

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La eliminación del privilegio de cobro del crédito fiscal
en el régimen de insolvencia ecuatoriano.**

Silvia Milena González Garzón

Jurisprudencia

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

Quito, 20 de noviembre de 2022

© 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: Silvia Milena González Garzón

Código: 00206346

Cédula de identidad: 1721539722

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

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UNPUBLISHED DOCUMENT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 ELIMINACIÓN DEL PRIVILEGIO DE COBRO DEL CRÉDITO FISCAL EN EL RÉGIMEN DE
INSOLVENCIA ECUATORIANO.¹**

***THE REMOVAL OF THE PRIVILEGED CREDIT OWNED BY THE ESTATE IN THE ECUADORIAN
BANKRUPTCY REGIMEN.***

Silvia Milena González Garzón ²
similenag@hotmail.com

RESUMEN

La presente investigación tuvo como objetivo determinar las razones por las que no se debe considerar al crédito fiscal como privilegiado dentro del régimen de insolvencia ecuatoriano. El método de investigación empleado es deductivo con respecto del análisis de información dogmática y de legislación comparativa y comparada. Los hallazgos alcanzados dentro de la investigación demostraron que el análisis legislativo de creación de privilegios puede tener un enfoque social o económico que debe justificar la creación de un privilegio. Además, se acreditó que no existe un sustento económico o social para la existencia del privilegio de cobro, por el contrario, afecta la oportunidad de pago del resto de acreedores. Finalmente se concluyó que la existencia del derecho preferente de pago de las obligaciones fiscales es arbitraria e injustificada, por ende, se recomienda la eliminación de este privilegio crediticio en pro de la correcta asignación de recursos y maximización de bienestar económico.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, crédito privilegiado,
prelación de pago, obligación fiscal.

ABSTRACT

This investigation had the purpose of determine the reasons why privileged of credit owned by the Estate in the Ecuadorian bankruptcy regimen are inefficient. The investigation methods employed in this investigation were based on deductive analysis of doctrine, compared, and comparative law. The results determined that the legislative analysis of privileged creation can be based on an economic or social approach, but both must sustain the creation privileged. Also, there is not an economic or social justification that sustains the existence of a fiscal credit, these affects the opportunity of fair payment of the rest of creditors. Finally, the conclusion arrived is that the preference of payment of the fiscal obligation is arbitrary and not justified, that's why is advisable to eliminate it from the regimen to preserve the maximization of economic wellness and the correct resources allocation.

KEY WORDS

*Bankruptcy, Privileged Credit, Priority
Payment, Fiscal Obligation*

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 Rossana Lizeth Torres Rivera.

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. EFECTOS DEL PRINCIPIO PAR CONDICIO CREDITORUM.- 6. JUSTIFICACIÓN LEGISLATIVA DE
LOS PRIVILEGIOS EN LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS.- 6.1. MOTIVACIÓN ECONÓMICA.- 6.1.1.
FALTA DE MOTIVACIÓN ECONÓMICA PARA EL PRIVILEGIO DEL CRÉDITO FISCAL.- 6.2.
MOTIVACIÓN SOCIAL.- 6.2.1. FALTA DE MOTIVACIÓN SOCIAL PARA EL PRIVILEGIO DEL
CRÉDITO FISCAL.- 7. LEGISLACIÓN COMPARADA Y COMPARATIVA.- 8. CONCLUSIONES.

1 Introducción

En el Ecuador las compañías que caen en estado de insolvencia y no tienen patrimonio suficiente para responder por sus obligaciones, pagan sus acreedores por medio de un concurso, que fundamenta su pago en un orden de prelación. Este orden consiste en organizar el pago de los acreedores en base a una jerarquización entre ellos.

Principalmente existen créditos privilegiados y créditos ordinarios, a ciertos grupos privilegiados se les paga primero, antes de continuar con el pago a acreedores ordinarios, a los cuales se los considera económicamente mejor posicionados. Sin embargo, dentro del régimen concursal se considera a los créditos tributarios como privilegiados, prefiriendo el pago de sus obligaciones, por encima de las del resto de acreedores.

Sin tomar en cuenta que, la capacidad de financiamiento del Estado Ecuatoriano en el año 2022 fue de 24.114.618.249,7 dólares³, mientras que, la capacidad de endeudamiento privado para financiamiento de una pequeña o mediana empresa ronda desde los 500 hasta los 120.000 dólares dependiendo de su tamaño, esto basado en las ofertas de créditos bancarios al 2022⁴. Estos valores nos permiten dimensionar la estructura y capital con la que cuentan estas entidades y nos demuestran la capacidad de absorber pérdidas en cada uno de los casos. Claramente el Estado tienen mayor capacidad

³ Proforma del Presupuesto General del Estado 2022, Subsecretaría del Presupuesto, R.O. suplemento No. 599, 16 de diciembre de 2021, 6.

⁴ Información calculada a partir de datos tomados de los portales web de instituciones bancarias. Datos recuperados de: <https://www.cooprogreso.fin.ec/creditos/microprogreso>, <https://www.cooprogreso.fin.ec/creditos/microprogreso>, <https://www.banco-solidario.com/creditos/microcreditos>, última fecha de acceso: 26/10/2022.

para enfrentar la falta de pago de obligaciones menores, mientras que, cualquier impago de obligaciones afectaría tremendamente a una pequeña o mediana empresa.

La importancia de la prelación de créditos radica en la maximización de bienestar económico, es decir, que los recursos limitados que si existen sean correctamente distribuidos para generar eficacia económica y por ende bienestar social. En el caso de la errónea asignación de un privilegio se crea una ineficiencia económica con respecto a la asignación de recursos, lo que está causando que la liquidación de una empresa provoque la insolvencia de otra, por la falta de pago de sus obligaciones.

Dentro de este proyecto de investigación se cuestionará las razones por las que los créditos tributarios no deben ser considerados acreedores preferentes, con el objetivo de hallar la solución que más se alinee con el propósito del régimen concursal, que consiste en reasignar los recursos de las compañías, para ser reinvertidos en la economía y estos puedan generar valor⁵. Lo que se lograría, por medio de la depuración de los privilegios existentes que generan más flujo de dinero al pago de los acreedores ordinarios

Los componentes que forman mi propuesta para resolver el problema jurídico se basan en determinar, por medio de una visión teórica la esencia del concurso de acreedores y en específico el orden de prelación para desarrollar los cuestionamientos relacionados a los créditos fiscales. Además, se señalará la normativa relevante y las sentencias que ayudarán a mejorar el entendimiento en el tema. También, se discutirán las teorías planteadas para realizar el análisis justificativo de existencia de privilegios crediticios. Por medio de este análisis se busca reflejar la poca fundamentación que existe al considerar a los créditos tributarios como privilegiados. De esta forma se demuestra la necesidad de una evolución normativa hacia la maximización del bienestar económico en la materia.

Con el fin de lograr estos resultados, se utilizará la metodología deductiva: ya que se partirá de un análisis normativo general, para llegar a conclusiones específicas y se utilizará la metodología centrada en la recolección de datos cualitativos, ya que, el tema de la investigación no permite reflejar los resultados en datos medibles; metodología dogmática, ya que se toman en cuenta posturas doctrinarias; y método de evolución

⁵ Aurelio Guerra Martínez, “Presentación del libro – (Derecho de la insolvencia un enfoque comparado y funcional (Seminario web de la facultad de derecho de la Universidad San Francisco de Quito, 26 de octubre de 2022)”, Recuperado de: <https://fb.watch/gIV14dDS2n/?mibextid=YsHG2a>, (último acceso: 10/11/2022), 8’35”.

normativa, pues se busca cuestionar la eficacia de normativa actual, con el fin de proponer cambios que produzcan mejoras.

