

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La descarga de pasivos: Una propuesta para el
régimen de reestructuración empresarial ecuatoriano**

Sergio Andrés Samaniego Vélez

Jurisprudencia

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

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Sergio Andrés Samaniego Vélez

Código: 00321440

Cédula de identidad: 1724726565

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

LA DESCARGA DE PASIVOS: UNA PROPUESTA PARA EL RÉGIMEN DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL ECUATORIANO¹

THE DISCHARGE OF DEBTS: A PROPOSAL FOR THE ECUADORIAN CORPORATE RESTRUCTURING SYSTEM

Sergio Andrés Samaniego Vélez²
ssamaniegov17@gmail.com

RESUMEN

Dentro de una economía emergente como la ecuatoriana, es necesario contar con mecanismos eficientes para garantizar la subsistencia de las compañías viables. En el ámbito de la reestructuración empresarial a nivel mundial, existen distintos tipos de mecanismos que ofrecen una especie de segunda oportunidad para sus empresas. Uno de estos mecanismos es la descarga de pasivos o quita, mismo que representa la posibilidad que tiene la compañía deudora de poder llegar a un acuerdo con sus acreedores y eliminar una parte de su pasivo. Para que esto sea viable, el presente trabajo resalta requisitos como la presentación de un plan de negocios viable a futuro, ser calificado como un deudor de buena fe o la aprobación de una clase de acreedores. Mediante esta investigación, se pudo analizar las grandes falencias que presenta el sistema concursal ecuatoriano y la urgente necesidad de implementar herramientas eficientes, por ejemplo, la descarga de pasivos.

PALABRAS CLAVE

Descarga de pasivo, segunda oportunidad, insolvencia empresarial, deudor de buena fe.

ABSTRACT

In an emerging economy such as the Ecuadorian one, it is necessary to count on efficient mechanisms to guarantee the subsistence of viable companies. In the field of corporate restructuring at a global level, there are different types of mechanisms that offer a sort of second chance for their companies. One of these mechanisms is the discharge of liabilities, which represents the possibility for the debtor company to reach an agreement with its creditors and eliminate part of its liabilities. For this to be viable, the present work highlights requirements such as the presentation of a viable business plan for the future, being qualified as a debtor in good faith or the approval of a class of creditors. Through this research, it was possible to analyze the major shortcomings of the Ecuadorian bankruptcy system and the urgent need to implement efficient tools, for example, the discharge of debts.

KEY WORDS

Discharge of liabilities, second chance, corporate insolvency, good faith debtor.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Oswaldo Santos Dávalos.

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

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. DESARROLLO.- 5.1. LA INSOLVENCIA EN ECUADOR.- 5.2. REALIDAD JURÍDICA.- 5.3. EL FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO DE DESCARGA DE PASIVO O “DISCHARGE”.- 5.4. ASPECTOS POR INTRODUCIR.- 5.5. OBJETIVOS Y VENTAJAS.- 6. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

En el marco comercial y económico, es un hecho que Ecuador es una de las economías en desarrollo. Según los informes del Banco Central, Ecuador, para 2020, sufrió una contracción, en su crecimiento económico, del -11.0%³. En una situación opuesta, basado en los estudios realizados, se esperaba un crecimiento del 4.8% en la economía ecuatoriana, para mantener posteriormente una tasa de crecimiento promedio del 1.8% hasta 2025 aproximadamente.⁴

Relacionado a esto, Hernán Herrera Echeverri comenta, en un marco relativo a la adaptación de estrategias comerciales para compañías en mercados emergentes, la importancia de considerar el riesgo que significa operar en una economía emergente y cómo este riesgo debe influir en la estructuración de su capital⁵.

Ahora bien, dentro de la economía ecuatoriana, en los periodos contemplados en el análisis hecho por el Banco Central, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, SCVS, ha reportado la creación de 3.507 compañías tradicionales⁶ y la instauración de 3.395 Sociedades por Acciones Simplificadas, S.A.S., en el año 2020.⁷ Por otro lado, para 2021, existió un decrecimiento en la constitución de compañías tradicionales con una cantidad de 2.693 compañías instauradas, mientras que, para las

³ Informe del Banco Central del Ecuador sobre el Monitoreo de los Principales Indicadores Internacionales, octubre, 2020, 24.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Hernán Herrera Echeverri, “Estructura óptima de capital para empresas en mercados maduros de economías emergentes” en *Universidad & Empresa*, Vol. 20, N. 34, (2017), 169.

⁶ Se entiende a las compañías tradicionales como aquellas existentes antes de instauración de las Sociedades por Acciones Simplificadas, es decir, las compañías por Responsabilidad Limitada y las Sociedades Anónimas.

⁷ Estadísticas de Constitución de Compañías, extraídas del Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, disponible en <https://appscvsmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/reporteCias.zul>. Último Acceso 3 de octubre de 2024.

S.A.S., existe un aumento de las compañías constituidas con relación al año previo, siendo un total de 4.337.⁸

Con los datos mencionados, y teniendo en cuenta el aumento de las S.A.S. en el ámbito societario ecuatoriano como reflejo de nuevos proyectos empresariales, se evidencian aspectos como el riesgo que corren los emprendimientos en su inicio o los retos que afrontan las compañías constituidas al iniciar un nuevo camino empresarial. Estos desafíos, en muchas ocasiones, desencadenan en un resultado fatídico para las compañías, conduciéndolas a la liquidación⁹ y consecuente cancelación/desaparición de la misma¹⁰.

Debido a estos inconvenientes, surge la necesidad de proporcionar a las compañías viables, como centros de imputación diferencial, un mecanismo eficiente de segunda oportunidad para eliminar su pasivo, establecer acuerdos con sus acreedores y, sobre todo, permitir que aquellas que cuentan con un plan de negocios factible a futuro, puedan seguir operando. El camino de la liquidación y cancelación no debe ser el único resultado.

De tal manera, si bien existe ya una Ley de Concurso Preventivo, LCP, vigente en Ecuador que establece los procedimientos, ineficientes cabe recalcar, para la reestructuración empresarial, los mismos no contemplan la posibilidad del *discharge*, es decir, la descarga del pasivo excedente¹¹. Aunque la autonomía de la voluntad permite llegar a estos acuerdos, es necesario regularlos adecuadamente para garantizar su funcionamiento.

La presente investigación tiene como objeto abordar el problema jurídico de la insolvencia empresarial de las compañías y la falta de un mecanismo de descarga adecuado para las compañías viables y deudoras de buena fe. Para abarcar dicho problema, la pregunta que se busca responder en el presente artículo es: ¿cómo se debe implementar el modelo de descargo de pasivo en el régimen concursal ecuatoriano?

⁸ Estadísticas de Constitución de Compañías, extraídas del Portal Web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, disponible en <https://appscvmovil.supercias.gob.ec/portaldeinformacion/reporteCias.zul>. Último Acceso 3 de octubre de 2024.

⁹ Inciso 2, Artículo 360 Ley de Compañías [LC], Registro Oficial 312, publicado el 5 de noviembre de 1999, reformado por última vez el 23 de noviembre de 2023.

¹⁰ Artículo 414.9, LC.

¹¹ Nelly Tatiana Perdomo Zambrano y Olga Sofía Gonzáles Barajas “La evolución del Derecho Concursal en Colombia y la expedición transitoria de los Decretos 560 y 772 de 2020 en el marco de la emergencia del Covid-19” 2023, 12.

El trabajo estará dividido en secciones donde abordaremos la doctrina más relevante sobre la insolvencia empresarial, los acreedores y la eliminación de deudas. Se recurrirá a autores como Hevia Menéndez, Guerra Martínez, Torrie entre otros. Se revisarán los modelos aplicados en Reino Unido con el *Company Voluntary Arrangement, CVA*, en Canadá con el *Companies' Creditors Arrangement Act, CCAA*, o el Decreto Ley 560 en Colombia, además de los aspectos aplicables de Estados Unidos.

Adicionalmente, el artículo contendrá los aspectos principales por los cuales las compañías caen en la insolvencia y por tanto los beneficios de incluir un mecanismo adecuado de descarga de pasivos como una segunda oportunidad para las compañías ecuatorianas y los aspectos necesarios a tomar en cuenta para que este modelo no represente un perjuicio a los acreedores de esta.

Para la investigación, se utilizará un método de investigación cualitativo, centrado en recoger modelos y teorías relativas al tema. Dicha información será analizada, comparada y contrastada, con el fin de poder determinar la mejor forma de aplicar el modelo de descarga en Ecuador.

2. Estado del arte

En este sentido, para establecer las bases de la empresa y su importancia en el mercado, iniciaremos revisando lo que dice Hernández en su Trabajo de Fin de Master de la Facultad de Derecho en la Universidad de Oviedo. Se menciona que la empresa es uno de los motores principales de la actividad económica y el flujo de mercado, siendo así que debe ser protegida correctamente¹². En este aspecto, se realiza una aclaración en el sentido de que, si bien el enfoque de la presente autora está en los acuerdos de deudores personas físicas, sus argumentos fundamentan de manera adecuada la relevancia que cobra la empresa en el mercado económico y por tanto la importancia de proveerla de mecanismos necesarios para la continuación de su actividad económica.

