienta jurídica a efectos de solucionar cualquier tipo de controversia y procurar que el inicio del procedimiento se pueda solventar acreencias de forma razonable. Cuando se pretende evitar este tipo de controversias, las y los deudores están en la facultad de acogerse a un concurso preventivo en COGEP (Asamblea Nacional, art. 415).

Al no constituirse este concurso preventivo surge la presunción de insolvencia, que dará lugar al tan mentado concurso de acreedores o directamente la quiebra. Por consiguiente, el auto de apertura debe necesariamente citarse a fin de garantizar el derecho a la defensa. De acuerdo a lo previsto en el artículo 424 del COGEP, el juzgador debe disponer la citación al deudor en domicilio. Esto deja

fuera la posibilidad de realizar citaciones por la prensa.

En cuanto a los procedimientos concursales que establece la norma procesal ecuatoriana (COGEP) existen tres: el preventivo, el voluntario y el necesario. En cuanto a los dos primeros no existe mayor discrepancia en razón de que estos no se inician por demanda del acreedor como es el caso del concurso necesario. En este tercer tipo de concurso, surge el debate que se ha planteado a lo largo del presente artículo.

Como se viene analizando, el problema no únicamente se da en razón del domicilio del deudor que es el lugar en donde debe incoarse la demanda, sino también del lugar en donde debe realizarse la citación. Existe criterio no vinculante emitido por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en el que se establece que

"no debe interpretarse con un sentido restrictivo que para el caso del concurso necesario solo es podrá citar en el lugar del domicilio del demandado; y si este es desconocido, entonces no habría la posibilidad de demandar el concurso necesario; por tanto son procedentes las otras formas de citación admitidas por la ley" (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Ahora bien, a lo largo del procedimiento concursal aparecen otras dudas, pues en efecto no es el inicio de la demanda o la citación los únicos problemas a los que se deba enfrentar el acreedor. Dado que, para llevarse a cabo la junta de acreedores y en el caso de no comparecencia del deudor también se hace necesaria la declaratoria de interdicción y sus efectos legales previo a declarar el archivo del proceso.

Por consiguiente, a falta de norma expresa que determine como actuar en el caso concreto para iniciar la demanda necesaria en concurso de acreedores cuando el deudor reside en país

extranjero se estaría sujeto al criterio no vinculante de la Corte Nacional y a expensas de que el legislador se pronuncie y regule este vacío jurídico.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Durante el procedimiento de Concurso de acreedores con citación a demandado residente en país extranjero resulta conflictivo el proceso de citación de acuerdo a las reglas establecidas por el Código Orgánico General de procesos vigente. De modo que, siendo necesario garantizar la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva es preciso determinar la residencia del demandado se constituye de temporalidad o permanencia.

Respecto de los procesos concursales, es preciso respetar las garantías del debido proceso que contempla la propia constitución. De esta manera se garantiza de forma eficaz los derechos de las partes que recae en toda autoridad administrativa o judicial. No se puede dejar de lado que conforme al artículo 169 de la constitución (Asamblea Nacional Constituyente, 2008) "el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia".

Tomando en consideración, las reglas del COGEP y a fin de no hablar de un vacío legal, la norma subsume que la competencia territorial recae en el juez del último domicilio del demandado en el Ecuador. Para ello cabe recordar, que previo al inicio del trámite concursal existió ya un procedimiento y una sentencia en firme. Como se manifestó en el texto, a más del juez del domicilio, existen también jueces que tienen competencia concurrente y excluyente.

Haciendo una interpretación armónica del artículo 423, con los artículos 418 y 422 la norma procesal civil hace mención al domicilio del deudor en el Ecuador. Por consiguiente, el COGEP se está refiriendo a un juez ecuatoriano como competente para conocer el concurso necesario. Así también, falta de norma

expresa se realiza una analogía con el numeral 3 del artículo 11 del COGEP y el artículo 117 del Código Civil.

Está claro que debe existir otro medio por el cual no se deje en indefensión al demandado, por tanto, para citar a las o los ecuatorianos residentes en el exterior, existen dos posibilidades: a) que se los cite mediante exhorto a través de las autoridades cuando se conoce su domicilio de acuerdo a los prescritos en el artículo 57 del COGEP y, b) que la citación se realice mediante la fijación de carteles en las oficinas consulares.

En las Unidades Judiciales no solo de Tungurahua sino del país entero, se ha optado por cuestionar el actuar de los administradores de justicia. Tal es el caso, de que muchos jueces aplican reglas análogas para citar como es la del divorcio y otros jueces no admiten analogía sino, la normativa legal textual. Con ello, los abogados discrepamos al aplicar la Ley, de tal manera, que no prevén la vulneración al derecho de una o de ambas partes.

CONCLUSIONES

Dada la variación causada por los ciclos de la economía, la legislación vigente resulta insuficiente para abordar adecuadamente los escenarios de insolvencia con los demandados en el extranjero. La realidad judicial actual, así como la baja tasa de recuperación del crédito por parte de los acreedores, demuestran que el artículo 418 del COGEP impide que la recuperación de estas deudas sea una realidad.