2 Estado del arte

Esta sección contendrá una revisión literaria alrededor de la prelación de créditos y en específico de los créditos privilegiados dentro del régimen del concurso de acreedores; por ende, su principal objetivo torna en la conceptualización y la evolución literaria que ha tenido, el concepto, con el paso del tiempo. Así, se obtendrá una referencia de partida con respecto a la doctrina relacionada.

Alessandri define a la prelación de créditos como un conjunto de normas que facilitan el pago de deudas, cuando exista más de un acreedor que pretenda ser pagado con los mismos bienes que otro. En principio, los acreedores dentro del concurso mantienen una igualdad, debido a que todos cuentan con el derecho general de prenda, que garantiza el pago de sus obligaciones con el patrimonio del deudor. No obstante, existe un régimen excepcional de preferencias, calificado como de derecho estricto y de interpretación restrictiva, que pueden darse únicamente por el privilegio y la hipoteca⁶.

Para el fin concerniente, la investigación se centrará únicamente en la preferencia del privilegio, el mismo que, es considerado un beneficio legal inherente a la calidad del crédito, que permite que su pago se dé con antelación al resto de acreedores.⁷ Únicamente, la primera clase de créditos es considerada como privilegiada, dentro de esta categoría se encuentra los créditos a trabajadores, las costas judiciales causadas en interés general de los acreedores, los créditos con el Fisco, entre otras. Conviene enfatizar que, Alessandri, mantiene como regla general la igualdad entre acreedores y les asigna a las preferencias un carácter excepcional, que debe limitarse al máximo para que el concurso de acreedores cumpla con el fin con el que fue planeado.

Gullon, por otro lado, considera que el privilegio no es la excepción de la regla general, ya que, si bien esta es una consecuencia de su uso, el crédito privilegiado tiene una naturaleza y estructura diferente. El privilegio general, es decir la preferencia de cobro con respecto de los acreedores, nace únicamente de la ley por motivos de equidad

⁶ Arturo Alessandri, “La primera clase de créditos”, en *Prelación de Créditos*, (Santiago de Chile: Nascimento, 1940).

⁷ *Ibid.*, 10.

y justicia, por lo que, son considerados “la garantía más amplia que se puede conceder y por ellos, la causa de que la ley los enumere taxativamente”⁸.

Tanto Alessandri como Gullon consideran al crédito privilegiado como un derecho extraordinario y estricto que genera una equidad dentro de la igualdad de acreedores. Cabe recalcar que, este régimen fue pensado y estructurado en una etapa donde aún no se aplicaba el principio de responsabilidad limitada de las empresas y no existía una carga impositiva alta. Por ende, considerar al Estado como acreedor privilegiado, no tenía grandes repercusiones en la masa repartible a los acreedores. En la actualidad, estas consecuencias son más palpables sobre todo en las medianas y pequeñas empresas.

Goldenberg y Guerra determinan que la existencia del privilegio del crédito público es una solución a corto plazo para la recaudación fiscal y que además no está justificado de manera económica. Debido a que, este privilegio reduce la oportunidad de cobro de los acreedores ordinarios, sin tomar en cuenta que, el Estado cuenta con la capacidad de fijar tanto el monto de los tributos como su forma de cobro, ya que estos se dan de manera imperativa por medio de la ley.⁹ Si bien, esta postura se alinea a una tendencia de eficiencia económica, no toma en cuenta los argumentos sociales que las respaldan.

3 Marco teórico

El derecho privilegiado de cobro dentro del concurso de acreedores puede originarse únicamente de forma legal y existen dos líneas de pensamiento que justifican su existencia. Por lo cual, dentro de este apartado se expondrán ambas posturas y se seleccionará la más eficaz para el reconocimiento de acreedores vulnerables dentro del concurso. Lo que, permitirá una correcta asignación del derecho de privilegio de cobro y garantizará una prelación de créditos equitativa.

La primera postura que se revisará, será la económica, la misma que motiva la existencia del privilegio de crédito en la minimización de los desequilibrios producidos en la prelación de créditos debido a fallos de mercado. De esta forma se justifica la

⁸ Antonio Gullon, “El crédito privilegiado en el Código Civil”, Anuario de derecho civil No.2 Vol. 11 (1958), 435-484.

⁹ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Guerra, “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”, Instituto iberoamericano de derecho y Finanzas, (2017).

existencia de la regulación estatal como un medio de corrección al eficiente funcionamiento del mercado para generar una maximización del bienestar colectivo.¹⁰

Estas fallas de mercado que afectan al sistema de prelación, por lo general, se encuentran reflejadas en las externalidades negativas o asimetrías de información. El primer fallo de mercado consiste en la afectación, tanto económica como social, que es soportada por una tercera persona, debido a las acciones de otro.¹¹ El segundo fallo de mercado consiste en la desigualdad de información de uno de los participantes dentro de una negociación; por lo que uno de ellos tiene mayor conocimiento que el otro, por ende, esa persona tendrá una mejor posición en la negociación.¹²

Goldenberg y Guerra traen a colación un ejemplo que permite visualizar la existencia de estos dos fallos de mercado. Como es el caso de los trabajadores, que dentro de la negociación contractual no cuenta con los recursos, información o poder de negociación para solicitar garantías o modificar las condiciones del crédito. Si estos no fueran protegidos por el Estado los mismos afectarán al sustento de sus hogares, además de contar, con la indeterminación de volver a conseguir un trabajo por la poca rotación de empleo.¹³ En este caso la intervención estatal maximiza el bienestar colectivo y soluciona la asimetría de información al momento de la contratación y las externalidades negativas producidas por incertidumbre de cobro de la acreencia en caso de insolvencia.

Dentro de esta hipótesis se debe mantener a los créditos privilegiados como una excepción y deberán mantener una justificación jurídica firme debido a que gozarán de ventaja significativa que como contraprestación aumentará el riesgo de los acreedores simples e incluso de los acreedores que aseguraron su crédito por medio de un derecho real. Por lo que, una de las consecuencias de la excesiva asignación de privilegios es el encarecimiento del financiamiento, porque cada vez existe más riesgo de no poder recuperar la inversión en caso de insolvencia, lo que también aumenta los costos de monitoreo.

¹⁰ Ibid., par 16.

¹¹ Vial, Bernardita, and Felipe Zurita. "Externalidades y Bienes Públicos." en *Microeconomía*, 2da ed., 383–400. Ediciones UC, (2018). <https://doi.org/10.2307/j.ctt2111g56.19>.

¹² Vial, Bernardita, and Felipe Zurita. "Contratos y Riesgo Moral.", 461–484. <https://doi.org/10.2307/j.ctt2111g56.23>.

¹³ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Guerra, "El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales".

La segunda postura que se revisará será la social, esta consiste en la protección de los créditos que representan causas dignas en base a la racionalidad humana.¹⁴ Sin embargo, la racionalidad humana debe considerar ciertas delimitaciones dentro de un marco jurídico, que en este caso sería la Constitución¹⁵, es decir que, los créditos privilegiados deberían encontrarse sustentados en un fin constitucionalmente protegido. Esta postura está respaldada por la Constitución de la República del Ecuador, CRE, en el artículo 11.2¹⁶ donde se garantiza el accionar estatal para la promoción de derechos que se encuentren en desigualdad, como en este caso el derecho de cobro de ciertos grupos vulnerables.