En segundo lugar, Casas, de la Universidad Complutense de Madrid, en su trabajo titulado como *Fresh Start and Loan Market* señala lo primordial de mantener al deudor dentro del flujo de mercado, tanto para la generación de ingresos como para el pago a los acreedores al mencionar textualmente que: [...] la sociedad no gana nada manteniéndolo hundido y, sobre todo, ello no beneficia a los acreedores puesto que de

¹² Silvia Hevia Menéndez, “Ley 25/2015 mecanismo de *Fresh Start* ¿Una verdadera Segunda Oportunidad?”, *Tesis de Fin de Master Universitario en Abogacía de la Universidad de Oviedo* (2016), 36.

igual manera no van a ver satisfechos sus créditos [...] ¹³. Esto respalda que, a ojos del mercado, no sirve de nada liquidar a una compañía con un proyecto empresarial sostenible.

En materia que nos compete, Guerra Martínez habla sobre la reorganización de las compañías insolventes. Sostiene que, cuando un negocio resulta viable y los administradores pueden aportar una solución que haga viable a dicha compañía en el futuro, la reorganización de la compañía insolvente es justificable ¹⁴.

Paralelamente, señala, sobre los mecanismos para la reestructuración o resolución del pasivo, que existen varias opciones, de entre las cuales rescata la posibilidad de la quita, es decir, eliminar parte del pasivo o las deudas que tiene la compañía viable con sus acreedores ¹⁵.

Ahora bien, respecto al objetivo de otorgar una segunda oportunidad a las compañías con un proyecto económico sostenible, Khudzari, *et all.*, dentro del marco del *CVA*, señala que busca restablecer la posición financiera de una compañía al reestructurar u otorgar la resolución de deuda cuando dicha compañía tiene problemas de solvencia, buscando así poder reintegrarla en el mercado económico. ¹⁶ Adicionalmente, sostienen que, en Malasia, el *CVA* está enfocado en ser un mecanismo que de una segunda oportunidad a una compañía con dificultades financieras pero que cuenten con un proyecto viable, para así dar un giro a su negocio, disolver sus deudas y evitar la liquidación. ¹⁷ De esta manera, se evidencia que los mecanismos como el *CVA* buscan otorgar una segunda oportunidad a las compañías que cuentan con proyectos sostenibles y que las mismas sean reintroducidas en el mercado comercial.

Virginia Torrie, en su libro respecto al *CCAA*, nos habla sobre la necesidad urgente que existió en el mercado económico y societario de Canadá, producto de la Gran Depresión, de implementar un mecanismo que ayudara a las compañías insolventes a

¹³ Matilde Cuenca Casas, "Fresh Start and Loan Market" *Universidad Complutense de Madrid* (July 1, 2011). InDret, Vol. 3, 2011, 14.

¹⁴ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí "La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿Reorganización o liquidación?" en *Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional*. 2022, 209.

¹⁵ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí "La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿Reorganización o liquidación?", 209.

¹⁶ Julizaerma Mohamad Khudzari, Norziana Lokman y Sarina Othman, "Corporate Voluntary Arrangement: A Literature Review," en *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues* 24, no. Special 3 (2021), 4.

¹⁷ *Ibidem*.

llegar a acuerdos con sus acreedores y reestructurar o eliminar su deudas.¹⁸ La autora demuestra cómo las afectaciones económicas pueden perjudicar seriamente al giro de negocio de una compañía, llevándolas a la liquidación y, por tanto, la consecuente necesidad de contar con un sistema que proporcione una segunda oportunidad.

Respecto al modelo de segunda oportunidad aplicable en Reino Unido y, concretamente, a los acuerdos con los acreedores para reestructurar o resolver las deudas de las compañías, Tribe en su trabajo denominado *Company Voluntary Arrangements and Rescue*, señala como de vital importancia que una compañía, a pesar de tener falta de liquidez, al contar con el mecanismo apropiado y al estructurar un acuerdo sólido entre sus acreedores, puede llegar a satisfacer sus deudas de manera paulatina o deshaciéndose de parte de su pasivo, provocando así un resurgimiento de su actividad empresarial por un lado y por otro lado garantizando al acreedor la retribución parcial o total de su crédito.¹⁹ Además, el autor refuerza la idea de que un mecanismo de segunda oportunidad es necesario para mantener el comercio estable y continuar con las operaciones económicas.²⁰

3. Marco normativo

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 319, establece que se reconoce distintas formas de organización de la producción en la economía, entre las cuales se destaca las empresariales públicas, pero, sobre todo, privadas²¹. En su segundo inciso, recalca que el Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población²². Tener compañías con proyectos viables y que se encuentren activas respalda este propósito del Estado al garantizar la promoción de plazas de trabajo²³ y el movimiento económico²⁴, asegurando así el buen vivir de la población.

¹⁸ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law, A History of the Companies' Creditors Arrangement Act* University of Toronto Press, 2020, 3 y 6.

¹⁹ John Paul Tribe, *Company Voluntary Arrangements and Rescue: A New Hope and a Tudor Orthodoxy* en *Journal of Business Law* (UK), 2009, 6.

²⁰ *Ibidem*, 11.

²¹ Artículo 319 Constitución de la República del Ecuador R.O 449 del 20 de octubre de 2008, reformada por última vez el 30 de mayo de 2024.

²² Inciso 2, Artículo 319 Constitución de la República del Ecuador 2008.

²³ Laura Saucí Sánchez, *Entrepreneurship and economic development: globalization, economic freedom and innovation*, tesis doctoral del Departamento de Economía General y Estadística de la Universidad de Huelva, 2017, 106.

²⁴ Santiago Jácome & Polit Gina, "Análisis de la Tasa de Emprendimiento Temprano y la generación de plazas de empleos" en *Minerva, Multidisciplinary Journal of Scientific Research* Vo. 2 No. 6, 2021. p. 72 y Laura Saucí Sánchez, *Entrepreneurship and economic development: globalization, economic freedom and innovation*, 106.

De forma relacionada, el artículo 39, inciso segundo de la Constitución, señala como deber del Estado el promover la inmersión de los jóvenes al mundo laboral y promocionar la incorporación de los mismos en el emprendimiento²⁵.

Por otro lado, el Código de Comercio en su artículo 7 señala que se entiende por actividades mercantiles toda actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado con sentido económico²⁶. Con esto, se entiende la importancia que representan las empresas en el giro económico-comercial del país al promover las actividades antes dichas, sin que esto signifique que solo las empresas pueden realizarlas. De manera similar, el artículo 14 del Código de Comercio señala que la empresa es la unidad económica a través de la cual se organizan distintos elementos para el desarrollo de una actividad mercantil específica²⁷.

Dentro de materia específica, recurrimos a la *Insolvency Act 1986*, siendo que, en su artículo 1 respecto al *CVA*, señala que los administradores de una compañía están en la facultad de realizar una propuesta de convenio para la satisfacción parcial o total de sus deudas²⁸.

Por otro lado, el *CCAA* de Canadá, en su artículo 4, representa una breve introducción al proceso que se busca implementar en el marco jurídico ecuatoriano, al mencionar que, cuando se proponga un convenio entre una sociedad deudora y sus acreedores, el tribunal encargado de mediar el asunto podrá ordenar, a petición de parte interesada, que se lleve a cabo una reunión entre los socios de la compañía y los acreedores que se encuentren enlistados en distintas categorías.²⁹

El Decreto Ley 560 de 2020 de Colombia, en su artículo 4, establece que las compañías afectadas por la emergencia económica podrán buscar distintos tipos de ayuda económica para la subsanación de su pasivo, de entre las cuales están los mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial.³⁰ Específicamente, en el inciso 2 se establece que, cuando el pasivo sea superior a lo que vale la compañía activa, se podrá disponer la descarga del pasivo excedente en el acuerdo de reorganización³¹.

²⁵ Artículo. 39, Constitución de la República del Ecuador 2008.

²⁶ Artículo 7 Código de Comercio R.O 497 del 29 de mayo de 2019, reformado por última vez el 7 de febrero de 2023.

²⁷ Artículo 14 Código de Comercio.

²⁸ Artículo 1, *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

²⁹ Artículo 4 de la *Companies' Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985, c. C-36 de Canadá, reformado por última vez el 27 de abril de 2023.

³⁰ Artículo 4 de Decreto 560 de 2020 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública del Gobierno de Colombia, 15 de abril de 2020. Último acceso 15 de octubre de 2024.

³¹ Artículo 4.2. de Decreto 560 de 2020.

Relacionado a esto, encontramos en la normativa local que, la Ley de Compañías, LC, en sus artículos 365 a 367, sienta, las bases relacionadas a la presentación de acreencias de los acreedores de una compañía en liquidación³² para así poder categorizar a los acreedores, algo similar a lo estipulado en la CCAA. Esto, además, se encuentra respaldado en el artículo 414.24 de la misma Ley, donde se señala que el liquidador de la compañía, una vez designado, deberá calificar las acreencias y hacerlas constar en el nuevo balance de la compañía³³.

En el marco normativo local, el artículo 363 de la LC, en apego al artículo 382A prohíbe a las compañías disueltas³⁴ de poder iniciar nuevas operaciones relacionadas con su objeto social³⁵. Con base en lo que se ha mencionado anteriormente, esto puede llegar a suponer un grave perjuicio para el ámbito mercantil y el mercado económico.

Por último, en cuanto a la importancia de mantener operativa a una compañía para que ningún acreedor quede insatisfecho, se puede notar la falta de protección, en este sentido, que ofrece la LC debido a lo estipulado en su artículo 406. En su inciso primero establece que una compañía carece de patrimonio cuando, habiendo determinado las acreencias, el activo actual de la compañía resulta insuficiente para cubrir su pasivo.³⁶ Además, se señala que los socios o accionistas no responderán con su patrimonio personal cuando los activos fueran insuficientes, dejando así desprotegidos a los acreedores³⁷.

