

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
USFQ**

Colegio de Jurisprudencia

**La prelación de créditos convencional como mecanismo para
fomentar el régimen concursal ecuatoriano**

Johanna Lorena Guerra Uscocovich

Jurisprudencia

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

Quito, 09 de abril de 2021

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Johanna Lorena Guerra Uscocovich

Código: 00135827

Cédula de identidad: 171787088-3

Lugar y Fecha: Quito, 09 de abril de 2021

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

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

UNPUBLISHED DOCUMENT

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

LA PRELACIÓN CONVENCIONAL COMO MECANISMO PARA FOMENTAR EL CONCURSO PREVENTIVO ECUATORIANO¹

CONVENTIONAL CREDITS AS A MECHANISM TO PROMOTE ECUADORIAN REORGANIZATION PROCEEDING

Johanna Lorena Guerra Usocovich²
johausocovich@gmail.com

RESUMEN

El concurso preventivo es un mecanismo previsto para salvaguardar a empresas viables en situaciones de crisis financieras y problemas de insolvencia. En el contexto ecuatoriano, los créditos privilegiados de la Ley de Concurso Preventivo son: los créditos laborales, tributarios y del seguro social. Sin embargo, debido a la ineficacia de dicha ley, el concurso preventivo no ha cumplido los objetivos para los cuales fue creado. En tal sentido, se analizó el régimen concursal ecuatoriano y preceptos de derecho económico como la crisis financiera de las empresas y el sobreendeudamiento. De esta manera, se determinó que el régimen concursal no es eficiente para la recuperación de las empresas; por lo que se propone la prelación convencional de créditos y el pago por compensación a través del principio de la autonomía de la voluntad sin descuidar aquellos créditos que han sido pactados previamente.

PALABRAS CLAVE

Derecho concursal, concurso preventivo, prelación de créditos, crisis financiera, sobreendeudamiento.

ABSTRACT

Company restructuring proceedings are mechanisms to prevent viable companies from liquidating due to financial distress or liquidity concerns. In the Ecuadorian context, labor, tax and social insurance credits are senior to any other credit. However, due to the ineffectiveness of the bankruptcy law, the reorganization proceedings have not met the objectives for which they were created. This dissertation studies the Ecuadorian company restructuring regime. For that reason, it analyses the difference between viable and non-viable companies, financial distress and debt overhang. It concludes that the Ecuadorian regime does not function properly, and it suggests introducing the contractual seniority of creditors as a means to prevent the liquidation of companies facing a debt overhang.

KEYWORDS

Bankruptcy Law, reorganization proceeding, priority of claims, financial distress, debt overhang.

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 a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 13 de mayo de 2021
Fecha de publicación: 13 de mayo de 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. GENERALIDADES DEL DERECHO CONCURSAL Y ESTADO DE LA CUESTIÓN.- 2.1. PRELACIÓN DE CRÉDITOS.- 2.2. CRÉDITOS PRIVILEGIADOS Y ORDINARIOS.- 2.3. EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA.- 2.4. OBJETIVOS DEL DERECHO CONCURSAL 2.5. REGULACIÓN NORMATIVA DEL SISTEMA CONCURSAL ECUATORIANO.- 3. EL SISTEMA CONCURSAL EN EL ECUADOR.- 3.1. LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS EN EL ECUADOR.- 4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO CONCURSAL Y LA PRELACIÓN CONVENCIONAL COMO MECANISMO PARA FOMENTAR EL RÉGIMEN CONCURSAL.- 4.1. CRISIS FINANCIERA EN LAS EMPRESAS Y REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL 4.2. SOBREENDEUDAMIENTO.- 4.3. PRELACIÓN DE CRÉDITOS CONVENCIONAL 5. PROPUESTAS PARA EL DISEÑO DE UNA LEY CONCURSAL ECUATORIANA.- 6. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

Las empresas³ son un elemento esencial para cualquier sistema económico, fueron creadas como un mecanismo para hacer negocios, brindar servicios y producir bienes. A través de su actuar han sido generadoras de trabajo, sujetos pasivos de obligaciones tributarias, entre otros. Al desarrollarse en diferentes ámbitos dependiendo su actividad y recursos crean innovación y competencia en los mercados. En fin, son beneficiosas para la sociedad y la economía. No obstante, todas estas cualidades se ven alteradas cuando enfrenta una crisis económica que puede afectar su existencia y causar su quiebra.

Si la empresa deja de producir y termina, se crean efectos indeseables no solo para sus accionistas y trabajadores, sino también, para los que se desenvuelven alrededor de su giro de negocio. En razón de esto y para velar por los intereses de todos a quienes afecta la quiebra se creó el derecho concursal. Este mitiga el impacto de la crisis en las empresas, evita sus daños colaterales y regula las consecuencias del estado de insolvencia del deudor y las diversas vías para remediar esta situación⁴.

El derecho concursal cuenta con procedimientos que permiten: por un lado, salvaguardar a las empresas de la quiebra y, por otro, asegurar una liquidación eficiente en el caso de que su giro de negocio fuera inviable. El primero denominado concurso preventivo, el segundo, concurso de acreedores.

El concurso preventivo tiene por objetivo rescatar a las empresas en dificultades de liquidez mediante mecanismos como: convenios entre comerciantes y acreedores, reorganización empresarial, pautas para la quiebra, entre otros. Sin embargo, solo es justificado cuando las empresas que lo utilizan son viables.

Lo anterior quiere decir que, únicamente es eficaz cuando el valor de liquidación de los activos de la empresa es inferior al valor como negocio en marcha. Si el valor de liquidación de los activos es mayor a su valor como negocio en marcha, la reorganización empresarial no resultaría un método eficiente porque resultaría mejor liquidar la empresa y continuar el procedimiento de quiebra, ya que estos recursos se destinarían a una actividad más productiva.

Dentro del contexto ecuatoriano, el derecho concursal y los procedimientos de concurso preventivo y de concurso de acreedores fueron desarrollados por el legislador en los siguientes textos normativos: Ley de Concurso Preventivo, LCP, Código Orgánico General de Procesos, COGEP, y Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, LOAH. No

³ Para el presente trabajo se entenderá a empresa y compañía como sinónimos.

⁴ Antonio Horst, *“Introducción al derecho concursal”* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 21.

obstante, a pesar de que existe diversidad reglamentaria en sistema concursal todavía prima el desconocimiento en torno a su finalidad, haciendo que este derecho sea considerado poco relevante y en consecuencia mínimamente desarrollado.

Por lo cual, esta investigación analiza si la normativa que regula el concurso preventivo contribuye o no al rescate de las empresas en el Ecuador. Esto será desarrollado a través del estudio de la prelación de créditos y de una breve exposición del derecho económico, con la finalidad de resolver si ¿es conveniente modificar la legislación ecuatoriana para hacer de la prelación de créditos un mecanismo convencional y así, fomentar el régimen concursal?

Para darle una respuesta a la interrogante se utiliza el método deductivo, que consiste en ir de lo más general a lo más específico, por lo que, se analiza el origen y desarrollo del derecho concursal para llevarlo al contexto ecuatoriano con la intención de verificar que sus principios y características fundamentales han sido adoptadas de manera eficiente en la legislación ecuatoriana.