En este caso la técnica bajo la cual los legisladores deberán analizar la existencia de un privilegio se basa en un test de discriminación establecido por la Corte Constitucional que consiste en analizar: 1) la compatibilidad, es decir si ambos sujetos se encuentra en condiciones semejantes, 2) un trato diferenciado y, 3) verificación del trato diferenciado, es decir si la diferencia se encuentra justificada porque promueve derecho o si es discriminatoria porque perjudica la ejecución de derechos¹⁷.

Dentro del régimen del concurso de acreedores se entiende que todos los acreedores cumplen el primer requisito establecido por el test. Con respecto al segundo requisito los acreedores privilegiados mantienen un trato diferenciado con los acreedores ordinarios, por lo tanto, cumple también con el segundo requisito. Por último, faltaría realizar un examen caso por caso de cada tipo de acreedor privilegiado en el resto de los acreedores para poder determinar la verificación del trato diferenciado.

De esta manera, la postura social pasa de ser un simple examen de racionalidad humana a un mecanismo estructurado de discriminación positiva, que trabaja en función de la protección de los fines constitucionales.

4 Marco normativo

Dentro de esta sección se busca enunciar la normativa y jurisprudencia que delimiten el régimen del privilegio concursal dentro del contexto nacional y contribuyan

¹⁴ Antonio Gullon, “El crédito privilegiado en el Código Civil”, 439.

¹⁵ Francisco Arellano Gómez, “Consideraciones de derecho civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “Par Conditio Creditorum” y los privilegios crediticios”, *Derecho y conocimiento*, vol. 1 (2001), 292.

¹⁶ Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008

¹⁷ Causa No. 50-10- IN/20, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 13 de febrero del 2020, par. 19.

a conceptualizar la técnica jurídica aplicable para la discriminación positiva. Se presentará la normativa vigente en orden jerárquico y a continuación, se agregará jurisprudencia relevante que ayude a su interpretación. De esta manera se formará una base normativa del régimen jurídico aplicable para la resolución del problema jurídico.

En primera instancia se revisarán las normas contenidas dentro de la CRE, ya que dentro de ellas se identificarán los derechos y principios fundamentales bajo los cuales se rige el resto de la normativa. Los aspectos más importantes tienen relación con la titularidad de los derechos contenidos en la Constitución¹⁸, los principios bajo los cuales se rige el derecho, en especial el principio de igualdad de goce¹⁹ y los deberes del Estado con respecto a la garantía del goce de derechos de forma igualitaria.²⁰

Para poder entender de forma profunda la aplicación de estos principios nos guiaremos de las sentencias No. 50-10-IN/20 y No. 283-13-JP/19 dictadas por el Pleno de la Corte Constitucional. La primera sentencia ayudará a conceptualizar de mejor manera la técnica legislativa con respecto a la discriminación justificada en la promoción de derechos²¹. La segunda sentencia facilitará la comprensión de la figura del Estado como titular de derechos.²²

En segunda instancia se revisarán las normas contenidas en el Código Civil con respecto al régimen del concurso de acreedores y a la prelación de créditos. Dentro de este código se observará el principio de *par condicio creditorum*²³, la estructura diseñada para el funcionamiento de la prelación de créditos²⁴ y el orden de preferencia asignado por el legislador para cada tipo de crédito²⁵.

En tercera instancia se revisará normativa relativa a los créditos públicos que se cobran con preferencia y que no están nombrados expresamente dentro del Código Civil. Dentro de esta sección se puede ubicar al Código Tributario, que contiene la potestad de cobro preferente sobre otras acreencias dentro del concurso de acreedores²⁶, Asimismo,

¹⁸ Artículo 10, CRE, 2008.

¹⁹ Artículo 11,2, CRE, 2008

²⁰ Artículo 3. CRE, 2008

²¹ Causa No. 50-10- IN/20, par. 19.

²² Causa No. 283-13-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 4 septiembre de 2019.

²³ Artículo 2367, Código Civil [CC], R.O. 46 de 24 de junio 2005.

²⁴ Artículo 2375, CC.

²⁵ Artículo 2374, CC.

²⁶ Artículo 57, Código Tributario, R.O.48 de 14 de junio de 2005.

tanto el Código Tributario como el Código Administrativo facilitarán el entendimiento con respecto de los procesos coactivos para el cobro de deudas públicas²⁷.

5 Efectos del principio *par condicio creditorum*

Uno de los principios fundamentales dentro del régimen concursal es el *par condicio creditorum*. Dentro de la doctrina, existen varias interpretaciones de este, sobre todo, con respecto a su funcionalidad aplicada en la prelación de créditos. Estas interpretaciones podrían reducirse en dos generalidades; la primera, se inclina a considerar al principio como una igualdad formal, que genera un trato indistinto con respecto a todos los acreedores²⁸; y la segunda, se entiende como una igualdad jerarquizada, que reconoce una estructura de pago escalonada donde existe igualdad entre acreedores de igual jerarquía.²⁹ En este apartado se ilustrará las similitudes y las diferencias entre estas dos posturas interpretativas y su importancia dentro del régimen.

Cuando se asemeja el principio *par condicio creditorum* a una igualdad formal se infiere que no existirá distinción en el trato a los acreedores, dentro un mismo procedimiento de insolvencia³⁰. Tomando en cuenta que, la lógica de la postura torna alrededor de la renuncia de los acreedores a la posibilidad que tienen de accionar el cobro de sus deudas de forma particular, a cambio de la igualdad con respecto del pago de sus obligaciones dentro del mismo proceso. En otras palabras, los acreedores se unen en un solo proceso porque el respaldo de su obligación recae sobre el mismo patrimonio.

Aunque, esta premisa se distorsiona con la existencia de los privilegios, que otorgan un estatus prioritario al pago de ciertas obligaciones. En este sentido, el régimen de privilegios, dentro de esta postura, es considerado una excepción a la regla general.³¹ Es así, que en realidad no existe una igualdad formal entre todos los acreedores; más bien, esta igualdad únicamente se ve reflejada en los acreedores que no tengan una preferencia en el orden de cobro. Es por eso que, Goldenberg considera que dentro de esta forma de

²⁷ Artículo 156, Código Tributario, 2005.

Artículos 261-270 Código Orgánico Administrativo, R.O. 31 de 7 de julio de 2017.

²⁸ Arturo Alessandri, “La primera clase de créditos”, 10.

²⁹ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, en *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), 194-210 doi:10.1017/CBO9781139164283.014.

³⁰ Arturo Alessandri, “La primera clase de créditos”, 10

³¹ *Ibid.*, 11.

interpretación las preferencias deberían ser tildadas de inconstitucionales, ya que, el derecho a la igualdad se encuentra consagrado en la Constitución.³²

Por otro lado, la interpretación del *par condicio creditorum* como una igualdad jerarquizada considera que si bien existe una igualdad esta se encuentra únicamente entre los acreedores que ocupen un mismo rango en el orden de pago.³³ Por ende, esta forma de interpretación considera a las preferencias como parte de la regla general, ya que, no se busca la igualdad de todos los acreedores, sino, una igualdad dentro de las jerarquías. Esta interpretación tiene una visión integral del régimen concurso de acreedores, que armoniza el principio del *par condicio creditorum* con el sistema escalonado de pago planteado por el Código Civil, CC, y como menciona Goldenberg “brinda razonabilidad a la desigualdad del trato igualitario”³⁴.