4. Marco teórico

Dentro de las denominadas segundas oportunidades para las empresas, se puede encontrar varias formas de aplicación del modelo. En este sentido, por un lado, existe el modelo anglosajón, donde el principal expositor es el Reino Unido con la antes mencionada *Insolvency Act 1986*³⁸. Con respecto a esto, autores como Tribe sostienen que el CVA como un mecanismo de segunda oportunidad para las compañías puede resultar beneficioso para brindarles nuevos caminos para ejercer actividades comerciales.³⁹

En contradicción, autores como Flood *et al.* mantienen que un gran inconveniente que presentan estos acuerdos es el temor extremo de los acreedores a ser

³² Artículo 365-367, LC.

³³ Artículo 414.24, LC.

³⁴ Artículo 363, LC.

³⁵ Artículo 382A, LC.

³⁶ Artículo 406, LC.

³⁷ Artículo 406, LC.

³⁸ *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

³⁹ John Paul Tribe, “*Company Voluntary Arrangements and Rescue: A New Hope and a Tudor Orthodoxy*”, 11.

estafados o no recuperar a tiempo su crédito. Esto los llevaba a colocar términos irrealistas en sus acuerdos, volviendo inalcanzables los objetivos.⁴⁰

En cuanto al segundo modelo relevante dentro de las segundas oportunidades, encontramos el modelo canadiense del *CCAA*⁴¹. En cuanto a este modelo, Edwards expone la gran importancia que tiene este mecanismo en el marco jurídico/económico canadiense⁴². Sostiene que, de volver a ocurrir una grave crisis económica, es necesario contar con mecanismos estructurados para otorgar a las compañías una segunda oportunidad y así poder mantenerlas en el giro de mercado, evitando que la economía canadiense sufra una grave afectación⁴³.

Contrario a esto, Torrie señala que existe un posible contingente respecto a la aplicación del *CCAA*. Aquello se debe a que existe la postura por algunos autores de que constituye una “invitación abierta” para las compañías a cometer fraude.⁴⁴ También, se señala que el *CCAA*, por la urgencia de esta, fue aprobada de manera rápida y abrupta, sin tomar en cuenta consideraciones necesarias.⁴⁵ Dichas posturas evidencian el rechazo que ciertos autores plantean a la idea de otorgar a las compañías una segunda oportunidad.

Por último, encontramos el modelo aplicado en Colombia mediante su Decreto Ley 560. La misma señala que el mecanismo de descarga de pasivos solo aplica para los procesos de insolvencia llevados a cabo por compañías y busca principalmente establecer una valoración de la compañía y, si se determina que la compañía es viable, permitir la eliminación del pasivo excedente⁴⁶.

La presente investigación se encuentra sujeta a la teoría que respalda el beneficio que representa la descarga de pasivo como segunda oportunidad para las compañías. Esto se debe a que se sostiene y se buscará fundamentar que un mecanismo adecuado de descarga de pasivos para las compañías resulta ser un mecanismo beneficioso para reestructurar deudas o eliminarlas y rescatar compañías con un plan de negocio viable.

⁴⁰ John Flood, Robert Abbey, Eleni Skordaki y Paul Aber, “*The professional restructuring of corporate rescue: Company Voluntary Arrangements and the London approach.*” *Certified research report-chartered association of certified accountants*, 1995, 12.

⁴¹ *Companies’ Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985, c. C-36 de Canadá, reformado por última vez el 27 de abril de 2023.

⁴² Stanley E. Edwards “*Reorganizations under the Companies’ Creditors Arrangement Act*”. *The Canadian Bar Review* Vol. 25, No. 6, 1947.

⁴³ Stanley E. Edwards “*Reorganizations under the Companies’ Creditors Arrangement Act*”.

⁴⁴ Virginia Torrie, “*Reinventing Bankruptcy Law, A History of the Companies’ Creditors Arrangement Act*”, 79.

⁴⁵ Virginia Torrie, “*Reinventing Bankruptcy Law, A History of the Companies’ Creditors Arrangement Act*”, 71.

⁴⁶ Guía de orientación referida a los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia. Superintendencia de Sociedades de Gobierno de Colombia, 30.

5. Desarrollo

En la presente sección explicará los detalles del mecanismo de descarga de pasivos como una segunda oportunidad para las compañías. Para esto, se utilizará como apoyo los modelos antes mencionados del *CVA* o el *CCAA*, el modelo de Descarga de Pasivos para compañías en Colombia o la idea del *Fresh Start* para personas naturales en España.

La sección contendrá una breve revisión respecto a la realidad empresarial del Ecuador y el por qué se dan los casos de insolvencia en el mismo. Se analizará la actualidad jurídica ecuatoriana en mundo de la insolvencia. Posteriormente, se explicará cómo funciona el mecanismo de descarga de pasivos en distintas jurisdicciones. Se expondrá que aspectos son vitales introducirlos en Ecuador, analizando los aspectos más relevantes a tener en cuenta para aplicar la descarga de pasivos para las compañías, como el requisito del deudor de buena fe o desafortunado para evitar la mala utilización del mecanismo por parte de las compañías o el porcentaje de aprobación que se debe obtener por parte de los acreedores, revisando lo establecido por otras legislaciones. Finalmente, se analizarán los motivos y objetivos para contar con un mecanismo de descarga de pasivos en Ecuador con base en los modelos como el *CVA*, *CCAA* o *discharge*.

5.1. La insolvencia en Ecuador

Dentro del marco económico-comercial a nivel mundial, es una certeza que el emprendimiento es uno de los principales factores que contribuyen al desarrollo de la economía de los países⁴⁷. Ahora bien, no se debe malinterpretar la definición con alguien que inicia una compañía desde cero. El emprendedor es todo aquel que afronta una nueva idea de negocios o se aventura en riesgos económicos al crear nuevos productos o servicios⁴⁸. Como lo dice su significado etimológico, el emprendedor es aquel que tiene la voluntad de enfrentar la incertidumbre y tomador de riesgo⁴⁹.

Teniendo esta idea clara, se puede evidenciar todos los retos que afronta cualquier accionista o empresario en general cuando busca emprender una nueva actividad comercial. Escenarios como la ausencia de facilidades para los emprendedores tanto en el marco económico como en el jurídico o la falta de apoyo/impacto en la

⁴⁷ Bóveda, *et. al*, 2015 en Jorge Honorio Salgado Monar, “El Emprendimiento en el Ecuador” *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* Vol. 4 No. 2, 2023, 4.

⁴⁸ Carmen Estela Herrera Guerra, “Una investigación en emprendimiento: Caracterización del emprendedor” *Revista Económicas Corporación Universidad De La Costa* Vol. 33, No. 1, 2012, 195.

⁴⁹ *Ibidem*.

sociedad⁵⁰ marcan una barrera significativa al momento de iniciar y tener éxito en una nueva actividad. En el marco nacional concretamente, los emprendedores cuentan con un gran reto debido a la realidad económica de Ecuador, donde principalmente abunda el difícil acceso al financiamiento, mismo que ocasiona que las nuevas ideas comerciales no pasen de los primeros meses⁵¹. Esto, sumado a la falta de experiencia de los emprendedores, ocasiona una debacle en los proyectos de las compañías, que resulta en la insolvencia empresarial de la compañía, misma que acarrea después la liquidación de esta.

La insolvencia empresarial no es otra cosa que el estado en que entra una compañía cuando su pasivo supera a su activo. Es decir, esta aparece cuando una compañía es declarada en quiebra, siendo así que el valor de sus deudas supera el total de sus ingresos⁵².

Bajo este contexto, en el marco empresarial nos encontramos básicamente con dos escenarios: el emprendedor que inicia una nueva compañía y, por otro lado, la compañía ya formada que quiere aventurarse en una nueva rama comercial. Ambos escenarios afrontan los retos antes mencionados y otros concretos según la actividad en la que se encuentren inmersos.

En el primer escenario, aquella persona natural que invierte su capital en la constitución de una S.A.S., por ejemplo, con el objetivo de iniciar un proyecto empresarial se ve en la necesidad de entender varios aspectos importantes: cómo se comporta el mercado en el que se está involucrando, la oferta y demanda de los productos o servicios que pone a la venta, la administración de los ingresos, gastos y pérdidas sujetos a su negocio, la búsqueda de inversionistas o de capital para su proyecto, entre otros. Además de los aspectos principales, debe también tomar en cuenta aspectos del día a día como el pago a los trabajadores, cuánto va a destinar de sus utilidades, de existir, para beneficio propio o para la compañía, entre otros⁵³.

⁵⁰ Maribel Guerrero y David Urbano “Emprendimiento e Innovación: Realidades y Retos de las Universidades Españolas” *Revista Economía Industrial* No. 404, 2017, 27.

⁵¹ María Cristina Useche-Aguirre, Morela Josefina Pereira-Burgos y Christian Andrés Barragán Ramírez “Retos y desafíos del emprendimiento ecuatoriano, trascendiendo a la postpandemia” *Revista de Ciencias de la Administración y Economía* Vol. 11, No. 22, 2021, 276.

⁵² Alicia Correa Rodríguez, Miguel Acosta Molina y Ana Lorenza González Pérez “La insolvencia empresarial: un análisis empírico para la pequeña y mediana empresa (*Bankruptcy: Empirical Analysis for Small and Medium Size Firms*)”, 52.

⁵³ Gerson Joaquín Cristancho Triana, Fabian Arley Ninco Hernández, Yezid Alfonso Cancino Gómez, Laima Catherine Alfonso Orejuela y Pedro Elías Ochoa Daza “Aspectos clave del plan de negocios para emprender en el contexto colombiano” *Suma de Negocios* Vol. 12, No. 26, 2021, Tabla 1 y Tabla 5.