Mediante una interpretación textual de la ley en la que se prevé la falta de un debido proceso e imposibilidad de citación surge un conflicto de competencia en razón de territorio. Por lo tanto, es necesario encontrar métodos alternativos para lograr mejores resultados. Es por esta razón que, la aplicación de casos similares, como el divorcio que se había explicado en este contexto, no vulneraría derechos.

Tomando en consideración, que la protección de derechos deriva de la aplicación de un debido proceso en un juicio concursal. Es así que, se debe garantizar la autodefensa y la protección efectiva que emana de la Constitución del Ecuador. Esto permitirá que el concurso de acreedores logre mejores resultados y no sólo un auto interlocutorio de inhibición. Por tanto, es viable preservar los requisitos de la declaración de conocimiento que da lugar a procedimientos concursales, motivados.

Finalmente, es necesaria la adopción de soluciones acordadas con la administración de justicia, en lugar de imponerse, proporcionando el debido proceso al actor demandante y la defensa a los deudores. Corresponde a todos los operadores jurídicos debatir la posibilidad de reformar y proponer excepciones al artículo 418 del COGEP a fin de evitar todas las formas de bloquear la administración de justicia a las partes procesales.

Con todo lo expuesto en párrafos anteriores, se consensua en dar directrices precisas y claras para aplicar el Art. 418 del COGEP, con ecuatorianos que residan en el exterior y que consten con registro consular en el certificado que emite el Ministerio de Relaciones Exteriores. En otorgar formas de citación al demandado para no vulnerar el derecho a defensa y de igual forma otorgar tutela efectiva y debido proceso al actor para presentar los juicios de concurso de acreedores, aplicando casos análogos justificables, evitando la inhibición del proceso por parte del juzgador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFIAS

Agudelo Giraldo, O. A., León Molina, J. E., Prieto Salas, M. A., Alarcón Peña, A., & Jiménez Triana, J. C. (2018). *Metodología en el Derecho* (U. C. Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia. Obtenido de

- <https://hdl.handle.net/10983/22541>
- Bado Cardozo, V. (2020). Insolvencia inminente y situación económica difícil. Recepción de la pre-insolvencia en el Derecho uruguayo. *Revista de la Facultad de Derecho*, 48. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a1>
- Briz Clariget, M. J., Rychtenberg Milans, F., & Martínez, D. (2020). El innovador rol del mediador en el proceso concursal. La gestión cooperativa de la insolvencia. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, 90-111.
- Carrasco Delgado, N. (2020). Los costos del error concursal: Una visión dogmática. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo*, 1-42.
- Corte Nacional de Justicia (2018) Citación al deudor en el proceso concursal necesario. Recuperado de: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_abiertas/No_Penales/Civil/040.pdf
- Delgado, M., Infante, M., Abreu, Y., & García, B. (2019). *Metodología de vigilancia tecnológica en universidades y centros de investigación*. Cuba: CENIC. Ciencias Biológicas. Recuperado el 24 de febrero de 2021, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=1812/181220509076>
- González Rey, F., & Patiño Torres, J. F. (2017). La Epistemología Cualitativa y el estudio de la subjetividad en una perspectiva cultural-histórica. Conversación con Fernando González Rey. *Revista de Estudios Sociales*, 60, 120-127.
- Ibarra, C. I. (2014). Competencia Territorial, Economía, Sociedad y Territorio. *Scielo*, 78. Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-

- 84212014000100003&lng=es&tlng=
Martínez Blanco, C. (2018). Manual de Derecho Concursal. *Fundación de Cultura Universitaria*. Obtenido de <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n22/2393-6193-rd-22-90.pdf>
- Mongrut, M., Delgado, S., Delgado, A., Franco, I., & Fuenzalida, O. (2011). Determinantes de la insolvencia empresarial en el Perú. *Revista Latinoamericana de Administración*. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=716/71618917009>
- Olivera, R. (2018). Principios y bases de la nueva Ley de Concursos y Reorganización. *Fundación de Cultura Universitaria*, 113. Recuperado el 6 de enero de 2021
- Sánchez Zorrilla, M. (21 de noviembre de 2011). Metodología en einvestigacion jurídica: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2011, 348. Recuperado de http://www.nunezdearco.net/PDF/ Metodo%20científico%20invest%20derecho%20SANCHEZ_1.pdf
- Vásquez Valencia, M. V., & Acevedo Prada, R. D. (diciembre de 2016). Análisis de la regulación sobre

insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. *Scielo*, 40. doi:<http://dx.doi.org/10.15665/rj.v10i2.323>

Normativa Legal

- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento 544.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2017). *Ley Orgánica de Movilidad Humana*. Registro Oficial Suplemento 938 de 06-feb.-2017.
- Ecuador. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil* (Codificación 2005-010). Registro Oficial 10 de mayo de 2005. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
- Convención Interamericana Sobre Exhortos O Cartas Rogatorias. 30 de enero de 1965 (Panamá).

Síntesis biográfica de autora:

Eliana del Rocío Rodríguez Salcedo

Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Especialista en Derecho Civil Comparado, Diploma en Derecho Civil y Procesal Civil, Master en Derecho Civil y Procesal Civil y Doctoranda en Derecho Internacional Privado, docente a tiempo completo en la carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias políticas y económicas, Universidad Tecnológica Indoamérica.