En cualquiera de las dos interpretaciones hay que considerar que la existencia de un privilegio, en el orden de pago de las acreencias, afecta el pago del resto de acreedores.³⁵ Además, se debe tomar en cuenta que, la existencia de un privilegio otorga al sujeto una ventaja de cobro gratuita, ya que, existen otros acreedores que asumiendo costos de transacción generaron esa ventaja de cobro³⁶. Es por eso que, este principio toma relevancia en el plano legislativo, ya que, la Asamblea debería considerar que todos los acreedores tienen como respaldo de sus obligaciones el mismo patrimonio³⁷ y por ende el mismo derecho de cobro; por lo que, es necesario que las preferencias sean de carácter extraordinario. Al momento de crear un nuevo privilegio este debe sopesar la necesidad económica del grupo favorecido y las consecuencias que este traerá al resto de acreedores³⁸.

³² Juan Luis Goldenberg. “Consideraciones Críticas Respecto Al Denominado Principio De La *Par Conditio Creditorum*”, Revista Chilena de Derecho 37, no. 1 (2010), 75. <http://www.jstor.org/stable/41614260>.

³³ Cicarello. *Privilegio del Credito e Uguaglianza dei Creditori*, Milán, Giuffrè, (1983): p. 6.

³⁴ Serrano, Juan Luis Goldenberg. “Consideraciones Críticas Respecto Al Denominado Principio *De La Par Conditio Creditorum*”.

³⁵ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”

³⁶ Francisco Arellano Gómez, “Consideraciones de derecho civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla “*Par Conditio Creditorum*” y los privilegios crediticios”, 289

³⁷ Artículo 2367, CC.

³⁸ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

En resumen, si bien el principio del *par condicio creditorum* puede tener diferencias doctrinarias con respecto a su interpretación dentro del régimen del concurso de acreedores; este cobra mayor importancia en el área legislativa, donde parecería tener una interpretación uniforme, la misma que se centra en generar un equilibrio entre las ventajas de grupos vulnerables y las consecuencias en el resto de la prelación de créditos.

6 Justificación legislativa de los privilegios en la prelación de créditos.

Como se desprende de los hechos, los privilegios en el orden de prelación deben ser creados siguiendo los principios del régimen general es decir respetando al *par condicio creditorum*. Dicho así, no se busca descartar la existencia de privilegios, pero en razón de su importancia, si se busca una justificación técnica que la motive.

Entendiendo que, la creación de un privilegio debe considerarse desde dos perspectivas. La primera perspectiva tiene un enfoque en la causa, que en este caso se centra, ya sea, en solventar una falla de mercado o ayudar un grupo considerado vulnerable.³⁹ La segunda perspectiva tiene un enfoque en las consecuencias que se crean a partir de la creación de un privilegio, por lo tanto, deben considerarse las repercusiones de añadir acreedores preferentes en el orden de pago con respecto del resto de acreedores.⁴⁰ Cuando esta justificación se cumpla la creación de un privilegio se encontraría fundamentada y es por eso que se considera que la existencia de los privilegios debería ser extraordinaria.

Ahora bien, para poder llegar a distinguir la justificación que sustenta la existencia del privilegio, primero se debe reconocer cual es la motivación del impulso de generar un nuevo privilegio en el régimen. Entonces, una vez identificada la motivación, se tiene que determinar la justificación detrás de ella, la misma que, puede desarrollarse por medio de un análisis distinto dependiendo del tipo de motivación. Aunque, no se puede pasar por alto los parámetros formales antes mencionados, con los que debería contar una justificación. Es decir, la vulnerabilidad del grupo que se busca proteger y las repercusiones en el resto de los acreedores.

En base a la doctrina revisada previamente se determina que existen dos motivos que provocan la génesis de los privilegios y estos son los motivos económicos y los

³⁹ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, 158.

⁴⁰ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

motivos sociales. Por tanto, en los siguientes apartados se buscará esclarecer los puntos importantes a considerar en ambos procesos de análisis y las particularidades que arrojan cada uno de los resultados.

Gráfico No. 1 Gráfico No. 1 Proceso de creación de un privilegio



Fuente: Elaboración propia, a partir de Finch⁴¹; Goldenber, et al⁴²; Gullon⁴³.

6.1 Motivación economía

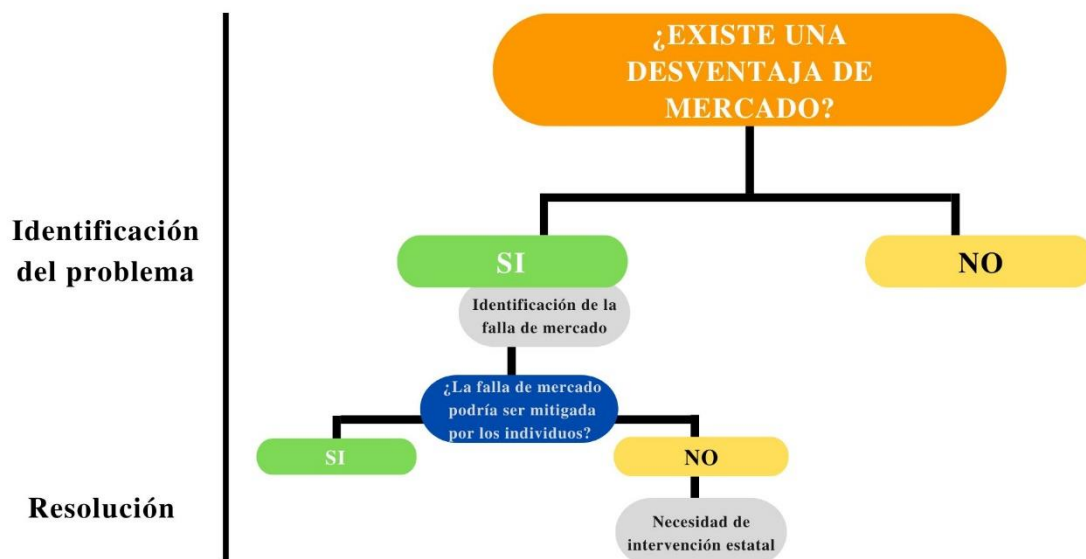
La motivación económica se refleja en las desventajas técnicas que pueden existir entre distintos grupos de acreedores, por lo general éstas desventajas existen por un fallo de mercado. Dentro del proceso para determinar una solución, lo primero que se debe realizar después de identificadas las desventajas es determinar si las partes por su propia cuenta podrían solventar el fallo de mercado, en caso de no ser posible, se piensa en una segunda alternativa que es la intervención de un tercero que tengan la potestad de regular la situación, como lo es el Estado.

⁴¹ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, 194, 202.

⁴² Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

⁴³ Antonio Gullon, “El crédito privilegiado en el Código Civil”, 439.

Gráfico No. 2 Flujoograma propuesto para determinar la necesidad de intervención estatal



Fuente: Elaboración propia, a partir de Finch⁴⁴ y Goldenberg⁴⁵

Es así como, una desventaja técnica nace cuando “un riesgo que debería ser cuantificado por las partes al momento de contratar”⁴⁶ puede llegar a no efectuarse por los altos costos de transacción. Estos costos pueden verse reflejados en aspectos como: la falta de accesos a la información, la complejidad de determinar el riesgo en términos económicos y por los elevados gastos que se generan para la producción de información; llegando al punto de no ser una opción viable para el acreedor⁴⁷.

Dentro de este contexto, el riesgo que deberían calcular los acreedores antes de contratar es la potencialidad de que la empresa caiga en insolvencia.⁴⁸ Existen ciertos acreedores que pueden costear con esta cuantificación del riesgo, como los son las entidades financieras, así como también, existen otros grupos de acreedores que no tienen esta facilidad, como son los trabajadores.

⁴⁴ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, 194.

⁴⁵ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

⁴⁶ Huáscar Ezcurra Rivero, “el "superprivilegio" del crédito laboral vs. El sistema de garantías reales”, Themis: revista de derecho No. 34, (1996), 142.