Con todo esto por considerar, es muy común que una idea de negocio no alcance el éxito esperado o, en el peor de los escenarios, se vuelva un proyecto muy costoso que resulte a pérdida. De tal manera, la S.A.S. o la compañía en general caerá en la insolvencia empresarial.

En el segundo escenario nos encontramos con una compañía constituida, que busca mantenerse vigente en el mercado comercial y por tanto emprende una nueva actividad, una innovadora línea de productos o una ampliación en su cartera de servicios. De manera similar al primer caso, deberán familiarizarse con el nuevo mercado en el que se involucra y buscar una forma de resaltar de entre la competencia⁵⁴. Todos estos aspectos pueden resultar en una gran demanda de esfuerzos tanto físicos como económicos para la compañía, pudiendo ocasionar que se drenen sus recursos. En algún punto, la constante pérdida en su actividad económica ocasionará la superación del pasivo por sobre el activo, ocasionando que la compañía carezca de patrimonio, se vuelva inviable y por tanto recaiga en la insolvencia empresarial⁵⁵.

Siempre bajo el supuesto de que, en ambos casos, se maneja un proyecto empresarial viable y que, por tanto, la compañía tiene el potencial de ser rescatada, el mecanismo de descarga de pasivos busca rescatar tanto a la compañía que recién inicia sus actividades como a la compañía que busca aventurarse en un nuevo proyecto viable. Además, la particularidad de los mecanismos aplicado en otros países, basado en la idea de contar con proyectos viables y rescatables, es que busca no solo reestructurar o resolver parte de sus deudas con sus acreedores si no también generar un nuevo plan de negocios para sacar a flote a la compañía⁵⁶.

5.2. Realidad jurídica

Dentro del marco legislativo ecuatoriano, se pueden encontrar graves falencias con respecto al desarrollo del Derecho Concursal y de Insolvencia, sobre todo al entender que únicamente contempla la posibilidad de la reestructuración empresarial y no del descargo del pasivo. Para entender esto, es necesario revisar cómo se encuentra estructurado la LCP y por qué esta representa un perjuicio más que un beneficio para las compañías, entender qué instituciones establece la LC respecto al giro de negocio de una

⁵⁴ Ángel Virgilio Estrada Berlanga, “Factores determinantes de la Insolvencia Empresarial: Caso Aplicado a la Bolsa Mexicana de Valores” *Tesis Doctoral de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, 2021, 13 y 14.

⁵⁵ Art. 406, LC.

⁵⁶ Julizaerma Mohamad Khudzari, Norziana Lokman y Sarina Othman, “*Corporate Voluntary Arrangement: A Literature Review*”, 4.

compañía insolvente y, por último, evaluar cómo los legisladores ecuatorianos han encontrado maneras para impedir la evolución del Derecho Concursal ecuatoriano.

5.2.1. Ley de Concurso Preventivo

Es necesario iniciar señalando lo ineficiente⁵⁷ que la misma ha resultado para cumplir con su cometido, es decir, la salvación de compañías mediante acuerdos de reestructuración. Para entender el porqué de esto, debemos analizar ciertos aspectos relacionados a la misma.

5.2.1.1. Porcentaje de aprobación del acuerdo concursal.

Dentro de lo que implica un acuerdo entre la compañía deudora y sus acreedores, en todas las legislaciones alrededor del mundo se establece la necesidad de tener claro la cantidad de acreedores con los que la compañía cuenta. De la mano de esto, distintas legislaciones establecen el requisito de contar con una aprobación del acuerdo por parte de un porcentaje determinado. En Ecuador, el artículo 32 de la LCP, establece la obligación de contar con la aprobación de por lo menos el 75% de los acreedores⁵⁸. Dicho requisito establece un evidente obstáculo para las compañías que quieran suscribir acuerdos.

Adicionalmente, por si dicho porcentaje no representara dificultad suficiente, la Ley establece en su artículo 31 que, luego de que en dos intentos de convocatoria no concorra el porcentaje antes mencionado a una reunión para sentar las bases del acuerdo, el Superintendente de Compañías dará por terminado el trámite concursal inmediatamente⁵⁹, limitando aún más las posibilidades de la compañía de llegar a un acuerdo con al menos un grupo de acreedores.

¿Cómo funciona en otros países? En Colombia basta con la aceptación del 60% de acreedores externos⁶⁰. Es decir, 15 puntos porcentuales menos que en Ecuador. Esto provoca que llegar a un acuerdo para la reestructuración de pagos o EPI⁶¹ sea mucho más accesible.

En Estados Unidos, la ley aplicable otorga una mayor facilidad para los deudores insolventes de buena fe, pues establece que los acreedores son divididos en diferentes

⁵⁷ Esteban Ortiz Mena y Paúl Noboa Velasco “Acuerdos preconcursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Combatir la Crisis Sanitaria Derivada del COVID-19” 28 de junio de 2021, 3 y 15.

⁵⁸ Artículo 32, Ley de Concurso Preventivo [LCP] Registro Oficial 60, publicado el 08 de mayo de 1997 y reformado por última vez el 29 de noviembre de 2006.

⁵⁹ Artículo 31, LCP

⁶⁰ Artículo 4.2.2 de Decreto 560 de 2020

⁶¹ Exoneración de Pasivo Insatisfecho. Ver Fernando Azofra Vegas “La Segunda “Segunda Oportunidad” en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 58, 2022, 229.

clases, agrupados según los intereses económicos en común. La legislación concursal señala que, para aprobar el plan de reorganización, solo es necesario el consentimiento de al menos una de las clases⁶². Como se puede inferir, esto facilita aún más el llegar a un acuerdo con los acreedores al personalizarlos según los intereses específicos.

5.2.1.2. La asignación de un supervisor concursal

La LCP atenta una vez más contra la naturaleza de su objetivo, entendiéndose que el mismo es sentar las bases para un acuerdo contractual de carácter privado entre compañía deudora y acreedor⁶³. El artículo 12, literal e, señala, como parte del procedimiento de admisión, la obligación de instaurar a un supervisor para la sociedad concursada, siendo que el mismo será designado por la SCVS de entre una terna enviada por los acreedores⁶⁴. Esto representa un gran obstáculo para la agilización y manejo del proceso, además de representar una desventaja para los deudores.⁶⁵

Además de que la intervención de un tercero puede llegar a entorpecer el proceso, el incluir un supervisor en la negociación concursal suele traer consigo la desventaja de contar con personas que no están suficientemente capacitadas en la materia⁶⁶, más aún en un sistema judicial/administrativo con tantas falencias como el ecuatoriano⁶⁷.

De forma opuesta a lo mencionado, permitir que la naturaleza de las deudas, la relación entre cada acreedor con su deudor y otros factores variables sea lo que establezca la necesidad de contar o no con un supervisor, puede llegar a significar un gran incentivo para las partes para llegar a un acuerdo⁶⁸.

5.2.1.3. Baja tasa de acogida en Ecuador

Como se puede esperar, dado los inconvenientes que presenta la LCP, la tasa de procedimientos concursales que se ha llevado a cabo en Ecuador es en extremo alarmante. Según estadística presentada por la SCVS, el ente encargado de llevar a cabo el proceso⁶⁹,

⁶² Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 210.

⁶³ Artículo 1, LCP.

⁶⁴ Artículo 12, literal E, LCP.

⁶⁵ Aurelio Guerra Martínez, “*Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies*” Cambridge University Press, 2024, 120.

⁶⁶ *Ibidem* 116.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*, 128.

⁶⁹ Artículo 3, LCP.

a 2021 únicamente se han calificado 27 solicitudes concursales desde 1997⁷⁰. Además, cabe recalcar que, de estas 27 solicitudes, la gran mayoría finalizó sin un acuerdo⁷¹.

Cabe además señalar que, mediante Proyecto de Ley presentado a la Corte Constitucional el 07 de julio de 2023, se intentó realizar una modificación significativa a la legislación concursal ecuatoriana para así lograr incrementar la tasa de efectividad del procedimiento y, además, incentivar a las compañías a acogerse a dichos procesos.⁷² Dicho Decreto Ley de Reestructuración Empresarial fue negado por la Corte Constitucional, impidiendo así un avance y mejora en la ley⁷³.

Esta información permite evidenciar que, por un lado, la LCP no ha resultado ser una institución jurídica eficiente para promover los acuerdos de reestructuración empresarial y mucho menos ha dado cabida a la idea del descargo del pasivo del deudor de buena fe. Por otro lado, también se evidencia que el legislador no ha permitido que se modifiquen los aspectos necesarios para hacer del régimen de insolvencia viable.

5.2.2. Ley de Compañías

Por otro lado, si bien es cierto que la LCP y, en general, el régimen concursal en Ecuador presenta aún varias falencias, la LC ya ha incorporado aspectos que dan la esperanza de adoptar un procedimiento de descarga de pasivos eficiente. Al momento de revisar otros modelos donde se aplica este mecanismo, podemos evidenciar que ya existen ciertos aspectos favorables en nuestra legislación.

5.2.2.1. Aprobación de la Junta

Dentro de lo que significa las decisiones de una compañía, para los procesos significativos existe siempre la necesidad de contar con la aprobación de la Junta o Asamblea de Socios o Accionistas, dependiendo del tipo de compañía⁷⁴. De manera específica en el área de liquidación, encontramos ejemplos como el artículo 414.21. de la LC, la cual establece la posibilidad de una liquidación simplificada con la aprobación previa por parte de la junta de accionistas⁷⁵.