Es preciso advertir al lector, que la investigación brinda información sobre ‘cómo deberían ser’ las instituciones concursales y no sobre ‘cómo son’. Esta aclaración resulta necesaria porque, en la actualidad, la prelación convencional no podría afectar a los acreedores privilegiados, ya que cualquier acuerdo de esa naturaleza no estaría amparado en la ley.

Por último, este trabajo se estructura de la siguiente manera: la sección 2, realiza una breve introducción de las generalidades del sistema concursal a través de su evolución histórica y el porqué de la prelación de créditos. La sección 3, expone de manera detallada el sistema concursal ecuatoriano, específicamente el procedimiento de concurso preventivo. La sección 4, realiza un análisis económico del derecho concursal mediante el sobreendeudamiento de las empresas y la prelación de créditos convencional. La sección 5 plantea algunas propuestas para modificar el concurso preventivo ecuatoriano y hacerlo más eficiente. Finalmente, la sección 6 concluye con una breve síntesis de los principales hallazgos.

2. Generalidades del derecho concursal y estado de la cuestión

2.1. La prelación de créditos en el derecho concursal

El derecho concursal, también conocido como derecho de la quiebra, nació en el norte de Italia en la Edad Media. Se creó como una institución destinada a enfrentar la quiebra de los comerciantes a través de disposiciones de carácter penal que sancionaban y castigaban drásticamente a los quebrados. Entre las condenas se encontraba el arresto del quebrado para sancionarlo con la pérdida de la ciudadanía, el derecho a ejercer un

oficio, la tortura e incluso la pena de muerte⁵. Este derecho quería evitar que los comerciantes realizaran actividades que causaran su ruina personal y la de todos quienes trabajaban para ellos y así, prevenía el daño social producto de la insolvencia comercial⁶.

El carácter punitivo y las sanciones de la quiebra tuvieron como consecuencia que los comerciantes huyeran para no ser objetos de tales condenas. En ese tiempo, la fuga del deudor era el reconocimiento implícito de su estado de insolvencia y todos los que no podían cancelar su deuda eran considerados fraudulentos. Sin embargo, ante la ausencia del fallido el sistema concursal no podía liquidar su patrimonio, en base a que, no era permitido condenar a un individuo sin antes escucharle⁷. Esto producía que los acreedores se quedaran sin la satisfacción de sus obligaciones y fueran ellos los que asumían las pérdidas de la quiebra.

Para evitar que lo anterior sucediera, el derecho concursal evolucionó; se introduce la distinción en el comportamiento del deudor al diferenciar a los fugados fraudulentos de aquellos que no lo eran, se separa la quiebra culposa de la dolosa y, se crea la noción de insolvencia y falta de liquidez de caja del comerciante. Así pues, el quebrado víctima de fuerza mayor y acontecimientos imprevisibles podía evitar la deshonra, la liquidación de su patrimonio y modificar las relaciones con sus acreedores a través de convenios y soluciones de pago⁸.

El desarrollo del derecho concursal comienza a considerar la distribución de los daños producidos por la quiebra y crea un régimen para proteger a los acreedores de los deudores fallidos. De modo que, reemplaza la regla *prior in tempore potior in iure*, primero en tiempo mejor en derecho, por una nueva llamada *par conditio creditorum*, igualdad condición de crédito⁹, pauta que se ha mantenido hasta la actualidad.

La *par conditio creditorum*, según Román, es uno de los principios rectores del derecho concursal¹⁰, tiene como objetivo evitar las ejecuciones individuales que perjudican el derecho de acreedores, así, pretende que ningún acreedor pueda beneficiarse a costa de otro y se quede sin ver cumplida su acreencia, ya que reúne todos los juicios particulares en una ejecución universal.

Este principio ha ido evolucionado en el tiempo para ajustarse a los avances contemporáneos surgidos de quienes lo aplican, por lo que, ha desarrollado la noción de

⁵ Juan Román, “Evolución Histórica del Salvamento de las Empresas en Crisis”, *Salvamento de las Empresas en Crisis* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 15.

⁶ *Id.*, 14.

⁷ Según lo indicaba el principio *ne quis absens puniatur*. Ver: *Id.*, 17.

⁸ *Id.*, 14.

⁹ *Id.*, 18.

¹⁰ *Id.*, 75.

créditos privilegiados. Lo que quiere decir que, ciertos acreedores cuentan con un mejor derecho para hacer cumplir sus créditos. Al respecto, Goldenberg y Gurrea consideran que la *par conditio creditorum* debe ser respetada siempre que los acreedores sean iguales, pero estos usualmente no lo son¹¹.

Según una interpretación amplia de dicho principio, tratar iguales a todos los acreedores perjudicaría a aquellos que fueron más diligentes, que extendieron créditos cuando otros no lo hicieron o, que concedieron créditos a intereses más bajos por medio de garantías obtenidas a partir de una contraprestación¹². De tal manera, el trato igualitario provocaría que los acreedores no tengan incentivos para conceder créditos o que, si lo hicieran, fuera en condiciones más onerosas para el deudor.

Es así como, el derecho concursal toma en cuenta la prelación de créditos para que se proteja el derecho de dichos acreedores. Según, Goldenberg y Gurrea en la mayor parte de los sistemas concursales existen cuatro tipos de créditos: primero, los créditos garantizados, que son aquellos que se basan en una garantía real para el cumplimiento de sus obligaciones; segundo, los créditos privilegiados o preferenciales, aquellos que la legislación regula para ser pagados con anterioridad a cualquier otro crédito concursal; tercero, los créditos ordinarios, que son aquellos que no encajan en ninguna otra categoría, pero se pagan una vez cancelada la totalidad de todos los créditos preferenciales; y, cuarto, los créditos subordinados, que son pagados en último lugar.

El análisis objeto de este trabajo tiene lugar en el desarrollo exclusivo de los créditos ordinarios y privilegiados, por lo que, se deja de lado las otras categorías de créditos para un análisis posterior.

2.2. Créditos privilegiados y ordinarios

Los créditos privilegiados, o de primer orden, son aquellos a los que el legislador otorga una categoría preferente, siendo muchas veces beneficiarios de esta prelación: los trabajadores, el Estado a través de sus instituciones y aquellos acreedores con títulos ejecutivos y garantías reales. Son definidos como

[...] aquellos en los que, sin existir una ventaja válidamente constituida ex ante (como ocurre con los acreedores garantizados), el legislador otorga a sus titulares una posición preferente en el ranking de créditos. En concreto, serán los acreedores concursales que, una vez detraídos los bienes del acreedor garantizado [...] cobren en primer lugar. Por tanto, [...], los acreedores privilegiados serán los primeros en ser pagados¹³.

¹¹ Ver: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

¹² *Id.*

¹³ *Id.*

La preferencia que la ley otorga a esta clase de créditos, en algunos casos, está basada en las fallas del mercado, que pueden darse cuando el “acreedor se encontraba en una situación de inferioridad respecto del deudor, ya sea en términos de información o en términos de poder de negociación, o situaciones en las que existe algún tipo de “externalidad negativa al sistema”¹⁴.