⁴⁷ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, 194 -195.

⁴⁸ Huáscar Ezcurra Rivero, “el "superprivilegio" del crédito laboral vs. El sistema de garantías reales”, 142.

Por ejemplo, en el caso de las entidades financieras, hay que contemplar las prácticas propias del negocio con las que cuentan para poder determinar el riesgo de insolvencia. Comenzando por la facilidad que tienen para solicitar información a la compañía, debido al poder de negociación que ostentan, tomando en cuenta que, por lo general, las empresas son las que solicitan los servicios financieros.

Estas entidades cuentan con capital humano, conocimiento y procesos establecidos que emplean ordinariamente en este tipo de determinaciones de forma masiva; lo que, además de, facilitar la fijación del riesgo de las operaciones que realizan, abarata los costos de cuantificación de estas. Todas estas facilidades, permiten que este tipo de acreedores puedan asumir el costo de este cálculo y por lo tanto eliminan las desventajas técnicas.

Sin embargo, existen acreedores que no cuentan con este tipo de facilidades y que, al no poder satisfacer los costos de transacción de estos rubros, no los realizan, poniéndolos en una posición de desventaja con respecto de los acreedores que sí pueden hacerlo⁴⁹. Como es el caso de los trabajadores, que no tienen acceso a la información necesaria, conocimiento con respecto a la realización del cálculo, ni capital para realizar el cálculo de este tipo de riesgo.

Hay que tomar en cuenta que, la naturaleza del contrato indefinido de prestaciones de ejecución diferida dificulta aún más este tipo de cuantificación.⁵⁰ Asimismo, cabe recalcar que, muchas veces en las negociaciones, los trabajadores no tienen poder de negociación sobre los términos del contrato. En resumen, en este caso queda claro que los trabajadores no pueden asumir ese costo y aun así, lo asumieran y realizarán el cálculo del riesgo, no podrían pactar sus garantías dentro del contrato de trabajo.

⁴⁹ Vanessa Finch, "Is pari passu passe?", 194.

⁵⁰ Huáscar Ezcurra Rivero, "el "superprivilegio" del crédito laboral vs. El sistema de garantías reales", 144.

Gráfico No. 2 Diferencias entre entidades financieras y trabajadores en etapa precontractual

	 ENTIDAD FINANCIERA	 TRABAJADOR
Forma de obligarse	Contractual	Contractual
Capacidad de determinar el riesgo de insolvencia	 Alta capacidad	 Falta de capacidad
Negociación de condiciones	Alto poder de negociación	Bajo poder de negociación
Capacidad de pactar Garantías	 Se suelen pactar garantías reales	 Garantía de prenda General

Fuente: Elaboración propia, a partir de Goldenberg⁵¹ y Código Civil⁵².

Detrás de la existencia de las desventajas técnicas, se encuentra los fallos de mercado, que son la piedra angular de la motivación económica, ya que, económicamente justifican la desigualdad entre acreedores⁵³.

Si bien, los mercados competitivos generalmente tienden a regularse solos con el fin de ser eficaces y asignar eficientemente los recursos existentes, pero en ocasiones estos pueden fallar y acarrear ineficiencias dentro de los mercados competitivos, a esto se le conoce como fallos de mercado⁵⁴. Dos de los más importantes son las externalidades y la asimetría de información.

La primera falla de mercado que se revisará es la asimetría de información, para poder comprender a profundidad su impacto hay que imaginar como funcionaría un mercado perfecto. Entonces, dentro de un mercado perfecto los consumidores como los oferentes poseen información completa sobre las variables económicas relevantes para tomar su decisión⁵⁵. Cuando una de las partes conoce con más detalle sobre el producto o servicio que se intercambia existe asimetría de información, por lo tanto, la decisión de

⁵¹ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

⁵² Artículos 1453 y 2367, Código Civil.

⁵³ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

⁵⁴ Robert S. Pindyck y Daniel L. Rubinfeld, Microeconomía (Madrid: Pearson Educación, 2009), 357.

⁵⁵ Ibid., 707-708, 716.

la parte ignorante estará sesgada y esto evitará que se maximice el bienestar económico e incluso impediría el correcto desarrollo del mercado⁵⁶.

Por ejemplo, en el caso de los trabajadores, se entiende que la empresa que los contrata tiene mejor conocimiento acerca de su potencial riesgo de insolvencia que el trabajador al momento de ser contratado. Entonces, el empleador cuenta con información que sería relevante para el trabajador antes de tomar una decisión y al no entregársela, dependería de los trabajadores la obtención de esta, lo que genera costos de transacción que la gran mayoría de trabajadores no puede pagar.

La segunda falla de mercado es la externalidad negativa, la misma que no existiría dentro de un mercado perfecto, ya que, el costo completo de los productos se reflejaría en su precio de mercado, es decir, que todos los costos generados por la actividad comercial se verían cubiertos en el precio. Aunque, fuera del mercado perfecto existen ciertas actividades que al ser realizadas generan costos que no están siendo consideradas en el precio y que terminan siendo asumidos por terceros, ese costo que sufren los terceros o la contraparte tiene el nombre de externalidad negativa⁵⁷.

Por ejemplo, en el caso de los trabajadores, si estos fueran despedidos, debido a la insolvencia de la empresa y no contaran con un crédito privilegiado, el trabajador probablemente necesitaría incurrir en gastos legales para exigir el pago de sus haberes. En este caso, la externalidad se genera porque el trabajador pagará gastos que no contemplaba en consecuencia de la inacción de pago del empleador para reclamar sus obligaciones; es decir, la insolvencia con falta de liquidez de las empresas genera gastos que derivan de la falta de pago de su contrato laboral, que terminan siendo externalidades negativas para los acreedores, en especial a los trabajadores que tienen menor capacidad económica de enfrentar esos gastos.

Por ello se concluye que, existen ciertos acreedores que se encuentran en desigualdad económica con respecto de otros acreedores y para los cuales solventar esas desigualdades individualmente sería extremadamente caro. En consecuencia, el Estado es el encargado de regular el mercado con el fin de mitigar los fallos de mercado y reducir los costos transaccionales por medio de regulaciones. Únicamente en este punto se considera la aplicación del privilegio en el orden de pago, lo que genera una solución sin

⁵⁶ Robert S. Pindyck y Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomía*, 707-708, 716.

⁵⁷ *Ibid.*, 357, 708, 747-748.

costos de transacción para el acreedor vulnerable y mitigando las externalidades negativas.

6.1.1 Falta de motivación económica para la existencia del privilegio del crédito fiscal.

A la luz de lo expuesto, se realizará un análisis con respecto del contexto del crédito fiscal, que ayudará a determinar si existen desventajas técnicas entre el Estado, en específico con el crédito fiscal, con respecto del resto de acreedores. De tal manera, que se analizará en dos partes: la primera se concentrará en su origen y formas de determinación y la segunda versará sobre sus métodos de cobro y garantías.


El crédito fiscal tiene una naturaleza extracontractual, ya que el origen de la obligación nace de la disposición de la Ley, así lo contempla la CRE en el artículo 301⁵⁸ donde se condiciona la existencia, modificación y extinción de los impuestos a la iniciativa del ejecutivo y al proceso legislativo de la Asamblea. De ahí que, se pueda inferir que dentro de la creación de un tributo no existe un poder de negociación, es decir, las empresas únicamente deben cumplir con la imposición establecida en la Ley. Igualmente, hay que resaltar que la normativa relacionada a impuesto tiene un alto índice de variabilidad. Un ejemplo de esta variabilidad lo demuestra el artículo 37 de la Ley de Régimen Tributario Interno⁵⁹, LRTI, referente a la tarifa del impuesto a la renta de sociedades, la cual en el transcurso de 14 años registra 11 reformas, casi una reforma anual.

