

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**EFFECTOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE
CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA EN LA LEY DE
CONCURSO PREVENTIVO**

Juan Esteban Espinosa Serrano

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Diciembre 2009

*Dedicada a mis padres Alfonso y Verónica
por toda la educación y amor que me han dado,
pues sin ellos esto no sería posible.*

*A mis hermanos, Ma. Fernanda y amigos
por su incondicional apoyo.*

*A Gilberto quien me introdujo al
fascinante mundo de la quiebra.*

Y, a mi profesión porque creo en el bien de ella...

© Derechos de Autor

Juan Esteban Espinosa Serrano

2009

RESUMEN

El concurso preventivo es una herramienta que otorga el ordenamiento jurídico a las empresas y a sus acreedores con miras a superar una inminente crisis y conservar la empresa. Mediante la celebración de un concordato, la ley pretende facilitar el pago de las acreencias, sanear la empresa en crisis y reorganizarla para fortalecerla y reincorporarla exitosamente en el mercado.

Puesto que en el Ecuador dicha ley se ha aplicado en escasas situaciones desde su promulgación y no ha generado los resultados esperados en cuanto al salvamento de las empresas en crisis, el objetivo de esta tesina es el analizar mediante un estudio de derecho comparado, los efectos que tendría la implementación del principio de conservación de la empresa, principio fundamental del derecho concursal, en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana.

Mediante la implementación de dicho principio, la ley antes mencionada brindaría herramientas de aspecto sustancial y procesal, tanto a las empresas como a sus acreedores para de esta manera proteger efectivamente los intereses colectivos así como el bien jurídico tutelable que es el crédito.

ABSTACT

Rehabilitation proceedings are a useful tool given to companies and creditors by the legal system to overcome an imminent crisis with the final objective of preserving the businesses. The intention of the law is to sign a rehabilitation agreement to facilitate debt payments, heal the business at risk, reorganize and fortify it in order to reinstate it to the market successfully.

Because in Ecuador the rehabilitation proceeding has not been applied in many occasions and it did not achieve the desired results since the law was first enacted, the prime objective of this investigation is to analyze through a comparative law study, the effects of the implementation of the business preservation principle into the Ecuadorian law.

Through the implementation of such principle, the referred law would provide important tools to businesses and creditors in a substantial and procedural aspect to face crisis in a proper way. It will also protect the collective interest of society in maintaining active businesses and credit, which is the legally protected right.

Tabla de Contenido

Introducción.....	11
Capítulo I.- La Crisis de Empresa y su Tratamiento en la Legislación Ecuatoriana	
1.1 ¿Qué es una crisis de empresa?.....	16
1.1.1 Concepto de empresa.....	16
1.1.2 Concepto de crisis.....	17
1.1.3 Niveles de Crisis.....	19
1.1.3.1 Crisis Superficiales o leves.....	19
1.1.3.2 Crisis Medias.....	19
1.1.3.3 Crisis Profundas o Graves.....	20
1.1.4 Quienes se ven afectados por una crisis.....	21
1.1.5 Alternativas frente a una crisis.....	22
1.1.5.1 Continuación de la empresa en crisis.....	23
1.1.5.2. Disolución, liquidación y cancelación de la empresa.....	24
1.2 Tratamiento de la crisis en la Legislación Ecuatoriana: conceptos y procedimientos.....	25
1.2.1 La suspensión de pagos, cesación de pagos e insolvencia.....	25
1.2.1.1 Suspensión de pagos.....	25

1.2.1.2 Cesación de pagos.....	27
1.2.1.3 Ilíquidez, Insolvencia y Quiebra.....	37
1.2.1.3.1 Ilíquidez.....	37
1.2.1.3.2 Estado de insolvencia.....	39
1.2.1.3.3 Quiebra o concurso liquidativo.....	40
1.2.2 Tratamiento de la Cesación de pagos en la Ley de Concurso Preventivo.....	42
1.2.2.1 Naturaleza.....	43
1.2.2.2 Aplicabilidad.....	44
1.2.2.2.1 ¿A quien?.....	44
1.2.2.2.2 ¿Cuándo?.....	44
1.2.2.3 Participantes.....	45
1.2.2.3.1 Fallido.....	45
1.2.2.3.2 Superintendente de Compañías.....	46
1.2.2.3.3 Supervisor.....	48
1.2.2.3.4 Acreedor y Junta de Acreedores.....	49
1.2.2.4 Efectos.....	49
1.2.2.5 Principios Fundamentales del Concurso Preventivo.....	50
1.2.2.5.1 Universalidad.....	50
1.2.2.5.2 Concursalidad.....	50
1.2.2.5.3 Oficiosidad.....	51
1.2.2.5.4 <i>Par Conditio Creditorum</i>	51
1.2.2.5.5 Desapoderamiento.....	52
1.2.2.6 Conclusiones.....	53