⁷⁰ Exposición de motivos, Proyecto de Decreto Ley de Reestructuración Empresarial, enviado a la Corte Constitucional del Ecuador el 07 de julio de 2023 y negado por la Corte Constitucional del Ecuador el 28 de julio de 2023.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Proyecto de Decreto Ley de Reestructuración Empresarial, enviado a la Corte Constitucional del Ecuador el 07 de julio de 2023 y negado por la Corte Constitucional del Ecuador el 28 de julio de 2023.

⁷³ Dictamen 4-43-UE/23, jueza Daniela Salazar Marín, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de julio de 2023.

⁷⁴ Artículo 231, LC.

⁷⁵ Artículo 414.21, LC.

Adicionalmente, como es de conocimiento público y tal como lo respalda la LC, los estatutos sociales de una compañía pueden estipular, siempre que no sea contrario a la ley, cualquier tipo de facultad o derecho que tenga el accionista y/o la junta general respecto al giro de la compañía misma⁷⁶.

En este sentido, es totalmente factible pensar que las compañías puedan establecer las pautas o mecanismos para que entren en un proceso de descarga del pasivo excedente, siempre que el mismo no contravenga a la ley. De esta manera, se puede establecer la necesidad de que se conozca respecto de esto en junta de accionistas y, por tanto, se autorice al representante legal a llevar a cabo el proceso. Esta idea, de cierta manera, se encuentra ya instaurada en otros modelos como el *CVA*, donde se faculta al director de la compañía o representante legal a proponer, a los accionistas de una compañía y a los acreedores de esta, un acuerdo para la eliminación de las deudas o para establecer un plan de pagos⁷⁷.

5.2.2.2. Valoración de la compañía

Para poder introducir en Ecuador la valoración de una compañía para establecer si vale la pena o no salvarla⁷⁸, se puede tomar como referencia el proceso que establece la LC para evaluar el capital de la compañía, su capacidad de pago y otros factores similares cuando la misma entra en un proceso de liquidación.

Cuando una compañía es declarada como insolvente y por ende entra en un proceso de liquidación, la Ley señala que la compañía deberá presentar un balance inicial de liquidación⁷⁹, donde se demuestre los pasivos pendientes y con cuántos activos se cuenta para subsanar los mismos. Ahora bien, si en su lugar se determina que el activo resulta insuficiente para subsanar el pasivo⁸⁰, la LC establece la obligación de presentar un acta de carencia de patrimonio en reemplazo del balance inicial.⁸¹

Este supuesto, donde el pasivo es mayor al activo, ya se encuentra contemplado en otros modelos como el *discharge* aplicado en Colombia. Dicha legislación, plantea justamente la solución de llegar a un acuerdo para la descarga de pasivos cuando el activo resulta insuficiente para subsanarlo⁸².

⁷⁶ Artículo 114, LC.

⁷⁷ *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁷⁸ Bruno Pineda Cordero y Natalia Almeida Oleas “La paralización de ejecuciones y el reconocimiento y valoración de activos en los procedimientos concursales” *Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional*. 2022, 114.

⁷⁹ Artículo 365, LC.

⁸⁰ Artículo 406 inciso 1, LC.

⁸¹ Artículo 405, LC.

⁸² Artículo 4.2. Decreto 560 de 2020.

5.3. El funcionamiento del mecanismo de descarga de pasivo o *discharge*

Dentro del mundo concursal y de la reestructuración empresarial específicamente, es necesario entender que las únicas opciones no son la liquidación⁸³ o en su defecto la reorganización de su pasivo⁸⁴. Para la salvación de una compañía y su respectiva reorganización, el trato entre acreedores y deudores puede contener cualquier cláusula que libremente acuerden las partes, siempre y cuando no contravengan la ley⁸⁵. De este modo, se reconoce la posibilidad de establecer una descarga de pasivo parcial o total, lo cual es conocido como quita, o un aplazamiento o plan de pagos de los pasivos⁸⁶.

Si bien se puede caer en la confusión por la vaga redacción de la LCP, es necesario recalcar que la actual legislación concursal de Ecuador únicamente prevé la posibilidad de realizar un plan de pagos. Por un lado, el artículo 2 señala que el objetivo de la ley es [...] la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía [...] ⁸⁷.

Bajo este análisis, se entiende que la LCP busca establecer el mecanismo para la celebración de un acuerdo donde se establezcan pasos o pautas para que, mediante un plan de pagos, se subsane la deuda en el futuro. A diferencia de esto, el modelo de descarga de pasivos habla sobre la eliminación directa del pasivo⁸⁸. Por otro lado, el inciso 4 del artículo 2 de la mencionada Ley señala la posibilidad de condonar el aporte de capital⁸⁹, teniendo en cuenta que esto únicamente hace alusión al capital que los accionistas deben transferir a la compañía producto de su constitución o de un aumento de capital⁹⁰.

Con base en la teoría planteada, en esta sección, se revisará cómo funcionan los modelos de descarga de pasivos o *discharge* en las distintas jurisdicciones y cuáles son los aspectos más relevantes que deben ser implementados en Ecuador. Para esto, se analizará los modelos del *CVA* en Reino Unido y/o Malasia, el *CCAA* de Canadá, el mecanismo de alivio financiero y reactivación empresarial en Colombia o la Ley de Segunda Oportunidad o *Fresh Start* en España.

⁸³ Artículo 360.1., LC.

⁸⁴ LCP.

⁸⁵ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 209.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Artículo 2 LCP.

⁸⁸ Artículo 4.2. Decreto 560 de 2020.

⁸⁹ Artículo 2.4 LCP.

⁹⁰ Artículo 147, LC.

5.3.1. *Company Voluntary Arrangement*

El *CVA* es un modelo aplicado en varias legislaciones, de entre las cuales se destacan Malasia y Reino Unido. El *CVA* es un mecanismo que el gobierno de Malasia adoptó para ayudar a compañías pequeñas y medianas con problemas financieros urgentes⁹¹. Por otro lado, en Reino Unido el mismo mecanismo fue contemplado muchos años antes en la *Insolvency Act 1986* y fue concebido como un proceso de insolvencia que requería que la compañía propusiera un acuerdo respecto a sus deudas con sus acreedores.⁹² En este sentido, el artículo 1 de dicho cuerpo normativo señala que el objetivo es que las compañías puedan llegar a un acuerdo para la satisfacción de sus deudas o un plan de pago.⁹³

En cuanto al proceso, la *Insolvency Act* señala en primer lugar y como ya se mencionó anteriormente, la necesidad de que el representante legal sea quien presente la propuesta de acuerdo, por un lado⁹⁴ y, por otro lado, confiere la facultad para que una persona pueda actuar, a nombre del convenio, como supervisor o administrador concursal⁹⁵.

La particularidad que presenta este cuerpo normativo y que aporta un gran elemento para cerciorarse de la efectividad de dichos acuerdos, es que la ley establece que aquel que supervise dicho convenio, debe ser alguien calificado para actuar como administrador concursal⁹⁶. En otras palabras, señala que quien se encargue del proceso debe cumplir el requisito de ser especializado en dicha materia, garantizando así que no sea llevado por alguien que no entienda totalmente el proceso.

Por otro lado, otro aspecto positivo que presenta este modelo es que dicho administrador o mediador concursal será quien lleve las reuniones, decida la conveniencia de las mismas y en general supervise el buen funcionamiento de las reuniones entre la compañía y los acreedores participantes de la misma⁹⁷. Esto permite que, aquel experto calificado y en su calidad de administrador/mediador, sea quien lleve el proceso para poder asegurar el mejor de los resultados.

⁹¹ Julizaerma Mohamad Khudzari, Norziana Lokman y Sarina Othman “*Corporate Voluntary Arrangement: A Literature Review*”, 1.

⁹² Julizaerma Mohamad Khudzari, Norziana Lokman y Sarina Othman “*Corporate Voluntary Arrangement: A Literature Review*”, 1.

⁹³ Artículo 1 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁹⁴ Artículo 1 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁹⁵ Artículo 2 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁹⁶ Artículo 2 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁹⁷ Artículo 2 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

En las reuniones mencionadas será donde se tome una decisión respecto al acuerdo propuesto⁹⁸. Cabe recalcar que la ley faculta a las partes realizar las modificaciones que consideren necesarias⁹⁹. Esto, aunque parezca insignificante o esté implícito, es un gran aporte, pues permite que, según el grupo de acreedores con el que se esté negociando, se pueda llegar al mejor de los acuerdos de manera independiente y sin la interferencia de un tercero alejado de las necesidades de ambos lados.

Algo similar lo contempla la legislación de Malasia. La misma sostiene que el oficial judicial, una vez se recepte la solicitud para un acuerdo, deberá convocar a una reunión, notificando a los directores de la compañía y a su vez a todos los acreedores de la compañía que se registraron para el proceso¹⁰⁰. Para poder llevar a cabo dicha reunión, el oficial judicial deberá, de manera previa, haber enviado a los acreedores participantes un resumen de las deudas de la compañía y la causa por la cual están inhabilitados de pagarlas¹⁰¹.

5.3.2. *Companies Creditors Arrangement Act*

De manera similar al modelo antes analizado, el *CCAA* nació como una respuesta a una situación económica crítica en Canadá. Durante la Gran Depresión, el parlamento de dicho país arrojó el *CCAA* como una respuesta para evitar que sigan existiendo acreedores insatisfechos producto de la falta de capacidad de pago de las compañías¹⁰².

Dicho mecanismo sirve de igual manera para que las partes involucradas en una situación concursal puedan llegar a un acuerdo adaptado a la realidad del deudor y de su situación financiera¹⁰³. En este sentido, la ley aplicable señala la gran ventaja de poder categorizar a sus acreedores¹⁰⁴ y así seccionarlos según similitudes, tanto empresariales como financieras.