En otras palabras, el origen de la obligación fiscal nace de la voluntad estatal, poder ejecutivo; es aprobada por el Estado, poder legislativo, y como se observa en el siguiente apartado es cobrada por el poder estatal, Servicio de Rentas Internas, SRI. Lo que, demuestra ampliamente la imposibilidad de negociar las condiciones del crédito por parte de las empresas y la exclusividad del control de creación y determinación de tarifas por parte del Estado.

⁵⁸ Artículo 301, CRE, 2008.

⁵⁹ Artículo 37, Ley de Régimen Tributario Interno [LRTI], R.O. 463 de 17 de noviembre 2004, reformada por última vez R.O. suplemento 76 de 9 de septiembre del 2022.

Gráfico No. 3 Diferencias entre entidades financieras, trabajadores y la entidad tributaria en etapa precontractual.

	 ENTIDAD FINANCIERA	 TRABAJADOR	 ENTIDAD TRIBUTARIA
Forma de obligarse	Contractual	Contractual	Imposición legal
Capacidad de determinar el riesgo de insolvencia	✓ Alta capacidad	✗ Falta de capacidad	No requiere del calculo.
Negociación de condiciones	Alto poder de negociación	Bajo poder de negociación	Falta de poder de negociación Imposición de la obligación
Proceso de cobro de obligaciones	Proceso judicial	Proceso judicial	Proceso administrativo Coactiva

Fuente: Elaboración propia, a partir de Goldenberg⁶⁰, Finch⁶¹, Código Civil⁶², CRE⁶³ y Código Tributario⁶⁴.

Como se mencionó anteriormente el cobro de las obligaciones fiscales, la realiza el SRI. Primero la entidad realiza un proceso de determinación con respecto del monto a pagar⁶⁵, el mismo que se determina mediante un acto administrativo, que una vez que adquiere firmeza concede a la Entidad Administrativa la potestad de ejecución forzosa en caso de no cumplir con el mandamiento de pago de las obligaciones⁶⁶. Es decir que, sin necesidad de iniciar un proceso judicial, la misma Entidad Administrativa puede ejecutar forzosamente los bienes del obligado para cobrar la deuda, claramente siguiendo el debido proceso administrativo. Pero en términos generales está facultad acorta el plazo que toma el cobro de una deuda, y facilita la actividad recaudatoria del SRI.

Si bien, los acreedores no pueden negociar los términos bajo los cuales se determinará el crédito, el Código Tributario en su artículo 156 indica que, la entidad tributaria puede conceder facilidades de pago, siempre y cuando estas estén respaldadas

⁶⁰ Juan Luis Goldenberg, et al., “El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales”.

⁶¹ Vanessa Finch, “Is pari passu passe?”, 195.

⁶² Artículos 1453 y 2367, Código Civil

⁶³ Artículo 301, CRE, 2008.

⁶⁴ Artículo 157, Código Tributario, 2005.

⁶⁵ Artículo 68, Código Tributario, 2005.

⁶⁶ Artículo 157, Código Tributario, 2005.

por una garantía,⁶⁷ una vez que los actos administrativos estén firmes. Estas garantías se encuentran contempladas en el artículo 2 de las Normas que Regulan Solicitud y Concesión de Facilidades de Pago⁶⁸, las mismas que pueden ser: hipoteca cerrada, prenda, fianza bancaria, póliza de cumplimiento, entre otras. Es decir que, estas obligaciones con facilidades de pago cuentan con un derecho preferente de cobro, por un método de garantía real.

Por último, el artículo 57 del Código Tributario, establece que el crédito fiscal goza de privilegio general sobre los bienes del deudor y tendrá prelación sobre todo los créditos que no sean: pensiones alimenticias, seguro general obligatorio, créditos concedidos a asegurados, créditos laborales y créditos caucionados con prenda o hipoteca que haya sido inscrito antes de la determinación del crédito tributario.⁶⁹ Es decir, que si el resto de los mecanismos de cobro no llegarán a funcionar y la empresa cae en insolvencia el Estado tiene un privilegio de cobro de los créditos tributarios, por encima de los demás acreedores.

A la luz de lo expuesto, es fácil vislumbrar que el Estado no tiene desventajas técnicas, con respecto de otros acreedores, es más podría decirse que cuenta con más ventajas que cualquier otro acreedor. Por ejemplo: la potestad de crear nuevos impuestos, el poder imponer las tarifas de estos de forma unilateral y obligatoria, el contar con potestades de cobro exclusivas como lo es la ejecución forzosa administrativa y, la capacidad de solicitar garantías de pago cuando existen facilidades para el mismo. Por ende, es claro que no existen fallos de mercado que justifique la existencia de un privilegio en el orden de pago de este tipo de créditos.

⁶⁷ Artículo 156, Código Tributario, 2005.

⁶⁸ Artículo 2, Normas que Regulan Solicitud y Concesión de Facilidades de Pago, R.O. 469 de 30 de marzo de 2015, reformada por última vez R.O 106 de 15 de julio de 2022.

⁶⁹ Artículo 57, Código Tributario, 2005.

Gráfico No. 4 Ventajas técnicas de la Entidad Tributaria



Fuente: Elaboración propia, a partir de CRE⁷⁰, Código Tributario⁷¹, Normas que Regulan Solicitud y Concesión de Facilidades de Pago⁷².

Sin lugar a duda, el poder que tiene el Estado dentro de la creación, determinación y cobro de la obligación fiscal es predominante. Por ende, el otorgarle un privilegio de cobro a este tipo de créditos no se justifica de manera económica y como los menciona Goldenberg el privilegio de los créditos fiscales no busca la maximización del bienestar económico, por el contrario, perjudica gravemente a los acreedores ordinarios que tendrán menos posibilidades de cobro de sus deudas⁷³.

6.2 Motivación social

La motivación social se fundamenta en la ayuda a grupos vulnerables y es lo que varios doctrinarios conocen como la razonabilidad humana, que por mucho tiempo fue utilizada para justificar la existencia de privilegios⁷⁴. Si bien, antes esta justificación bastaba, en la actualidad se han desarrollado técnicas que nos permiten crear una justificación con enfoque social amparada en la Constitución⁷⁵. Es decir, que existen mecanismos legislativos que permiten generar discriminaciones legales justificadas en la norma suprema. Lo que, además de brindar seguridad jurídica y racionalidad, respalda de

⁷⁰ Artículo 301, CRE, 2008.

⁷¹ Artículo 9, 46, 157, Código Tributario.

⁷² Artículo 2, Normas que Regulan Solicitud y Concesión de Facilidades de Pago.

⁷³ Juan Luis Goldenberg y Aurelio Guerra, "El reconocimiento y clasificación de créditos en los procedimientos concursales".

⁷⁴ Arturo Alessandri, "La primera clase de créditos", 17.

⁷⁵ Francisco Arellano Gómez, "Consideraciones de derecho civil acerca de la relación existente, en sistemas jurídicos continentales, entre la regla "Par Conditio Creditorum" y los privilegios crediticios", 292.

manera importante la existencia de la norma. Por lo cual se realizará el siguiente análisis constitucional:

Siguiendo este razonamiento la Corte Constitucional en la sentencia No.11-18-CN/19, que se ha utilizado como antecedente por la sentencia No. 50-10- IN/20, se ha determinado que pueden existir normas que contienen diferencias justificadas y otras que únicamente discriminan⁷⁶. Este razonamiento nace del artículo 11.2 de la CRE, el que promulga la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, veta la discriminación y afirma que “el Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”⁷⁷ y del artículo 66. 4 de la CRE, el cual manifiesta que todas las personas tienen derecho a la igualdad formal, material y a la no discriminación⁷⁸. En resumen, la Constitución prevé que existen situaciones de desigualdad, estas bien podrían ser creadas por una norma o darse naturalmente en la sociedad; en el primer caso, se debería evaluar el contenido de la norma para corregir la discriminación existente y en el segundo caso debería analizarse la posibilidad de crear normativa que elimine o busque eliminar la desigualdad.