Por otro lado, los créditos ordinarios pueden definirse por exclusión al no entrar en otra categoría de créditos. Para el legislador, estas obligaciones no cuentan con circunstancias excepcionales que motiven la creación de un tratamiento privilegiado porque sus niveles de riesgo han sido previamente establecidos en los contratos, donde usualmente, se define la forma de pago y los intereses¹⁵. Por consiguiente, estos acreedores reciben su pago del remanente que dejó la satisfacción de los créditos garantizados y privilegiados, lo que trae como consecuencia un alto nivel de riesgo en casos de insolvencia.

Esta clase de créditos sigue la regla de distribución proporcional, o regla *pari passu*, que protege los intereses del acreedor otorgándole la garantía de que su deuda tendrá igualdad de trato con deudas presentes o futuras del deudor. Este precepto persigue que otros no tengan más derechos cuando fuera necesario llegar a concurso de acreedores o a la liquidación de la empresa. En fin, evita que otros acreedores, con créditos igualmente ordinarios, puedan anticipar su cobro, obteniendo una preferencia de facto¹⁶.

2.2.1. El principio de conservación de la empresa

La crisis que azotó la economía mundial en la década de 1930 tuvo como resultado que la actividad económica se paralizará provocando que bancos y empresas de diversos sectores quebraran. Para evitar dichos sucesos y sus terribles efectos, los gobiernos se vieron en la necesidad de adoptar medidas proteccionistas que salvaguardaran a estas entidades. Lo cual provocó que, el sistema concursal pase de tutelar el interés de los acreedores a adoptar la noción propuesta por el principio de conservación de la empresa¹⁷.

Fue así como, la Gran Depresión generó en el derecho concursal mecanismos y procedimientos que permitieron a deudores reorganizar empresas para evitar su quiebra y liquidación; entre los más relevantes se encuentran los capítulos 7 y 11 de la ley de bancarrotas de los Estados Unidos de América¹⁸.

¹⁴ Ver: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Juan Román, “Evolución Histórica del Salvamento de las Empresas en Crisis”, 41.

¹⁸ *Id.*, 44.

En consecuencia, las legislaciones modernas se han apartado del principio *par conditio creditore* para orientarse hacia un derecho concursal enfocado en el salvataje de las empresas, el mismo que pretende dotar al deudor con herramientas que le permitan afrontar una crisis. Así, este principio que rige al derecho concursal contemporáneo se define de la siguiente manera:

[...] aquel que tiene por fin no solo salvaguardar los intereses privados convergentes en esta, sino también los intereses colectivos que representa, objeto que se manifiesta en el derecho concursal a través de mecanismos jurídicos que buscan evitar la declaración de quiebra de la empresa o producir el alzamiento de dicha declaración manteniéndola íntegra en su conjunto¹⁹.

A pesar de la existencia de este principio, ciertas legislaciones todavía mantienen una normativa que toma como prioridad el interés de los acreedores por sobre la conservación de la empresa. Esto se debe a que consideran que al proteger a los acreedores se protege indirectamente a ésta y al mercado.

Para el derecho concursal ambos puntos de vista, aquel que protege a la empresa y aquel que protege los intereses de los acreedores, son igualmente válidos. Sin embargo, son los legisladores quienes consideran si su sistema concursal obedece a intereses de los acreedores, pro-acreedor, o al salvamento de la empresa, pro-deudor.

2.3. Objetivos del derecho concursal

En la actualidad, existe un debate acerca de los objetivos que persigue el derecho de la quiebra, por ejemplo, algunos doctrinarios defienden el derecho que tienen los acreedores al pago de sus créditos y otros, consideran que el sistema concursal debería tener una posición conservativa antes que una liquidatoria²⁰.

La primera perspectiva, supone ineficiente promover la continuidad de la empresa cuando es incapaz de mantenerse, de modo que, se afecta a los acreedores, quienes pueden entrar en estado de insolvencia ante la falta de cobro de sus créditos²¹, creando un efecto bola de nieve. Apoyando este punto de vista Jackson sostiene que el derecho concursal no es más que un mecanismo para recuperar deudas y su único objetivo es optimizar el pago de las acreencias del deudor²².

Esta corriente cuenta con tres argumentos principales: el primero, menciona que los administradores tienen que solventar las acreencias de la empresa cuando se encuentra

¹⁹Alex Wagemmn, “El principio de la conservación de las empresas dentro del contexto del derecho concursal”, en J. Román *Salvamento de las Empresas en Crisis* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 106.

²⁰Enrique Gadea, *Iniciación al estudio del Derecho concursal* (Madrid: Dykinson, 2006), 15.

²¹Federico Arias, *Cuadernos prácticos Bolonia. Derecho Mercantil. Cuaderno IV. Derecho concursal*, (Madrid: Dykinson, 2012), 15.

²²John Armour, “The law and economics of corporate insolvency: a review”, *ESRC Centre for Business Research, University of Cambridge* (2001), 9.

en crisis, dejando de lado los intereses de grupos ajenos. El segundo, son solo los acreedores quienes tienen la potestad de acudir ante las autoridades judiciales para cobrar sus acreencias. Por último, una vez iniciados los procedimientos legales la empresa solo puede saldar sus créditos con quienes hasta la fecha fueron sus acreedores²³.

Por otro lado, la segunda postura expone que el derecho concursal debe inclinarse hacia una posición conservativa antes que una liquidatoria²⁴ para que las empresas, consideradas total o parcialmente viables, tengan alternativas en beneficio no solo de las mismas sino también de sus acreedores, trabajadores y todos quienes participan de su giro de negocio²⁵. Donde, su objetivo es conservar la empresa en crisis cuando resulta conveniente reorganizarla para asegurar su normal desenvolvimiento.

Dentro de esta posición existen dos corrientes que analizan los objetivos del derecho concursal: la procesalista y la tradicionalista. Los tradicionalistas consideran que la empresa debe someterse a procedimientos formales para pagar a sus acreedores. Para esta corriente, si la empresa cierra se afecta a los trabajadores, proveedores, consumidores, entre otros, causando que cada acreedor tome acciones que pongan en peligro su existencia. Por lo tanto, el derecho concursal tiene como objetivo darle una segunda oportunidad a la compañía al detener el comportamiento de los acreedores y obligarlos a esperar, con la intención de ofrecerle una segunda oportunidad a la empresa y mejores condiciones a sus deudores.

En contraste, los procesalistas se basan en la economía de mercado, de modo que, si una firma no puede competir efectivamente es mejor terminarla. Estos consideran que una empresa puede fracasar económicamente, tener problemas financieros o ambas; cuando la empresa fracasa y no es posible salvarla es más eficiente su liquidación al permitir el traslado de dinero y recursos hacia una actividad que genere valor y active la economía. Por otro lado, cuando enfrenta problemas financieros, y la empresa es funcional, pero no cuenta con recursos para pagar a sus acreedores, no es eficiente liquidarla.

2.4. Regulación normativa del sistema concursal ecuatoriano

Una vez revisados los antecedentes del sistema concursal, se mencionarán de manera breve las principales normas que tipifican este derecho dentro del Ecuador.