Con las categorías marcadas, la legislación canadiense contempla algo similar a la británica al establecer, de inicio, la necesidad de ordenar una reunión entre la categoría de acreedores y los accionistas¹⁰⁵. De tal manera, permite y fomenta que dichas partes

⁹⁸ Artículo 4 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

⁹⁹ Artículo 4 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

¹⁰⁰ Artículo 22(1) *Companies (Corporate Rescue Mechanism) Rules 2018*.

¹⁰¹ Artículo 21 *Companies (Corporate Rescue Mechanism) Rules 2018*.

¹⁰² Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A history of the Companies Creditors Arrangement Act*, 3.

¹⁰³ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A history of the Companies Creditors Arrangement Act*, 159.

¹⁰⁴ *Companies' Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985, c. C-36 de Canadá, reformado por última vez el 27 de abril de 2023.

¹⁰⁵ *Companies' Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985, c. C-36 de Canadá, reformado por última vez el 27 de abril de 2023.

puedan establecer un acuerdo que convenga a ambos y, además, hacerlo de manera más personalizada según la categoría del acreedor.

De manera similar al mecanismo adoptado en Malasia, existe una intervención de un tercero judicial con la finalidad de proteger a los acreedores y evitar que se convierta en un acuerdo abusivo¹⁰⁶. Una protección adicional se confiere al momento que, se establece que el acuerdo únicamente será aprobado por el tribunal si prevé el pago a los empleados y antiguos empleados de la compañía inmediatamente después de la decisión¹⁰⁷. De esta manera, el *CCAA* y su estructura se cerciora que, mediante un acuerdo de descarga o reorganización de pasivos, no se violenten derechos fundamentales reconocidos mundialmente y a la par permita a la compañía viable salvarse y seguir en el curso de sus operaciones.

5.3.3. Descarga de Pasivos

Ahora bien, entrando un poco en una realidad más cercana a la ecuatoriana, es necesario analizar el régimen concursal en Colombia. El Decreto Ley 560, de manera concreta, surgió como una medida emergente propuesta por el gobierno colombiano para aliviar los duros efectos de la pandemia del COVID-19¹⁰⁸. En este sentido, se crearon varias instituciones concursales como la capitalización de pasivos¹⁰⁹, la descarga de pasivos¹¹⁰ o los pactos de deuda sostenible¹¹¹.

Para efectos de lo que se ha analizado en el presente trabajo y lo que se busca implementar en Ecuador, la institución concursal que cobra relevancia es la de la descarga de pasivos. Como ya se ha tratado en distintos puntos del trabajo, cuando el pasivo del deudor sea excedente a su valoración como empresa, se podrá acordar una descarga de este¹¹².

Ahora bien, cabe recalcar una de sus mayores virtudes: proteger a toda costa los derechos de los trabajadores, pensionados o alimentos de menores¹¹³. En otras palabras, todos los créditos que involucren a una clase menos favorecida no pueden ser afectados de ninguna manera. Esto, como se expondrá más adelante, es uno de los factores

¹⁰⁶ Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A history of the Companies Creditors Arrangement Act*, 159.

¹⁰⁷ *Companies' Creditors Arrangement Act* R.S.C., 1985, c. C-36 de Canadá, reformado por última vez el 27 de abril de 2023.

¹⁰⁸ Abecé Régimen de Rescate Empresarial Decreto Ley 560 de 2020 emitido por la Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2020.

¹⁰⁹ Artículo 4.1. de Decreto 560 de 2020.

¹¹⁰ Artículo 4.2. de Decreto 560 de 2020.

¹¹¹ Artículo 4.3. de Decreto 560 de 2020.

¹¹² Artículo 4.2. de Decreto 560 de 2020.

¹¹³ Artículo 4.2.3. de Decreto 560 de 2020.

necesarios a ser incluidos en Ecuador para garantizar que la salvación de una empresa viable no signifique el desmedro de los derechos de ciertos acreedores protegidos.

En segundo lugar, un aspecto fundamental que hizo viable a esta institución concursal es el del porcentaje de aprobación. Como se explicó en la sección de la LCP, el Decreto Ley 560 exige la aprobación del acuerdo de descarga de pasivos de por lo menos el 60% de acreedores¹¹⁴. Esto, bajo un análisis crítico, representa un equilibrio entre garantizar que, por un lado, una buena parte de los acreedores esté satisfecho con el acuerdo y, por el otro lado, no vuelva inviable dicho proceso.

Ahora bien, respecto a la determinación de si aplica o no aplica para el proceso y para determinar el pasivo que puede ser sujeto de descarga, el régimen concursal colombiano señala la necesidad de acompañar la propuesta de descarga con una valoración de la empresa, realizado con base en los requisitos que establece su Código Orgánico General de Proceso.¹¹⁵ Esto tiene como objetivo determinar dos cosas: la primera es respecto a la viabilidad o no de la compañía y la segunda es, de ser viable, determinar cuántos y cuales pasivos serán eliminados con una debida sustentación. Adicionalmente, representa una garantía para los acreedores que dicha valoración sea mecanizada, es decir, tenga una estructuración determinada por la Ley.

5.4. Aspectos por introducir

Dentro de todos los requisitos que se analizarán a continuación, es vital iniciar esta sección señalando que el presente trabajo busca dar un giro al régimen concursal/empresarial ecuatoriano. ¿En qué sentido? Pues si bien se está proponiendo la inclusión de un sistema de descarga de pasivos, lo que se plantea en el presente trabajo es que la gestión concursal no debe finalizar ahí.

Si lo que se busca es sanear el mercado comercial para mantener el flujo de dinero, aumentar la productividad y en general, aportar al crecimiento económico, el plan de descarga de pasivos debe ir más allá. En las palabras de Aurelio Guerra Martínez,

[...] incluir acuerdos que puedan suponer cambios operacionales de la compañía, ya sea en su estructura orgánica o de gestión, o en su modelo de negocio. Por tanto, los planes de reorganización también pueden ser utilizados para reestructurar una compañía desde una perspectiva económica u organizativa [...]¹¹⁶.

¹¹⁴ Artículo 4.2.2. de Decreto 560 de 2020.

¹¹⁵ Artículo 4.2.1. de Decreto 560 de 2020.

¹¹⁶ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 209.

Esto proporciona una base para esperar que, dentro de un proceso de descarga de pasivos, se exija a la compañía también presentar un plan de reorganización comercial y de su plan de negocios, mismo que debe ser aprobado por el ente competente.

5.4.1. Deudor de Buena Fe

Dentro de los requisitos más importantes a tomar en cuenta es la calidad de deudor que ostente la compañía. La forma en que se estructure los requisitos de la Buena Fe será primordial para marcar la diferencia entre un proyecto innovador y una oportunidad para cometer fraude por parte de las compañías.

Para entender un poco a dónde debe ir orientado dicho requisito, es necesario recurrir a lo que estipula un mecanismo de segunda oportunidad, pero para personas físicas: el *fresh start* en España¹¹⁷. Si bien esto es para personas naturales, la forma en que se estructura es digno de analizar para adaptarlo a personas jurídicas.

Dicho mecanismo sostiene que existen varios supuestos que se debe cumplir para ser considerado un deudor de buena fe: no tener sentencia en firme en contra por delitos socioeconómicos, no haber sido sancionado por infracciones y, en general, no haber actuado de mala fe¹¹⁸.

Sin embargo, la legislación española optó por especificar aún más la buena fe del deudor. Esto nació con base en el caso *Local Loan Co. Vs Hunt* 1934 de la legislación estadounidense. En la misma, ya se contempló la idea de absolver el pasivo de un deudor honesto que se vio sobreendeudado y con limitada capacidad de pago¹¹⁹. De la mano de esto, el legislador español entendió que un deudor puede verse inmerso en una serie de eventos aleatorios o de extrema dificultad económica, limitando así su capacidad de pago¹²⁰.

Dentro de los ejemplos más recientes aplicados a Ecuador, se encuentra la pandemia del COVID-19, algo que afectó a la economía de toda compañía a nivel mundial, o los recientes racionamientos de energía eléctrica que han supuesto una grave complicación en la operación de los negocios.

En este sentido, es necesario incluir en Ecuador del deudor de buena fe o de deudor honesto pero desafortunado. Dicho requisito deberá buscar que la autoridad

¹¹⁷ Ley 25/2015 de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social publicado en Boletín Oficial 180 de 29 de julio de 2015

¹¹⁸ Fernando Azofra Vegas “La Segunda “Segunda Oportunidad”, 231 y 232.

¹¹⁹ *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 54 S. Ct. 695 (1934).

¹²⁰ Mónica Huaying Su Hou “Los derechos del deudor honesto pero desafortunado en el Estado social español” en *Universidad Pontificia Comillas*, 2020, 11.

competente determine las causales que llevaron a la compañía deudora a encontrarse en una situación de insolvencia y, a la vez, determinar que la descarga de pasivos no es propuesta para una especie de fraude.

Para esto, se debe tomar en cuenta que la compañía no tenga antecedentes de insolvencia o procesos judiciales por falta de pago¹²¹. Analizar que dicha compañía no tenga deudas en firmes con el Servicio de Rentas Internas o procesos judiciales en materia tributaria pendiente¹²². Deberá también tomarse en cuenta que no exista un claro abuso a los derechos de remuneración de los trabajadores¹²³. Por último, será necesario que la compañía demuestre que las causas de su falta de capacidad de pago radican en circunstancias ajenas a su control y que no pudieron preverse¹²⁴.