Capítulo II.- El Principio de Conservación de la Empresa

2.1 Principio de Conservación de la Empresa.....	55
2.1.1 Concepto.....	55

2.1.2 Características.....	57
2.2 La Quiebra Vista Desde la Perspectiva del Principio de Conservación de la Empresa.....	60
2.3 El Concordato Visto Desde la Perspectiva del Principio de Conservación de la Empresa.....	61
2.4 El Principio de Conservación de la empresa en la Ley de Concurso Preventivo Ecuatoriana.....	63
2.5 Disposiciones atentatorias al principio de conservación de la empresa en la Ley de Concurso Preventivo.....	64
2.5.1 Ley de Concurso Preventivo.....	65
2.5.2 Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo.....	67
2.6 Consecuencias de la falta de aplicación del principio de conservación de la empresa en la legislación ecuatoriana.....	69
2.6.1 Molinos La Unión S.A.....	69
2.6.2 Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.....	71
2.7 Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en Legislación Comparada.....	73
2.7.1 Estados Unidos.....	73
2.7.1.1 Procedimiento Concursal bajo el Capítulo 11 de <i>Delta Airlines, Inc.</i>	73
2.7.1.2 Procedimiento Concursal bajo el Capítulo 11 de <i>Kmart Corporation</i>	77
2.8 Argentina.....	79
2.8.1 Concurso Preventivo de <i>Original Metal S.A.</i>	79

Capítulo III.- Los Efectos Sustanciales y Procesales de la Implementación del Principio de Conservación de la Empresa en la Ley de Concurso Preventivo

3.1. Efectos Sustanciales.....	82
3.1.1 La Aplicación del <i>Cramdown Power</i>	82
3.1.1.1 Concepto.....	82
3.1.1.2 Finalidad.....	83
3.1.1.3 El <i>Cramdown Power</i> en la Legislación Argentina.....	85
3.1.1.4 El <i>Cramdown Power</i> en Estados Unidos.....	87
3.1.2 Designación de Supervisores Peritos.....	89
3.1.2.1 El Supervisor.....	89
3.1.2.2 Designación de Síndicos en Argentina.....	92
3.1.2.3 Designación de Síndicos en Chile.....	94
3.1.3 Aplicación de Concursos Preventivos a Empresas que no se Encuentren Bajo el Control y Vigilancia de la Superintendencia de Compañías.....	94
3.1.3.1 Empresas Sujetas a Concurso Preventivo o <i>Chapter 11</i> en la Legislación Norteamericana.....	96
3.1.3.2 Empresas Sujetas a Concurso Preventivo en la Legislación Argentina.....	98
3.1.4 El “Pequeño Concurso” como Alternativa al Concurso Preventivo.....	99
3.1.5 Personas Naturales en Calidad de Comerciantes o no Comerciantes que Pueden Solicitar Concurso Preventivo.....	101
3.1.5.1 El Capítulo 13 o <i>Chapter 13</i> del <i>US Code, Title 11, Bankruptcy Law</i>	102
3.1.6 Flexibilización de los Privilegios Laborales en los Procesos de Concurso Preventivo en Concordancia con el Principio de Conservación de la Empresa.....	104
3.1.6.1 Problemática de la Legislación Laboral Ecuatoriana para la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa.....	106

3.1.6.2 Tratamiento a los Trabajadores en Derecho Comparado.....	107
3.1.6.2.1 Aspecto Laboral en el Caso de Original Metal S.A....	108
3.1.6.2.2 Aspecto Laboral en el Caso <i>Delta Airlines Inc.</i>	109
3.2 Efectos Procesales.....	111
3.2.1 Solicitud a Concurso Preventivo.....	111
3.2.1.1 Solicitud a Concurso Preventivo en Estados Unidos.....	112
3.2.2 Otorgamiento de <i>Ius Imperium</i> al Superintendente de Compañías.....	114
3.2.2.1 Potestad del Superintendente de Compañías de Obligar la Comparecencia.....	115
3.2.2.2 <i>Ius Imperium</i> en Estados Unidos.....	117
3.2.3 Fortalecimiento del Principio de Oficiosidad del Superintendente de Compañías.....	117
3.2.4 Incorporación del Recurso de Revisión.....	118
Conclusiones	120
Recomendaciones	124
Bibliografía	129
Anexos	135