²³ John Armour, "The law and economics of corporate insolvency: a review", 9.

²⁴ Enrique Gadea, *Iniciación al estudio del Derecho concursal*, 15.

²⁵ *Id.*, 15.

2.4.1. Ley de Compañías, LC.

La Ley de Compañías²⁶ es la ley ecuatoriana encargada de regular, entre otros, su disolución, liquidación, cancelación y reactivación²⁷. Siendo así, el auto de quiebra de la sociedad legalmente ejecutoriado²⁸ uno de los presupuestos de disolución de pleno derecho²⁹ previstos en esta ley. No obstante, para que una empresa sea declarada judicialmente en quiebra es necesario que se de cumplimiento con los dispuesto en la Ley de Concurso Preventivo y otros requisitos³⁰.

2.4.2. Ley de Concurso Preventivo, LCP.

La Ley de Concurso Preventivo define al procedimiento que lleva su nombre como “la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa”³¹. Según sus presupuestos, solo es aplicable para aquellas compañías constituidas en el país que se encuentren bajo la vigilancia y control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros³². Además, es necesario el cumplimiento de ciertos parámetros de activos, pasivos y número de trabajadores.

2.4.3. Código Orgánico General de Procesos, COGEP.

Por otro lado, el Código Orgánico General de Procesos a diferencia de la Ley de Concurso Preventivo, regula el procedimiento concursal para personas naturales, sean comerciantes o no³³. Esta normativa prevé el concurso de acreedores para casos de cesión de bienes o de insolvencia³⁴, de modo que, habilita a los deudores a acudir ante un juez para solicitar el inicio del concurso preventivo cuando cuentan con bienes o ingresos suficientes para cubrir sus deudas, pero, existe la imposibilidad de cumplir sus obligaciones en las fechas previstas.

²⁶ La Ley de Compañías fue reformada de manera reciente por la Ley de Modernización de Compañías con Registro Oficial Suplemento No. 347 de 10 de diciembre de 2020.

²⁷ Sección XII. Ley de Compañías [LC]. Registro Oficial 312 de 05 de noviembre 1999.

²⁸ Artículo 360.2. *Id.*

²⁹ Artículo 359. *Id.*

³⁰ Artículo 359. *Id.*

³¹ Artículo 2. Ley de Concurso Preventivo [LCP]. Registro Oficial Suplemento 422 de 21 de diciembre de 2006.

³² Artículo 1. *Id.*

³³ Artículo 415, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo 2015.

³⁴ Artículo 414, *Id.*

2.4.4. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del Covid-19, LOAH.

Como respuesta a la crisis derivada del COVID-19, el legislador, en lugar de actualizar el régimen concursal vigente, promulgó la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Esta norma tiene como objetivo fomentar la reactivación económica y productiva del Ecuador³⁵ a través de medidas que pretenden enfrentar las consecuencias derivadas de la pandemia. Entre sus disposiciones se encuentra un capítulo dedicado a los acuerdos pre-concursales de excepción³⁶ y al procedimiento de concurso preventivo excepcional³⁷.

3. El sistema concursal en el Ecuador

La LCP se creó como una herramienta para que las empresas en crisis puedan reestructurar sus deudas por medio de acuerdos o concordatos con sus acreedores. Fue promulgada en el año de 1997³⁸ y antes de su creación, el Ecuador no contaba con un sistema concursal o pre-concursal para la empresa, sino tan solo existía la figura de un concurso liquidativo³⁹. De tal manera, quienes enfrentaban crisis o estados de insolvencia no tenían más alternativa que vender su patrimonio para cumplir sus obligaciones. La única figura que se asimilaba a un sistema pre-concursal era la suspensión de pagos contenida en el antiguo Código de Comercio⁴⁰.

Hoy en día, la LCP establece que el objeto del concurso preventivo 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”⁴¹, por lo que es necesario regular las actuaciones entre estos sujetos con el fin de conservar la empresa. A pesar de que el derecho concursal, regulado en otros países, establece una postura a pro-deudor o pro-creedor, en el Ecuador no se tiene clara dicha postura ya que la LCP contiene preceptos que disponen condiciones más favorables, tanto para el deudor como para los acreedores.

Por otra parte, la LCP tiene competencia exclusiva sobre compañías anónimas, comanditas por acciones, de economía mixta, de responsabilidad limitada, sociedades por acciones simplificadas y empresas extranjeras que ejercen sus actividades en el Ecuador,

³⁵ Artículo 1, Ley Orgánica de Apoyo Humanitario [LOAH]. Registro Oficial Suplemento No. 229 de 22 de junio de 2020.

³⁶ Artículo 27, *Id.*

³⁷ Artículo 30, *Id.*

³⁸ La Ley de Concurso Preventivo fue promulgada en el Registro Oficial de 8 de mayo de 1997, sin embargo, fue codificada en el Registro Oficial Suplemento 422 de 21 de diciembre de 2006.

³⁹ Fabricio Dávila, “Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)* (2016), 14.

⁴⁰ Fabricio Dávila, “Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador”, 14.

⁴¹ Artículo 2. LCP.

siempre que su activo sea superior a diez mil quinientos quince dólares con sesenta centavos (\$10.515,60) o cuenten con más de 100 trabajadores registrados en nómina, y su pasivo superé los cinco mil doscientos cincuenta y siete dólares con ochenta centavos (\$5.257,80)⁴².

Es pertinente destacar que las compañías en nombre colectivo, comanditas simples y empresas unipersonales de responsabilidad limitada no se encuentran contempladas en la LCP. En tal virtud, estas personas jurídicas no cuentan con directrices para contrarrestar los efectos de la crisis⁴³.

Para que las empresas reguladas por la LCP puedan ser beneficiarias del concurso preventivo, es necesario que estén próximas a encontrarse o ya se encuentren en el estado de cesación de pagos⁴⁴, el cual se verifica con uno o más de los siguientes casos:

- a) El incumplimiento por más de sesenta días de una o más obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más del valor del pasivo total;
- b) Encontrarse ejecutoriados e insatisfechos uno o más autos de pago o providencias equivalentes, dictados contra el deudor, dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo y cuyas cuantías representen un treinta por ciento o más del valor del pasivo total;
- c) Endeudamiento por obligaciones de plazo menor de dos años y que exceda al ochenta por ciento del valor de sus activos; siempre que se demuestre que no podrá ser cubierto oportunamente;
- d) Daciones en pago de los activos necesarios para la actividad empresarial, que representen en conjunto más del veinte por ciento del activo de la empresa; y,
- e) Cuando las pérdidas alcancen el cincuenta por ciento o más del capital social y la totalidad de sus reservas⁴⁵.

Una vez admitido el concurso preventivo, la resolución de admisión debe contener “el nombramiento de uno o más supervisores de la sociedad concursada”⁴⁶ para controlar el procedimiento de concurso preventivo. Sin embargo, según Dávila, los supervisores son un obstáculo para aquellos que deseen hacer uso del concurso preventivo debido a que las empresas no quiere perder la autonomía sobre el control de su gestión⁴⁷.