5.4.2. Aprobación de una clase de acreedores

Ahora bien, en cuanto a la aprobación de la descarga de pasivos, es necesario recalcar el papel primordial que juegan los acreedores en la organización de dicho acuerdo, pues este deberá ser estructurado según la realidad que satisfaga a la mayoría de ellos.

Para poder introducir este aspecto en Ecuador, lo más conveniente es tomar como referencia la regulación canadiense o norteamericana. En este sentido, será necesario dividir a los acreedores por intereses económicos, urgencia de pago y otros factores que tengan en común¹²⁵. Una vez se hayan dividido a los acreedores por clases, se puede establecer distintas condiciones, dentro del mismo acuerdo, para la descarga de pasivos con las distintas clases y cómo el mismo será estructurado para no dejar en indefensión a ninguno y que por tanto represente un beneficio para todos.

Pero ¿Qué pasa si una de las clases no cree que sea suficiente? Partiendo por el hecho de que se da pie a la negociación de las cláusulas y que justamente por eso se incentiva a la reunión entre los representantes legales de la compañía y los acreedores, de no existir finalmente un acuerdo con una de las clases, esto no significará el completo rechazo del acuerdo.

Aurelio Guerra Martínez, al momento de explicar el funcionamiento de la legislación norteamericana en este aspecto, señala oportunamente que “[...] la aprobación

¹²¹ Fernando Azofra Vegas “La Segunda “Segunda Oportunidad”, 231 y 232.

¹²² *Ibidem*

¹²³ Artículo 4.2.3. de Decreto 560 de 2020.

¹²⁴ Mónica Huaying Su Hou “Los derechos del deudor honesto pero desafortunado en el Estado social español”, 11.

¹²⁵ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 210.

de una sola clase de acreedores permite que el plan se pueda imponer a las restantes clases de acreedores [...]”¹²⁶. De esta manera, se puede asegurar que, mientras la compañía mantenga su buena fe, el rechazo de una de las clases de los acreedores no supondrá el completo fracaso del acuerdo y que la compañía no obtenga su segunda oportunidad.

Por otro lado, el Decreto Ley 560 de Colombia señala que, únicamente, es necesaria la aprobación de, al menos, el 60% de los acreedores, como se ha mencionado anteriormente¹²⁷. En este sentido, Ecuador deberá adoptar un mecanismo donde se contemplen ambos porcentajes de aprobación, es decir, que una clase de acreedores lo apruebe o que, en su defecto, el 60% del total de acreedores contractuales lo haga.

Al implementar este requisito en Ecuador, se podrá asegurar que la Ley y el procedimiento como tal no se vuelvan genéricos como tantos otros, si no que permita la personalización de los acuerdos según las necesidades de cada compañía, teniendo en cuenta su plan o giro de negocio, el mercado en que se desenvuelve y las características únicas de cada uno y, por último, las necesidades de cada una de sus clases de acreedores.

5.4.3. Inviolabilidad de las acreencias con trabajadores

En Ecuador, así como en la gran mayoría de países, los trabajadores se encuentran como una de las clases más protegidas del mercado económico. Esto es garantizado por varios organismos tanto nacionales como internacionales, así como por distintos cuerpos normativos.

Por un lado, en el ámbito nacional, el Código del Trabajo señala que los derechos del trabajador son irrenunciables sin ningún tipo de excepción o estipulación en contrario.¹²⁸ Dicha norma se estipuló para que no puedan existir situaciones, acuerdos o negociaciones entre el empleador y el empleado (normalmente el más desfavorecido), donde el primero siente bases que dejen en indefensión al segundo.

En ámbito constitucional, los derechos de los trabajadores se encuentran reconocidos en distintas partes de la Constitución del Ecuador, además de los constantes reconocimientos en los fallos de la Corte Constitucional. Uno de estos señala que el Estado deberá garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, además de sus remuneraciones y retribuciones¹²⁹. En cuanto a la irrenunciabilidad de sus

¹²⁶ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 210.

¹²⁷ Artículo 4.2.2. de Decreto 560 de 2020.

¹²⁸ Artículo 4, Código del Trabajo, R.O. 167 de 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez el 27 de junio de 2024.

¹²⁹ Artículo 33 Constitución de la República del Ecuador 2008.

derechos, como por ejemplo el cobro de su sueldo pendiente, la Constitución respalda al Código del Trabajo en su artículo 326 inciso 2¹³⁰.

En materia concursal y, específicamente, en los acuerdos de descarga de pasivos, como se mencionó anteriormente, el régimen colombiano señala la inviolabilidad de las acreencias de los trabajadores al establecer que ningún acuerdo podrá afectar los derechos de estos¹³¹.

Uno de los puntos clave para que el presente proyecto funcione es estructurarlo de una manera en que no afecte los derechos de aquellas personas que dependen del pago para poder vivir. En este sentido, es necesario mecanizar la descarga de pasivos en Ecuador garantizando que, dentro de los planes de descarga, esté expresamente prohibido incluir las acreencias que se mantiene con los trabajadores de una compañía.

5.4.4. La creación de la Superintendencia de Procesos Concursales.

No es algo desconocido que una de las grandes limitantes en el ejercicio societario en Ecuador es la falta de especialización en distintos aspectos concretos. Adicionalmente, es conocida la gran carga administrativa que tienen consigo los jueces de lo civil o la SCVS, quien, según la LCP, es la encargada de tramitar todos los procesos concursales en el país.

Atendiendo estas necesidades, la presente investigación demuestra la necesidad de contar con un ente especializado que resuelva los procesos de descarga de pasivos, así como el planteamiento de leyes, disposiciones o reglamentos, de ser necesario, para la correcta aplicación del mecanismo. Otras legislaciones concuerdan con esta necesidad, para lo cual implementan la obligación de que sea un experto calificado quien se encargue. Una gran introducción a eso, por ejemplo, es el *CVA*¹³².

Ahora bien ¿Por qué no recurrir a instancias judiciales como otros países? De la mano de las razones antes planteadas, sobre todo en la inexperiencia de los jueces en temas societarios y más aún en algo concreto como un asunto concursal de compañías, Aurelio Guerra Martínez señala que muchas veces los sistemas concursales fallan por implementar mecanismos o herramientas de otros países sin tener en cuenta las características particulares de la legislación en la que se las quiere instaurar¹³³.

¹³⁰ Artículo 326, inciso 2 Constitución de la República del Ecuador 2008.

¹³¹ Artículo 4.2.3. de Decreto 560 de 2020.

¹³² Artículo 2 *Insolvency Act 1986* de Reino Unido, publicada en octubre 1986.

¹³³ Aurelio Guerra Martínez, “*Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies*”, 275.

En este sentido, es oportuno tomar en cuenta la necesidad de alejarse de la realidad judicial y administrativa de Ecuador¹³⁴ y, por tanto, crear un ente denominado Superintendencia de Procesos Concursales, encargada netamente de tramitar los procedimientos de las compañías insolventes y su reorganización, dentro de los cuales estarán los de descarga de pasivos. Dicha Superintendencia deberá estar conformada por expertos en el área concursal para así evitar resoluciones sin fundamento.

Es necesario que esta Superintendencia se encargue de ciertos aspectos. El primero de estos es la aprobación de los planes de reorganización de los negocios. Como se mencionó anteriormente, el presente trabajo propone que las compañías no se limiten a presentar un acuerdo de descarga de pasivos. En su lugar, deberán extender su trámite y presentar una propuesta que reestructure su plan de negocios a futuro¹³⁵ y, por tanto, justifique desde otro ángulo el motivo para mantener viva a la compañía.

Por otro lado, si bien es cierto que se expuso la necesidad de permitir que la primera aceptación venga de la negociación entre la compañía y los acreedores sin la interferencia de un tercero, esto no significa que la presente propuesta deje en indefensión a los acreedores. Cuando se considere necesario y a petición expresa de las partes, la Superintendencia podrá asignar un tercero imparcial y calificado para mediar los acuerdos entre las partes, pasando a ser una especie de mediador concursal.

Ahora bien, respecto a la evaluación de la viabilidad de la compañía para determinar si vale la pena o no salvarla, es necesario que la Superintendencia realice una valoración. En este sentido, el primer paso que deberá realizar una compañía para iniciar este proceso será el de presentar, ante la Superintendencia, los balances financieros con fecha de corte un día antes de la junta de accionistas que conozca sobre la intención de iniciar este trámite¹³⁶. Adicionalmente, deberá presentar el plan de reorganización del negocio antes mencionado.

Una vez se hayan presentado dichos documentos, la Superintendencia deberá realizar una valoración de la compañía, utilizando un análisis técnico-económico¹³⁷ y determinar si la compañía demuestra viabilidad a futuro y por tanto merece ser salvada.

¹³⁴ Aurelio Guerra Martínez, *“Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies*, 119.

¹³⁵ Aurelio Guerra Martínez y Adrián Thery Martí “La solución de los procedimientos de insolvencia: ¿reorganización o liquidación?”, 209.

¹³⁶ Artículo 332, LC.

¹³⁷ Guía de orientación referida a los procesos, procedimientos y trámites de insolvencia. Superintendencia de Sociedades de Gobierno de Colombia. p.30 y 31.

Con la presentación de estos requisitos mínimos, con la apertura de que se puedan incluir otros más, la Superintendencia de Procesos Concursales aprobará o negará el trámite, tal como lo hace la SCVS para los actos societarios sujetos a aprobación previa por la misma¹³⁸. Una vez se cuente con esta aprobación, la compañía podrá iniciar las negociaciones con sus acreedores.