Ahora bien, la Corte Constitucional manifiesta que la CRE tiene 3 elementos que permiten que se configure el trato discriminatorio, el primero es la compatibilidad, que busca comparar a dos sujetos que se encuentran en igualdad de condiciones; la segunda, es la constatación de un trato diferenciado por una de las ejemplificaciones del artículo 11.2 de la CRE y, por último debe existir una verificación de resultado, dentro del cual se evaluará si la diferenciación promueve derechos, en cuyo caso se entiende que es una diferenciación justificada y de no serlo se considerará una diferenciación discriminatoria⁷⁹.

Para entrar en contexto, desde una perspectiva legislativa, hay que considerar que, en el concurso de acreedores, todos los acreedores tienen como respaldo de sus obligaciones el mismo patrimonio⁸⁰, por ende, el mismo derecho de cobro. Ahora, en un proceso de insolvencia donde no hay privilegios y el patrimonio no es suficiente para responder a la totalidad de deudas de los acreedores, existirán algunos de ellos que debido

⁷⁶ Casusa No.11-18-CN, Corte Constitucional del Ecuador, Pleno de la Corte, 12 junio 2019, par. 81.

⁷⁷ Artículo 11.2, CRE, 2008.

⁷⁸ Artículo 66.4, CRE, 2008.

⁷⁹ Causa No. 50-10- IN/20, par. 19.

⁸⁰ Artículo 2367, CC.

a su situación socio económica, se encontrarán en desigualdad para reclamar el pago de sus deudas.

Por ejemplo, no es lo mismo que una entidad financiera, que conoce de los procesos judiciales accione uno para el cobro de su deuda, a que un trabajador promedio, que en su mayoría aún no han tenido su primer acercamiento con el sistema judicial lo haga. Además, hay que considerar, que si bien ambos tienen derecho al pago de sus deudas; el pago que recibirá el trabajador tiene mayor relevancia social, debido a que en una gran cantidad de casos las prestaciones laborales suelen ser la única fuente de ingresos de las familias, a diferencia de las entidades bancarias, que tienen más operaciones que les producen riquezas.

Considerando la situación planteada en el ejemplo anterior, la Función Legislativa ha otorgado un crédito privilegiado a los trabajadores, el mismo que genera una diferencia en el orden de cobro de las obligaciones. Para determinar si esta diferenciación promueve derechos hay que realizar el test de discriminación, Entonces, el teste se realizará comparando a los trabajadores con las entidades financieras;

En relación con la compatibilidad hay que resaltar que ambos sujetos se encuentran enfrentando una situación similar, es decir que ambos tienen obligaciones impagas con el mismo deudor que ha caído en insolvencia, por lo que, se cumple con el requisito de igualdad de condiciones. Referente a la constatación de un trato diferenciado, es evidente que, al existir un privilegio en el orden de pago de los créditos, los trabajadores tienen un trato diferente que el prestado a las entidades financieras y este se da en razón de una de las categorías del artículo 11. 2 de la CRE, denominado condición socio económica. En cuanto a, la verificación de resultados indudablemente existe una diferenciación que promueve los derechos económicos de un grupo que se encontraba en una situación vulnerable como lo era la de los trabajadores, al aplicarse el trato diferenciado se promueve el derecho al trabajo y se garantiza el respeto a las remuneraciones y retribuciones justas.⁸¹ Por ende, se entiende que en este caso la discriminación legal está fundamentada en la promoción de derechos y supera el test de discriminación.

⁸¹ Artículo 33, CRE, 2008.

Gráfico No. 5 Test de discriminación entre trabajador y entidades financieras



Fuente: Elaboración propia, a partir de causa No. 50-10- IN/20⁸² y CRE⁸³

En definitiva, la motivación social tiene como objetivo la producción de normativa que promueva derechos, ya sea por medio de la elaboración de normas que creen tratos diferenciados para nivelar la desigualdad, o por medio de, eliminación de normas que contengan tratos diferenciados que sean discriminatorios con el propósito de promover la igualdad. Esto tomando en cuenta, que detrás de esta razonabilidad humana, existe una técnica jurídica, que permite diferenciar la promoción de derechos de la discriminación en los tratos diferenciados.

6.2.1 Falta de motivación social para el privilegio del crédito fiscal.

En virtud de lo expuesto anteriormente, se procederá a realizar un análisis en atención a la existencia del privilegio del crédito tributario, dentro de un proceso de insolvencia empresarial, y si efectivamente su motivación crea un trato diferenciado que promueve derechos. En ese marco se procederá a realizar el test de trato diferenciado que utiliza Corte Constitucional, donde se analiza: la compatibilidad, el trato diferenciado justificado en una de las categorías enunciadas en el art. 11.2 de la CRE y la verificación de resultados.

⁸² Causa No. 50-10- IN/20, par. 19.

⁸³ Artículo 11.2, CRE, 2008.

El primer punto por analizar será la compatibilidad, la misma que la Corte Constitucional como la existencia “de dos sujetos de derecho, personas o grupos que están en iguales o semejantes condiciones. En este caso existen varios actores que se encuentran en una situación semejante, que se puede definir como la necesidad de cobro de una deuda impaga que está respaldada en un mismo patrimonio⁸⁴. Alguno de los actores que pueden verse ante esta misma situación son: trabajadores, proveedores, entidades financieras, accionistas e inversores. Por ende, cumple con el requisito de compatibilidad.

El segundo punto por analizar será la existencia de un trato diferenciado, que en palabras de la Corte esta es “la aplicación de una de las categorías enunciadas ejemplificativamente en la Constitución”⁸⁵. Estas categorías se encuentran enunciadas en el Artículo 11.2 de la CRE que reza

Todas las *personas* son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación⁸⁶. (énfasis añadido)

Como puede deducirse de la lectura de la cita, esta diferenciación solo aplica para personas y en este caso el Estado no es considerado una persona. Entonces, ¿podría una entidad que no es sujeto de derechos, derivados de la personalidad humana, verse favorecida por un trato discriminatorio?

La Corte Constitucional, en la sentencia No. 282-13-JP/19 se pronunció acerca del tema resolviendo que los derechos son atributos inherentes a los seres humanos,⁸⁷ es decir que, el Estado no podría considerarse un sujeto de derechos. Es más, la Corte destaca que, el Estado tiene un rol de garante de los derechos y por ende está llamado a respetarlos y protegerlos, ya que estos constituyen un límite al poder Estatal.⁸⁸ Si bien, el Estado cuenta ciertos derechos procesales dentro de las causas judiciales, no es el caso que se ha venido trabajando, puesto que, se está discutiendo sobre el derecho económico al cobro

⁸⁴ Artículo 2367, Código civil.

⁸⁵ Causa No. 50-10- IN/20, par. 19.

⁸⁶ Artículo 11.2, CRE, 2008.

⁸⁷ Causa No.282-13-JP/19, par. 28.

⁸⁸ Causa No.282-13-JP/19, par. 30.

preferente dentro del orden de prelación en caso de insolvencia, que poco o nada tiene de relación con los derechos procesales.