Por otra parte, la LCP en lo respectivo a la toma de decisiones concordatarias dispone que solo se llegará a un concordato si existe la aceptación expresa y el voto favorable de al menos el 75% del valor de los créditos⁴⁸. Las decisiones tomadas dentro de este procedimiento deberán respetar la prelación de créditos; sin embargo, los

⁴² Artículo 1. LCP.

⁴³ Fabricio Dávila, “Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador”, 14.

⁴⁴ Artículo 3. LCP.

⁴⁵ Artículo 4. LCP.

⁴⁶ Artículo 12.e. *Id.*

⁴⁷ Fabricio Dávila, “Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador”, 17.

⁴⁸ Artículo 30.b. LCP.

acreedores podrán renunciar a sus preferencias crediticias en beneficio común o de la empresa⁴⁹.

En caso de que no se cumpla con el quorum del 75% se convocará a una nueva reunión y, si en esta nueva reunión no se alcanza dicho porcentaje, la autoridad competente dará por terminado el concurso⁵⁰. En otras palabras, si la cuota de acreedores es insuficiente, se entiende de manera tácita que no existe intención de celebrar un acuerdo concordatario. De tal manera, Dávila considera que este precepto no guarda relación con los objetivos del derecho concursal moderno dejando el futuro de la empresa en manos de sus acreedores inclinando la balanza en favor de sus intereses⁵¹.

Agregando a lo anterior, La LCP otorga a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros la potestad de tramitar el concurso preventivo de las empresas en el Ecuador, lo cual no sucede en otros países, como por ejemplo Estados Unidos, donde existen juzgados especializados en materia mercantil, societaria y concursal⁵².

Cabe destacar que, desde la promulgación de la LCP en el año 1997 la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros solo ha recibido 27 peticiones de concurso preventivo. Esto quiere decir que se ha recibido alrededor de 1.3 solicitudes por año, lo cual según Kelsen no es una condición de validez, quien considera que

[...] Una norma jurídica sólo es considerada como objetivamente válida cuando el comportamiento humano que ella regula se le adecúa en los hechos, por lo menos hasta cierto grado. Una norma que en ningún lugar y nunca es aplicada y obedecida, es decir, una norma que -como se suele decir- no alcanza cierto grado de eficacia, no es considerada como una norma jurídica válida. Un mínimo de la llamada "efectividad" es una condición de su validez⁵³.

En consecuencia, la LCP que considera la prelación de créditos no puede considerarse válida.

A diferencia de la LCP, el COGEP regula el concurso de acreedores, el concurso preventivo y el concurso voluntario de 'personas naturales', sean estas comerciantes o no. Respecto del concurso preventivo, este puede ser iniciado para evitar el concurso de acreedores cuando el deudor posee bienes o ingresos suficientes para cumplir sus deudas, pero prevé la imposibilidad de efectuar los pagos en el tiempo acordado. En tal caso, el deudor puede celebrar un concordato con sus acreedores para extinguir o modificar sus obligaciones en un plazo no mayor a tres años⁵⁴.

⁴⁹ Artículo 30.c. LCP.

⁵⁰ Artículo 31. *Id.*

⁵¹ Fabricio Dávila, "Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador", 19.

⁵² *Id.*, 18.

⁵³ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982), 24.

⁵⁴ Artículo 415. COGEP.

Como pasó con la Gran Depresión, el COVID-19 ocasionó que el Ecuador promulgará la LOAH: una ley de carácter económico urgente creada para combatir la crisis sanitaria que intenta dar un respiro a personas naturales o jurídicas dedicadas al comercio. Entre sus preceptos se encuentra un capítulo dedicado al concordato preventivo excepcional; un avance para el sistema concursal ecuatoriano, que ha tenido casi nula modificación desde 1997.

A pesar de las facilidades otorgadas por la ley, muchos doctrinarios consideran que una reforma al régimen concursal existente hubiera sido una mejor idea⁵⁵, en virtud de que los procedimientos previstos en la LOAH solo tendrán una vigencia de tres años, es decir desde el 22 de junio de 2020 hasta el 22 de junio de 2023. En la actualidad esta Ley está a cargo de los procedimientos concursales y dispone que el COGEP y la LCP serán normas subsidiarias.

La LOAH introduce innovaciones al sistema concursal, siendo la primera Ley que regula los acuerdos pre-concursales dentro de la legislación ecuatoriana, un avance que es necesario destacar. Estos “podrían contribuir al rescate de compañías cuyo giro operacional fuera viable de una manera más expedita, debido a su flexibilidad y facilidad de negociación”⁵⁶.

Al respecto de los acuerdos preconcursales previstos en la norma, se menciona que los deudores podrán establecer plazos, condiciones y reestructuración de las obligaciones a través de la mediación en centros autorizados por el Consejo de la Judicatura⁵⁷. Sin embargo, para la modificación de los créditos solo otorga a los deudores el plazo de tres años desde la publicación de la ley⁵⁸.

Otro avance previsto en esta ley es la posibilidad de celebrar un convenio pre-concursal solo con los acreedores que represente el 51% de las acreencias. De modo que, se disminuye el quorum para la celebración de concordatos en un 24%. Lo cual es beneficioso para el salvamento de las empresas.

Por otro lado, el concurso preventivo excepcional se realizará cuando no se haya podido llegar a un acuerdo pre-concursal. De tal manera, el deudor podrá acudir ya no ante la SCVS sino ante el juez con una solicitud de concurso preventivo excepcional.

⁵⁵ Esteban Ortiz y Paúl Noboa, “Acuerdo pre-concursales y concurso preventivo excepcional en Ecuador: Análisis de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19”, 2.

⁵⁶ *Id.*, 3.

⁵⁷ Artículo 27. LCP.

⁵⁸ Artículo 28. *Id.*

Finalmente, a diferencia de lo que sucede con la LCP, la LOAH permite que personas naturales y una variedad de sociedades mercantiles y personas jurídicas, entre las que se encuentran: las sociedades previstas en el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁵⁹, fideicomisos y clubes deportivos⁶⁰ puedan acogerse a los procedimientos excepcionales.

3.1. La prelación de créditos en el Ecuador

La prelación de créditos en el Ecuador tiene como regla general el Código Civil, CC, el mismo que establece que los créditos comprenden aquellas obligaciones personales que dan derechos al acreedor sobre los bienes muebles e inmuebles del deudor⁶¹, por esta razón, los acreedores pueden exigir el cumplimiento de su derecho a través de instancias judiciales donde, en caso de que el deudor no pueda solventar su deuda, se proceda con la venta de todas sus pertenencias hasta cubrir el pago total de sus créditos e intereses⁶², para lo cual, es necesario seguir un orden preestablecido para solventar las deudas a favor de cada acreedor.

Es así como dentro del CC se establecen cinco clases de créditos que determinan la prioridad de unos acreedores frente a otros. En tal virtud las obligaciones deberán ser cumplidas conforme al orden de prelación de cada nivel crediticio. Es por esta razón que no se podrá satisfacer a un acreedor de un nivel inferior sin antes haber pagado íntegramente a uno que se encuentre con mayor jerarquía. De esta manera, el CC dispone que los “créditos de la primera, segunda y cuarta clase”⁶³ gozan de privilegio frente al resto de niveles.