5.5. Objetivos y ventajas

Con todo lo planteado a lo largo del presente trabajo de investigación, tomando como punto de referencia las legislaciones extranjeras y orientado a mejorar una parte del sistema concursal ecuatoriano, es pertinente exponer los objetivos de contar con un sistema estructurado de descarga de pasivo y cuáles son las ventajas de adoptar lo que otros sistemas han incluido previamente.

5.5.1. Objetivos

En primer lugar, como uno de los principales objetivos, se plantea que un sistema de descarga de pasivos debe estar orientado a alivianar la crisis económica que aqueja al país y sus consecuencias como la disminución de plazas de trabajo, menor flujo económico y decrecimiento del mundo empresarial¹³⁹. Al instaurar dicho mecanismo, se busca que aquellas compañías que demuestren tener un proyecto o giro de negocio viable puedan subsistir y aportar a contrarrestar las consecuencias antes planteadas en una economía emergente.

En segundo lugar, el modelo de descarga de pasivos propuesto para Ecuador tiene como objetivo sentar las bases de un proceso concursal correctamente estructurado para que ninguna de las partes salga desfavorecida¹⁴⁰. Además, al dejar las reglas del juego bastante claras, se evita que se vulneren derechos o se creen situaciones de desfavorecimiento a una de las partes, en general, los acreedores. Con esto, se aportará a tener mayor seguridad jurídica al momento de incurrir en los procesos de reestructuración empresarial.

Consecuentemente, el estructurar dicho proceso va a permitir que sea exigible a las compañías tener una mejor estructuración empresarial, presentar planes de negocios que signifiquen un cambio y que, por tanto, la descarga de pasivos o la continuidad operacional no sea tomada a la ligera.

¹³⁸ Disposición General Cuarta, LC.

¹³⁹ Aurelio Guerra Martínez, *“Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies”*, 5.

¹⁴⁰ Aurelio Guerra Martínez, *“Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies”*, 125.

En cuarto lugar, resumiendo todo lo antes planteado, el contar con un sistema adecuado para la descarga de pasivos podrá incentivar a los emprendedores o accionistas a iniciar nuevas compañías u optar por nuevas líneas de mercado. Tal como lo sostiene Guerra Martínez, el Derecho de Insolvencia juega un papel crucial en el crecimiento económico de un país¹⁴¹. De esta manera, es muy importante que sus instituciones se encuentren correctamente contempladas y los mecanismos que se ofrezcan a las compañías y sus acreedores sean eficientes para mejorar el ámbito empresarial en Ecuador.

5.5.2. Ventajas

Si bien se ha expuesto a lo largo de toda la investigación las ventajas que supone el contar con un mecanismo de descarga de pasivos, es necesario entender cuáles son las más significantes dada la realidad del país. En este sentido, las ventajas descritas a continuación buscan topar los 3 ámbitos importantes; el económico, empresarial y el social.

La primera ventaja que hallamos, respecto al tema económico, es la continuidad de la generación de ingresos y por tanto incentivo al consumo. Sin importar el giro de negocio, el mantener a una compañía con un giro de negocio viable, significa que seguirá existiendo uno o varios consumidores de sus productos o servicios. De la mano, esto generará un flujo de dinero constante, lo que permitirá mayores inversiones para mejorar su oferta o, por otro lado, mayor respaldo para futuras inversiones. Por último, esto generará ingresos, lo que significa que se podrá tributar sobre los mismos. En este aspecto, no solo se genera un rédito para el sector privado, sino que también para el Estado.

En segundo lugar, en el ámbito empresarial, el contar con el mecanismo de descarga de pasivos significará otorgar una segunda oportunidad a una compañía. En este sentido, resulta beneficioso mantener operando a una compañía que vale más viva que muerta.

En apego a esto y haciendo alusión a un aspecto ya contemplado en nuestra actual LC, cabe volver a mencionar al acta de carencia de patrimonio. Esto quiere decir que, en un proceso de cancelación de una compañía, cuando el activo resulte insuficiente para pagar el pasivo, se deberá levantar dicha acta justificando este hecho¹⁴² y así comunicar la falta de capacidad de pago a los acreedores.

¹⁴¹ Aurelio Guerra Martínez, *“Reinventing Insolvency Law in Emerging Economies”*, 3.

¹⁴² Artículo 406, LC.

Ahora bien, la diferencia entre lo actual y lo que se propone incluir es que, teniendo en cuenta que en ambos casos se habla de un pasivo excedente, la legislación actual determina de todas maneras la liquidación de la compañía. Por otro lado, el sistema de descarga de pasivos facilita llegar a un acuerdo que beneficie ambas partes y así la compañía viable no deje de existir.

Por último, en el aspecto social, cabe recalcar lo que se ha topado en distintas secciones del trabajo. En primer lugar, el sistema de descarga de pasivos, y por tanto el mantenimiento de una compañía viable, significará que se puedan conservar plazas de trabajo, se puedan buscar arreglos para que proveedores no pierdan cuentas o, en general, incentivará a que los accionistas o gerentes generales sigan buscando cómo generar un aporte. Todo esto, de una u otra manera, representa un aporte a la sociedad.

En apego a esto, y recurriendo a lo señalado anteriormente por autores españoles, mantener al deudor hundido no beneficia en nada a la sociedad y más bien representa un perjuicio por los recursos sociales que consumirán los accionistas, trabajadores o demás¹⁴³. Por otro lado, mantenerla viva significara lo opuesto, es decir, la generación de más recursos. Al generar más recursos se crea un círculo constante de crecimiento económico que beneficiará tanto a las compañías para contar con más patrimonio, a los trabajadores para recibir aumentos de sueldo, como para los contratistas futuros de la compañía para asegurar mejores negocios.

6. Conclusiones

En primer lugar, se destaca la necesidad de contar con un sistema concursal y, en concreto, de descarga de pasivos correctamente estructurado. Como se planteó a lo largo del trabajo, la crisis económica que aqueja a Ecuador como una economía emergente es grave. Entre la pandemia del COVID-19, situaciones de inseguridad alarmantes y, recientemente, racionamientos de energía eléctrica enormes, el emprendedor y las compañías en general han tenido un marco comercial sumamente complicado. Ante esto, y teniendo en cuenta las falencias explicadas del sistema concursal ecuatoriano, muchas de las compañías, con objetos sociales prometedores, tuvieron que cancelarse.

Con base en la problemática identificada, la falta de una solución eficiente y en la investigación realizada, el presente trabajo puede concluir que es necesario y a la vez viable incluir un mecanismo de descarga de pasivos para las compañías. Esto, de ser bien

¹⁴³ Matilde Cuenca Casas, “*Fresh Start and Loan Market*”, 14.

estructurado por el legislador, supondrá una clara segunda oportunidad para aquellos negocios que merecen mantenerse en operación. Si bien es cierto que presenta sus falencias, la actual legislación societaria da nociones alentadoras para introducir lo planteado.

Con todos estos hallazgos, se pudo responder la pregunta de investigación planteada: ¿cómo se debe implementar el modelo de descargo de pasivo en el régimen concursal ecuatoriano? Se debe implementar precautelando los derechos irrenunciables, otorgando libertad a las partes sin dejarlas en la indefensión jurídica y sentando mecanismos para diferenciar entre la buena fe y el fraude.

Ahora bien, el presente trabajo también contó con limitaciones. En primer lugar, hablando en sentido regional, pero sobre todo nacional, el área de estudio es sumamente nueva. Se debe tomar en cuenta que el Decreto Ley de Colombia entró en vigor en 2020, es decir, recién 4 años atrás. Esto ocasiona que, doctrinariamente, no exista mucho material. Si bien es cierto que en otros países la figura existe hace tantos años más atrás, es necesario enfatizar en que son sociedades totalmente distintas, con realidades judiciales y administrativas muy separadas a la nuestra.

Debido a esto, fue necesario centrar la investigación en legislación, otro tanto destinada a autores que exponían sobre la insolvencia en general y por último tomar puntos legislativos nacionales como base. Con esto, se pudo obtener una base de investigación sólida que permitió consolidar todo en la propuesta de implementación de un mecanismo concursal.

De manera global y similar a lo antes expuesto, también es cierto manifestar que, en ciertos aspectos puntuales, existía poco o nulo desarrollo doctrinal. Esto supuso un limitante en la investigación, pues, para sustentar de manera adecuada ciertos aspectos, era necesario hacer estudios comparativos de otras legislaciones, jurisprudencia o de autores más generalizados.

Como sugerencia, se invita a todos los expertos en el área de insolvencia empresarial a investigar a profundidad este tipo de mecanismos. Es sumamente necesario que se tome cartas en el asunto y se proponga una mejora en la actual propuesta de descarga de pasivos o una importante modificación del régimen concursal ecuatoriano.

Adicionalmente, es vital que las instituciones públicas, sobre todo aquellas especializadas, centren sus esfuerzos y competencias normativas en encontrar y adaptar mecanismos que se ajusten a nuestra realidad. Reiterando lo señalado por Aurelio Guerra

Martínez, el adoptar otros sistemas sin tomar en cuenta la realidad nacional, es una de las principales causas por las que dichos sistemas fracasan rotundamente.

Finalmente, como recomendación, es necesario la creación de una Ley de Descarga de Pasivos, o, en su defecto, una seria reforma a la actual LCP, incluyendo la descarga de pasivos como un proceso claramente estructurado.

De la mano, se recomienda una mayor participación, tanto de los estudios jurídicos nacionales que cuentan con áreas societarias, como de doctrinarios especializados en el área. Esto logrará que el debate sea llevado por expertos y que, de llegar a crearse, la Superintendencia de Concurso Preventivo esté correctamente manejada, representando así una verdadera ayuda para las compañías y sus acreedores.