Pero incluso si en un supuesto hipotético el Estado representado por la administración tributaria, sobrepasaría la existencia de un trato diferenciado; el privilegio crediticio que actualmente mantiene no promueve derechos, más bien restringe la oportunidad de cobro del resto de acreedores. Tomando en cuenta que el Estado tiene mayor posibilidad de financiamiento que el resto de los acreedores, de tal manera que el no pago de la obligación a la entidad tributaria, prácticamente no le afectaría; pero el no pago de la obligación un proveedor, no solo que le afectaría, sino que incluso podría llevarlo a la insolvencia, debido a que no cuenta con la misma capacidad de financiamiento que el Estado.

Para concluir, hay que resaltar que ninguna manera se puede considerar al Estado como un titular de derechos en si mismo, por lo mismo es inaudito que en la actualidad mantenga un derecho de cobro privilegiado por encima del resto de acreedores ordinarios, que mantiene el mismo derecho de cobro. Es insólito que la Entidad que debería garantizar los derechos se aproveche económicamente del resto. Con esto, no se busca que el empresario en insolvencia ignore su obligación de pago con el SRI, pero lo que si se busca es que esta entidad mantenga un mismo estatus que cualquier otro acreedor dentro de la prelación de créditos.

7 Legislación comparada y comparativa.

La eliminación del crédito privilegiado ha sido adoptada por otras legislaciones como la chilena e inglesa, las cuales dentro de sus normas no contemplan el privilegio de cobro de los créditos de sus Entidades Fiscales. En esta sección se expondrá brevemente legislación comparada y comparativa al régimen ecuatoriano con el objetivo de ejemplificar de forma directa la evolución normativa de estas legislaciones.

Sobre la prelación de créditos en Chile:

Ecuador y Chile al pertenecer al derecho continental, mantienen una normativa civil muy similar. Es así como, ambas legislaciones tienen un régimen de insolvencia muy parecido y al igual que el Ecuador se contempla un orden de prelación para el pago de acreedores. Dentro de este orden se considera a la primera clase de créditos como privilegiados, en estos créditos no se considera a las obligaciones tributarios generales poseedoras del derecho de cobro preferente.

A pesar de que el Código Civil chileno no contemplan a las obligaciones tributarias en general, es decir, las que tienen a la empresa como sujeto pasivo directo; si mantiene el privilegio de cobro con respecto de los impuestos de retención y de recargo, dentro de los cuales las empresas actúan como agentes facilitadores del cobro de impuestos de la Entidad Tributaria⁸⁹.

En suma, la legislación chilena determinó, que el Estado no debe ser tomado como un acreedor preferente y en la actualidad es considerado un acreedor ordinario que tiene un derecho de cobro por sus obligaciones, pero este mantiene un mismo estatus que el resto de los acreedores.

Sobre la prelación de créditos en Inglaterra:

En esta legislación desde 1986 se derogó el privilegio de crédito que mantenía la Entidad Tributaria para el cobro de sus obligaciones en caso de insolvencia.⁹⁰ Si bien, el sistema jurídico ecuatoriano e inglés son diferentes al ser este territorio parte del common law.

Ambos sistemas cuentan con un proceso de insolvencia que busca alcanzar los mismos objetivos, centrados en la maximización de valor del patrimonio restante de las empresas. En ese sentido, comparten el método de prelación de créditos para el pago de las acreencias, dentro del cual el Estado inglés ha considerado poco efectivo determinar a las obligaciones tributarias como privilegiadas.

En síntesis, se debe tomar en cuenta que indistintamente del sistema jurídico la legislación chilena como la inglesa mantienen un sistema de insolvencia que comparte un objetivo en el fondo que se centra en la recuperación de la deuda en la proporción más adecuada posible para todos los acreedores. De esta manera se focalizan en mantener un orden de pago eficaz dentro de régimen de insolvencia, que permita la correcta reinserción de bienes de una empresa fallida al mercado para que estos puedan volver a generar valor,⁹¹ sin considerar al Estado como una entidad preferente.

⁸⁹ Artículo 2471, Código Civil de la República de Chile, Ley núm. 21400, publicada el 1 de enero de 1857, reformada por última vez el 10 de diciembre de 2021.

⁹⁰ Insolvency Act 1986, SCHEDULE 6 The Categories of Preferential Debts, publicada el 25 de julio de 1986, última reforma el 12 de noviembre del 2021.

⁹¹ Aurelio Guerra Martínez, “Fundamentos del derecho de Insolvencia, presentación del libro – Derecho de la insolvencia un enfoque comparado y funcional (Seminario web de la facultad de derecho de la Universidad San Francisco de Quito)” 8’45”.

8 Conclusiones

Para concluir, hay que resaltar los hallazgos a los que se ha podido llegar a partir de esta investigación. Primero se destaca que, existen distintas formas de interpretar el principio *par condicio creditorum* dentro del régimen de insolvencia cuando este se encuentra vigente; No obstante, en su etapa legislativa este mantiene una interpretación unánime que lo asocia a la igualdad formal de trato.

Segundo se probó la existencia de una justificación estructurada que respalda la creación de un privilegio, la misma que se conforma de dos enfoques: la vulnerabilidad del grupo protegido y la repercusión del resto de acreedores, esta justificación debería existir sin importar el tipo de motivación que la impulse.

Tercero se evidenció que económicamente no existen desventajas técnicas o fallos de mercado que produzcan ineficiencia detrás del crédito fiscal; Además, se demostró que tampoco existe un fundamento social, ya que el Estado, en este caso representado por la Entidad Tributaria, no es sujeto de derechos y por lo tanto no supera el test de discriminación legal.

Por último, se verificó que existen otros Estados, como Chile e Inglaterra que han suprimido el crédito privilegiado de sus legislaciones, conformando que la aplicación de esta recomendación legislativa es viable en la normativa ecuatoriana.

El impacto de estos hallazgos se refleja en la falta de justificación legislativa de la existencia del privilegio al crédito tributario. Esta falta de justificación se sustenta, por un lado, económicamente, ya que, el crédito fiscal no se encuentra en desventaja con el resto de los acreedores, por el contrario, cuenta con más beneficios que los demás.

Por otro lado, socialmente, ya que, las normas de trato diferenciado solo pueden ser aplicables con respecto de derechos intrínsecos a la personalidad humana y el crédito fiscal recae sobre el Estado, que carece de esta característica. En consecuencia, las normas que conceden un privilegio en el orden de cobro al crédito tributario evitan la maximización de bienestar económico porque reducen la posibilidad de pago de acreedores ordinarios que tienen menor capacidad de sobrellevar el incumplimiento de pago y generan inequidad en el orden de prelación.

Las limitaciones detectadas en esta investigación se centran en la escasa doctrina desarrollada a nivel regional, puntualmente en la teoría alrededor de la fundamentación

de la prelación de créditos. No obstante, se logró suplir este percance por medio de recopilación doctrinaria de sistemas similares al ecuatoriano como los es el español.

Otra de las limitantes identificadas fue la falta de tiempo para profundizar en el análisis del régimen de insolvencia con los temas de recaudación y retención tributaria. Sin embargo, se consiguió abarcar el tema más relevante como lo es la determinación de obligaciones tributarias. En resumen, si bien existieron ciertas limitaciones éstas no afectaron de forma relevante a la investigación.

Por último, en concordancia con todo lo expuesto el autor considera que la solución del problema jurídico radica en una reforma legislativa. Por lo tanto, se recomienda la eliminación del privilegio del crédito tributario en el régimen de insolvencia ecuatoriano, como una forma de evolución normativa que procure la maximización de beneficios económicos en la sociedad.