La primera clase de créditos comprende una lista taxativa de nueve preceptos, entre los cuales se encuentran las acreencias de: los trabajadores, del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, y, del Estado y sus instituciones⁶⁴. Por otra parte, los créditos de segunda clase son las obligaciones por alojamiento que se le deben al propietario de

⁵⁹ Artículo 98.- Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros. Ley de Régimen Tributario Interno [LRTI]. Registro Oficial Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004.

⁶⁰ Artículo 26. LOAH.

⁶¹ Artículo 2367. Código Civil [CC]. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio 2005.

⁶² Artículo 2371. CC.

⁶³ Artículo 2373. *Id.*

⁶⁴ Ver: Artículo 2374: *Id.*

un hotel, el valor generado por el servicio de transporte al acarreador de la empresa y los acreedores prendarios⁶⁵.

Los créditos de tercera clase comprenden “los hipotecarios⁶⁶”; sin embargo, los créditos de primera clase no se extienden a los bienes hipotecados a menos que no se los pueda pagar en su totalidad con los demás bienes del deudor⁶⁷. La cuarta clase de créditos son aquellos de los hijos de familia y los de las personas que están bajo tutela o curaduría en contra de sus tutores o curadores⁶⁸. Finalmente, la quinta clase de créditos son aquellos que no gozan de preferencia⁶⁹.

Basándose en los preceptos expuestos por el CC, la Ley de Concurso Preventivo cuenta con un capítulo dedicado a los créditos laborales, tributarios y del seguro social, considerándolos créditos privilegiados o de primer orden. De esta forma, dicha ley determina que los derechos de los trabajadores tienen que ser pagados con anterioridad a la solicitud del concurso preventivo y antes de ejecutar cualquier decisión concordataria⁷⁰.

Asimismo, tienen créditos de primer orden los acreedores tributarios y demás acreedores del sector público, los cuales pueden iniciar el procedimiento de concurso preventivo⁷¹. Por lo tanto, se encuentran facultados para conceder facilidades de pago⁷² y/o admitir compensaciones de crédito al deudor con respecto de sus obligaciones⁷³. Por último, los aportes patronales, individuales, fondos de reserva, descuentos y otros del IESS deberán ser pagados con prioridad. Esta entidad se encuentra facultada para conceder facilidades de pago, ampliar el plazo de las obligaciones y modificar las condiciones de pago de las obligaciones establecidas con anterioridad⁷⁴.

Cabe destacar que las disposiciones respecto del orden de prelación de créditos en el CC y en la LCP se aplican de manera subsidiaria, todo esto en virtud de la entrada en vigencia de la Ley de Apoyo Humanitario. Esta ley modifica el orden de privilegio de los acreedores al incluir dentro de la primera clase los créditos garantizados con prenda o hipoteca y los créditos a favor de los proveedores del deudor; estableciendo el siguiente orden:

⁶⁵ Artículo 2376. CC.

⁶⁶ Artículo 2379. *Id.*

⁶⁷ Artículo 2379. *Id.*

⁶⁸ Artículo 2382. *Id.*

⁶⁹ Artículo 2389. *Id.*

⁷⁰ Artículo 17. Ley de Concurso Preventivo.

⁷¹ Artículo 19. *Id.*

⁷² Artículo 20. *Id.*

⁷³ Artículo 21. *Id.*

⁷⁴ Artículo 22. *Id.*

[...] 2. Todo lo que deba por ley el empleador al trabajador por razón del trabajo, que constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aún a los hipotecarios; [...]

6. Los créditos que estuvieren garantizados con prenda o hipoteca;

7. Los créditos debidos a acreedores y proveedores del deudor de los demás segmentos de crédito, que no se encuentren contenidos en otros numerales de este artículo;

8. Los derechos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por aportes, primas, fondos de reserva, convenios de purga de mora patronal, multas, descuentos u otros que engendren responsabilidad patronal y por créditos concedidos a los afiliados o beneficiarios;

9. Los derechos del Estado y las demás instituciones del Estado que señala la Constitución [...]⁷⁵.

No obstante, este orden se encontrará vigente por un periodo de tres años, es decir, hasta el año 2023.

4. Análisis económico del derecho concursal y la prelación convencional como mecanismo para fomentar el régimen concursal ecuatoriano

4.1. Crisis financiera en las empresas y reorganización empresarial

Cuando los deudores no puedan pagar sus deudas, los acreedores tendrán derecho a ejecutar sus créditos y, en última instancia, a embargar los bienes del deudor. Por lo tanto, sus acciones de ejecución individuales pueden acabar destruyendo el valor del negocio en marcha de las empresas económicamente viables⁷⁶.

Es dentro del *financial distress* de las empresas en donde se analiza la viabilidad de las mismas, por lo que, si su valor es mayor cuando se encuentra en funcionamiento, no es eficiente liquidarla⁷⁷. Una firma está en *financial distress* cuando el valor nominal de su deuda es superior al valor de sus flujos futuros. Por ejemplo, debo 100 pero solo voy a ganar 80. Si una firma está en *financial distress*, no necesariamente debe liquidarse. En el caso anterior, si el valor de la liquidación de los activos de una firma es 50, es mejor mantenerla con vida, aunque no pueda pagar todas sus deudas.

En definitiva, esta corriente tiene como objetivo resolver los problemas ocasionados por el *financial distress* de las empresas viables⁷⁸. Por ejemplo, se puede analizar que la construcción de un túnel de ferrocarril puede haber costado más de lo esperado, por lo tanto, no es posible pagar a los acreedores que financiaron su construcción, sin embargo, es preferible conservar dicho túnel que liquidarlo y quedar sin ningún tipo de ingreso⁷⁹.

⁷⁵ Artículo 34. LOAH.

⁷⁶ Aurelio Gurrea, “Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms”, *Singapore Management University School of Law* (2020), 6.

⁷⁷ John Armour, “The law and economics of corporate insolvency: a review”, 4.

⁷⁸ Douglas G. Baird. “Bankruptcy’s Uncontested Axioms”, *University of Chicago Law School Chicago Unbound* (1998), 581.

⁷⁹ *Id.*, 581.

4.2. Sobreendeudamiento de las empresas

El exceso de deuda o *debt overhang* es una situación de sobreendeudamiento de una empresa u organización. Se refiere a un endeudamiento tan grande que no es posible adquirir deudas adicionales para financiar proyectos futuros, ya que es poco probable que los inversores de capital financien un crédito debido al déficit de la compañía⁸⁰. El *debt overhang* puede afectar, incluso, a aquellas compañías viables que con el tiempo pudieran reducir el endeudamiento⁸¹.

El sobreendeudamiento disuade nuevas oportunidades de inversión, dado que las ganancias de créditos o proyectos son destinadas a los tenedores de deuda existentes debido a la estructura de prioridad y antigüedad de deuda⁸². Esto ocurre porque los acreedores de la empresa tienen el derecho a reclamar una parte o la totalidad de las créditos o ganancias del nuevo proyecto⁸³, lo cual deja pocos incentivos para la emisión de créditos que permitan y ayuden a que la empresa salga de las dificultades financieras.