INTRODUCCIÓN

El marco constitucional ecuatoriano contempla el fundamental derecho al trabajo y a la producción, reconociendo de esta manera el Estado las diversas formas de organización de la producción económica, entre las cuales se encuentran las empresas privadas¹. Por ello, es de vital importancia establecer mecanismos que fomenten, regulen, controlen e incluso ayuden a las empresas considerando que el crédito es uno de las principales herramientas para su funcionamiento, además de ser uno de los motores fundamentales que impulsan la economía contemporánea. Por ende, la consagración de leyes que lo protejan, es indispensable. Tratándose el principio de subsidiariedad, mismo que para este estudio se comprende como “un principio de organización de la sociedad que busca definir los campos de acción de los particulares y del Estado²”, es precisamente de éste y de lo dispuesto por la Constitución y demás leyes pertinentes, que deriva el derecho natural de los ciudadanos a ejercer actividades de comercio privadas lícitas. Por ello, la legislación

¹ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449: 20-oct-2008. Art. 319, Inc. 1ero.

² *Principio de Subsidiariedad*. Diccionario Económico. Disponible en: http://www.eco-finanzas.com/diccionario/P/PRINCIPIO_DE_SUBSIDIARIEDAD.htm. Consultado el 25 de noviembre de 2009.

debe brindar, además de disposiciones orientadas a la creación de empresas, disposiciones que permitan resarcir factores de riesgo que pueden llevar a que una empresa afronte una crisis.

Las crisis de empresa son fenómenos naturales y comunes dentro de la economía, de hecho, se oye hablar de ellas todos los días. En el Ecuador, son algunos los cuerpos legales que tratan la crisis en sus distintos aspectos. Por ejemplo, el Código de Comercio trata la suspensión de pagos, el Código de Procedimiento Civil se refiere al concurso de acreedores y quiebra, y finalmente, el tema de este estudio, la crisis de ciertas empresas es tratada por la Ley de Concurso Preventivo. Al encontrarse dichos tratamientos dispersos en la legislación y en ciertos casos, al ser aplicables únicamente a ciertos sujetos de derecho, las herramientas existentes son limitadas y de compleja aplicación.

Frente a la importancia que la crisis merece, existen posiciones doctrinales que tratan un principio denominado “principio de conservación de la empresa”. Éste reconoce el enorme impacto positivo que tienen las empresas en una economía, por lo que al momento que atraviesan una crisis, debe dotárseles de herramientas suficientes para que la puedan superar, o, en el caso de que dicha recuperación no sea posible, sean disueltas, liquidadas e incluso canceladas de la manera más expedita y eficiente posible. El salvamento de la misma permitiría mantener las fuentes de trabajo, la continuidad del giro económico y de la producción permitiendo a la sociedad beneficiarse de todo lo que esto implica, mientras que la disolución, liquidación y cancelación abreviada y efectiva permitiría evitar el incremento constante de costos tanto al deudor, acreedores y cualquier tercero interesado.

Por las razones expuestas, cabe preguntarse sobre los efectos que tendría la implementación del principio de conservación de la empresa en la legislación ecuatoriana y puntualmente, en la Ley de Concurso Preventivo. Visto ya que la Constitución consagra el derecho de organización y producción económica a los ecuatorianos y ecuatorianas, con la implementación y aplicación del principio de conservación de la empresa, la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana proveería a

los empresarios, accionistas, acreedores, Estado y demás interesados, una gama de alternativas de carácter sustancial como son el *cramdown power*, el pequeño concurso, designación de supervisores peritos, aplicación de procesos preventivos a todo tipo de empresa y no únicamente a aquellas bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y flexibilización de derechos laborales; y las de carácter procesal que comprenderían solicitudes simplificadas, otorgar *Ius Imperium* al Superintendente de Compañías, reforzar la oficiosidad en el proceso y crear un recurso de revisión permitiendo a los interesados afrontar una crisis efectivamente.

Este estudio pretende analizar los efectos de homologar un principio fundamental para el tratamiento de las crisis como es el de conservación de la empresa en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana. Por ello, el primer capítulo tratará dos aspectos fundamentales: la crisis y su actual tratamiento en la legislación ecuatoriana. En cuanto a la crisis, se verá lo que se entiende por una “crisis de empresa”, los distintos niveles que la comprenden, las personas que se ven afectadas por ella y las dos posibilidades que existen frente a esta situación, es decir, la continuidad o la quiebra. Enfocándose en el tratamiento que la legislación ecuatoriana da a la crisis empresarial actualmente, se analizarán conceptualmente la suspensión de pagos, la cesación de pagos, iliquidez, insolvencia y quiebra. Siendo el concurso preventivo el núcleo de este estudio, se analizará éste en relación a la cesación de pagos que es uno de los presupuestos indispensables para su solicitud, así como su naturaleza, los intervinientes, sus efectos y principios. En el mismo sentido, se hará un breve recuento del procedimiento actual que se debe cursar cuando una empresa afronta una crisis.