Uno de los riesgos del *debt overhang* es que prestamistas, como bancos, no otorguen créditos por falta de rentabilidad en la empresa, puesto que, la cantidad de pasivos puede constituir un riesgo para los inversores⁸⁴. Para explicar este efecto, se utilizará el siguiente ejemplo: a una compañía que tiene deudas con sus trabajadores por \$100,000 y no cuenta con efectivo en caja para pagar se le presenta una oportunidad de inversión en donde es necesario que invierta \$10,000 para que se le pague \$20,000. Un banco está interesado en prestar el dinero con la condición de que se le pague \$2,000 de interés, no obstante, en la realidad, el banco no tendría incentivos para prestar ese dinero al saber la condición del deudor porque su dinero se iría a pagar las deudas preexistentes, que tienen prelación sobre las demás, así, el banco no podría hacer efectivo su derecho de cobro.

De tal manera, entre las opciones para sobrellevar el *debt overhang* se encuentran: la condonación total o parcial de las deudas, la compensación de créditos y los procedimientos de quiebra⁸⁵; la primera, reduce el pasivo de la empresa y atrae más inversores⁸⁶, la segunda, permite que los deudores transformen su deuda en capital de la

⁸⁰ Ver: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/debt-overhang/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁸¹ Ver: <https://www.investopedia.com/terms/d/debtoverhang.asp>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁸² Suresh Sundaresan y Neng Wang, "Dynamic Investment, Capital Structure, and Debt Overhang", *Columbia Business School - Finance and Economics* (2006), 1.

⁸³ Ver: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/credit/debt-overhang/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

empresa, y, la tercera, faculta al deudor para acceder al concurso de acreedores y el concurso preventivo con el fin de rescatar a la empresa viable o, liquidar a la inviable.

No obstante, como se denotó anteriormente, la legislación ecuatoriana cuenta con algunas inconsistencias al respecto del sistema concursal y su finalidad. En consecuencia, se plantea la prelación de créditos convencionales dentro del concurso preventivo ecuatoriano como un método para sobrellevar el *debt overhang* en empresas viables.

4.3. Prelación convencional de créditos

Pese a la prelación de créditos existente tanto en la LOAH como en el CC, esta sección solo tomará en cuenta los créditos de primer orden previstos en la LCP, en virtud de que es la norma especializada en derecho concursal de compañías mercantiles y la que prevalecerá en el tiempo. Esta ley dispone como créditos privilegiados a los laborales, tributarios y del seguro social.

Según Goldenberg y Gurrea, los créditos laborales tienen categoría privilegiada porque los trabajadores no se encuentran en igualdad de condiciones frente al empleador y por ende no cuentan con suficiente poder de negociación al contratar⁸⁷. Para mitigar estas condiciones, la legislación ecuatoriana, siguiendo el principio pro-operario, protege a los trabajadores a través de preceptos que garantizan la irrenunciabilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de sus derechos, haciendo nula toda disposición en contrario⁸⁸.

En el ámbito laboral, la regla general y modalidad típica de contratación es el contrato indefinido que se caracteriza por la estabilidad y permanencia del trabajador. Es así que, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo dispone que “no se pondrá término a la relación de trabajo [...] a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁸⁹.

Cuando las empresas enfrentan crisis, los administradores tomarán decisiones para evitar su disolución basadas en la permanencia de su funcionamiento, muchas veces, estas implican la necesidad de reconsiderar la actividad que realiza la empresa y su talento

⁸⁷ Ver: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁸⁸ Artículo 326. Constitución de la República del Ecuador [CRE]. Registro Oficial 449 de 20 de octubre 2008.

⁸⁹ Artículo 4. Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo [C158]. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 23 de noviembre de 1985.

humano, en ocasiones, tomando la decisión de dar por terminados contratos laborales para así disminuir costos, dándole fin al precepto contractual de relación laboral indefinida.

No obstante, cuando una empresa decide optar por el concurso preventivo, la LCP tiene como principal requisito el pago de los créditos laborales, lo que disminuye el capital de la compañía para pagar otros créditos que de otra forma pudieran salvar a la empresa.

Lo anterior, no tan solo afecta a los trabajadores, que, en este presupuesto, pierden sus ingresos y plazas de trabajo, sino también a la empresa que no tiene la posibilidad de utilizar sus recursos de manera eficiente, que además pierden capital humano tan importante para el funcionamiento del negocio.

Esta necesidad de mantener los contratos de trabajo y reestructurar los créditos laborales puede solucionarse a través de la prelación convencionales de créditos, en donde no es el precepto legal el que regule su prelación, sino los propios contratos.

Continuando con el ejemplo anteriormente planteado, en donde se le presenta una oportunidad de inversión a la compañía que tenía deudas con sus trabajadores por \$100,000 y no contaba con efectivo en caja para pagar, pero el banco no tenía incentivo para prestar el dinero debido a que no se aseguraba su pago, el deudor puede celebrar un acuerdo en donde le otorgue privilegios al banco por sobre los trabajadores, entonces, éste tendría incentivos para otorgar los créditos. Es así como con los \$20,000 de crédito obtenido con el banco \$2,000 se paga al mismo y \$18.000 a los trabajadores, haciendo que la empresa pueda continuar su giro de negocio, los trabajadores mantengan su empleo o sean pagados y el banco obtenga sus acreencias.

Para que los trabajadores tengan incentivos en celebrar estos acuerdos, se podría ofrecer la figura del pago por compensación, misma que se encuentra en los preceptos de la LCP. Esta considera que cuando dos individuos son deudoras de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas⁹⁰. Tomando en consideración la compensación, la empresa podría transformar la deuda del acreedor privilegiado en capital de la compañía, convirtiendo a este en accionista de la empresa.

Asimismo, los créditos tributarios son créditos que gozan de categoría privilegiada, teniendo preferencia sobre todos los bienes del deudor al prevalecer sobre otros créditos.⁹¹ Sin embargo, Goldenberg y Gurrea consideran que “a pesar de los beneficios a corto plazo que puede generar este privilegio para las arcas públicas, no

⁹⁰ Artículo 1671. CC.

⁹¹ Artículo 57. Código de Trabajo [CT]. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

creemos que este privilegio se encuentre justificado. De hecho, puede resultar económicamente indeseable para el interés general⁹²”.

Estos autores detallan algunas razones por las cuales este crédito de primer orden no debería tener esta categoría: la primera, considera que los créditos de la administración pública reducen el grado de satisfacción de los créditos ordinarios; la segunda, menciona que los acreedores públicos cuentan con una mejor asesoría, mayor número de recursos y más información que un acreedor privado. Por último, el Estado modifica el régimen jurídico del crédito público, desde la determinación de su monto hasta la fijación de medidas excepcionales de apremio y cobro, además, “tiene mayores posibilidades de financiación que los acreedores privados, no solo por la capacidad recaudatoria de sus poderes públicos, sino también por sus mayores facilidades para emitir bonos del Estado o acudir a financiación en mercados internacionales”⁹³.

Al respecto de lo anterior, la administración tiene la potestad de conceder facilidades de pago a los deudores⁹⁴ que permite modificar los plazos, términos y condiciones de las obligaciones. A través de esta figura la empresa podría alterar la prelación de créditos con el Estado de manera contractual para que se permita pagar primero a aquellos acreedores que puedan financiar a la empresa y evitar que se vaya a la quiebra. Todo esto tomando en cuenta, que el Estado debe ser pagado, sin embargo, su crédito puede esperar.

Cabe mencionar que este análisis no trata de quitar privilegios, más bien propone la prelación contractual para que los administradores de la empresa pacten con sus acreedores sobre los privilegios que tienen cada uno, tomando en cuenta los supuestos excepcionales de las relaciones jurídicas pre-existentes.

La prelación de créditos convencional obedece al principio de autonomía de la voluntad, considerado como una manifestación de la libertad del individuo y de su potestad de regular libremente sus intereses, a través del ejercicio de sus derechos subjetivos y la celebración de negocios jurídicos⁹⁵.

La voluntad es un poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas, y es dentro de este principio donde se concretiza el interés privado. La autonomía de la voluntad se manifiesta en los contratos, con la posibilidad de los sujetos

⁹² Ver: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁹³ Ver: <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-y-clasificacion-de-creditos-en-los-procedimientos-concursales/>, último acceso: 6 de abril de 2020.

⁹⁴ Artículo 20. LCP.

⁹⁵ Katuska Hernández y Danay Guerra, “El principio de autonomía de la libertad contractual civil. Límites y limitaciones”, *Uma editorial. Universidad de Málaga* (2012), 27-30.

a decidir si celebrar o no un negocio jurídico, en virtud de lo cual las partes pueden crear libremente todas las relaciones jurídicas que entre ellas consideren adecuadas⁹⁶.

5. Propuestas para el diseño de una ley concursal ecuatoriana

A continuación, se proponen diferentes cambios a tomar en cuenta para mejorar el régimen concursal y hacerlo más eficiente:

En primer lugar, se propone que todo el sistema concursal se encuentre regulado dentro de un mismo cuerpo normativo, ya que, al momento existen tres leyes que abordan dicho procedimiento: la LCP, el COGEP y la LOA. Sería recomendable que se tome en cuenta lo establecido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, dentro de su guía legislativa sobre el régimen de insolvencia, el cual ha establecido principios a seguir en la creación de normas concursales, uno de ellos, la unidad de norma⁹⁷.

En consecuencia, de la unidad legislativa en materia concursal, es necesario que al respecto de la organización empresarial y del concurso preventivo exista un precepto ex-post que permita que el concurso preventivo solo aplique para aquellas empresas económicamente viables, a diferencia de lo previsto por la legislación actual que da inicio al concurso preventivo en todos los casos, lo cual es ineficiente y produce gastos innecesarios para la administración pública.

La distinción antes mencionada, permitiría a aquellas empresas económicamente viables reestructurar sus obligaciones y mantener su giro de negocio y, a aquellas que no son viables tendrían una liquidación más eficiente, permitiendo que el flujo de dinero vaya a fuentes con más probabilidades de éxito.

Una vez creada la distinción de la viabilidad de las empresas, el concurso preventivo se beneficiaría de la prelación convencional de los créditos. Permitiendo a los acreedores contractuales obtener créditos privilegiados por sobre aquellos acreedores de primer orden, cuando se pueden mejorar las condiciones económicas para la empresa, los acreedores y el Estado.

Por último, es necesario mencionar que las medidas adoptadas por la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario deben ser adoptadas a largo plazo y no tan solo por los tres años siguientes. De esta manera, se deben adoptar los concursos pre-concursales celebrados a través de la mediación, además de que exista el 51% de quorum de acreedores para celebrar un concordato, lo cual debe extenderse también al concurso

⁹⁶ Katuska Hernández y Danay Guerra, “El principio de autonomía de la libertad contractual civil. Límites y limitaciones”, 27-30.

⁹⁷ Ver, https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law, último acceso: 6 de abril de 2020.

preventivo, este concurso debe ser para todas las compañías, personas naturales, entre otros, y no solo para a aquellas sociedades mercantiles bajo el control de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.

6. Conclusiones

El concurso preventivo fue creado con el objetivo de salvaguardar a las empresas de la quiebra ha tenido grandes avances, tanto a nivel legislativo como doctrinario, desarrollando así principios como la *par conditio creditorum* y la conservación de la empresa aunque, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha tomado en cuenta estos avances del sistema concursal.

Por una parte, se observa como la LCP no cumple con los objetivos preestablecidos por el derecho concursal, tomando en cuenta el procedimiento preventivo; además no se ha instaurado un marco legal adecuado para que las empresas puedan afrontar dificultades económicas en tiempos de crisis sin irse a la quiebra. Esto es evidente en la LOAH del año 2019, la cual implementa figuras como los acuerdos pre-concursales y extendió el ámbito de aplicación de la norma a personas jurídicas que antes no eran consideradas por la LCP

A pesar de las innovaciones que fueron incluidas en la LOAH, el marco normativo ecuatoriano todavía falla en establecer un régimen concursal completo y actual debido a que esta norma recoge ideas caducas sobre créditos privilegiados y no toma en cuenta las necesidades actuales de la empresa; para lo cual sirve el derecho.

La investigación realizada tuvo como objetivo explorar la posibilidad de instaurar la prelación de créditos como un mecanismo convencional, el cual fomenta un régimen concursal eficiente y aplicable para las necesidades de una empresa en crisis. En este sentido, se analizó el marco normativo del derecho concursal vigente desde el año 1997 hasta la fecha. Asimismo, se estudió términos financieros económicos como la crisis financiera y el sobreendeudamiento con el fin de integrar tanto necesidades económicas como jurídicas.

Por esta razón, se determinó que la mejor forma de implementar estos cambios es a través del estudio de la viabilidad de una empresa que está atravesando por una crisis financiera. En tal virtud, un procedimiento concursal donde se tome en cuenta los intereses tanto de los trabajadores, de las empresas, de los acreedores y del Estado sería más rentable y permitiría el cumplimiento efectivo de las deudas que tuvo la empresa, con el fin de que siga aportando a la sociedad.

Sin lugar a duda, incluir la prelación convencional de créditos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano no es una idea descabellada, sino, es todo lo contrario,

ya que esta figura prevé que a través de la autonomía de la voluntad se establezcan concordatos que permitan a una empresa estar a flote, con el fin de que esta pueda generar ingresos con relación a su giro de negocio y pueda recuperarse de la crisis por la cual atravesó, siempre tomando en cuenta aquellos créditos contractuales pre-existentes. De esta forma, con la prelación convencional aquellos inversores de capital que en principio no tenían incentivos para invertir y ayudar a la empresa que atraviesa por una crisis financiera, ahora lo tendrían.

Finalmente, solo cabe esperar que el legislador actualice y reforme esta ley y tome en cuenta que la forma en la que está estructurado el sistema concursal ecuatoriano es caduco y debe cambiar ya que la empresa no es del todo mala como se cree en algunos sistemas del mundo, sino que necesita recursos y mecanismo legales efectivos para que genere liquidez, trabajo y se puedan cumplir las obligaciones para con el Estado.