El segundo capítulo se enfocará en el principio de conservación de la empresa. Ello implica explicar en lo que éste consiste, así como una breve exposición de sus características y elementos. Analizando a demás las implicaciones que tiene dentro de un proceso de quiebra así como su efecto en la celebración de un concordato preventivo. Profundizando más con respecto de la legislación local, deberá analizarse si el mencionado principio está consagrado en ésta. Adicionalmente, se estudiarán

casos reales en los que se han llevado concursos preventivos en el Ecuador los cuales fracasaron precisamente por la falta de la aplicación de este principio. Se hará contraste con casos de concursos preventivos llevados en Estados Unidos y Argentina donde sí se aplicó dicho principio en distintos aspectos del proceso logrando el salvamento de esas empresas.

El tercero capítulo tratará los efectos que tendría la aplicación de este principio en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana. Se ha dicho ya que los efectos serían de dos índoles, sustanciales y procesales. En relación al derecho comparado, principalmente de Estados Unidos y Argentina, dichos efectos serían los siguientes: en el ámbito sustancial, implicaría la implementación de figuras como el *cramdown power*, y el “pequeño concurso”, así como cambios en el sistema de designación de supervisores, la posibilidad de que empresas que no se encuentren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías puedan solicitar un concurso preventivo, que incluso todo sujeto de crédito pueda solicitarlo, y finalmente, la flexibilización de derechos laborales cuando se trate de procedimientos concursales específicamente. Los aspectos procesales involucrarían una modificación o simplificación del procedimiento de solicitud de concurso preventivo, verter de *Imperium* al Superintendente de Compañías, fortalecer el principio de oficiosidad y la incorporación de un recurso de revisión, todo esto con miras a obtener o procurar un procedimiento eficiente ajeno al mayor número de costos transaccionales posibles para las empresas.

Tras haberse analizado el concepto de crisis empresarial con su tratamiento actual en la legislación ecuatoriana, el principio de conservación de la empresa, y los efectos sustanciales y procesales que tendría la implementación del mismo, permitirá que se llegue a conclusiones contundentes respecto de sus efectos. Dichos efectos permitirían que cada individuo ejerza su derecho constitucional, mismo que fue mencionado previamente, a plenitud y con las garantías necesarias para su basta protección y garantías.

CAPÍTULO I

La Crisis de Empresa y su Tratamiento en la Legislación Ecuatoriana

Las empresas o compañías al tener personalidad y vida jurídica, existen algunos factores por los cuales puede “morir”. Posiblemente uno de los factores más comunes es la crisis. Una compañía puede dejar de existir por cualquiera de las causales expresamente estipuladas por la Ley de Compañías en los artículos respecto a la disolución y posteriormente a la liquidación de las mismas. Algunos de los presupuestos legales de disolución son, por ejemplo, la falta de cumplimiento con el objeto social, el vencimiento en el plazo de duración, por decisión de los socios o accionistas, un auto de quiebra legalmente ejecutoriado, entre otros³. Sin embargo, solo los numerales tercero⁴ y sexto⁵ del artículo respecto a la disolución hacen referencia a una crisis empresarial, por lo que no se puede asumir que toda disolución deriva de una crisis aún siendo ésta la razón más común. No obstante, para el tema

³ *Ley de Compañías*. Registro Oficial No. 312: 5-nov-1999. Art. 361.

⁴ El artículo 361 de la mencionada ley dice: 3. Por auto de quiebra de la compañía, legalmente ejecutoriado.

⁵ Del mismo artículo se desprende el numeral sexto que dice: 6. Por pérdidas del cincuenta por ciento o más del capital social o, cuando se trate de compañías de responsabilidad limitada, anónimas, en comandita por acciones y de economía mixta, por pérdidas del total de las reservas y de la mitad o más del capital.

que se tratará en esta investigación, cabe comprender que lo que se pretende prevenir es justamente la liquidación derivada de una crisis.

Cuando una empresa se encuentra en “crisis”, el ordenamiento jurídico ecuatoriano brinda alternativas judiciales y extra judiciales⁶ para solventar la situación. Dentro del ramo de las alternativas judiciales se encuentra la suspensión de pagos, el concurso preventivo y el concurso de quiebra, por lo que es importante realizar un análisis profundo de los conceptos y elementos que éstos comprenden para determinar y entender las situaciones en las que cada una aplica. Situaciones que estudiaremos más adelante.

1.1 ¿Qué es una crisis de empresa?.-

En primer lugar cabe definir el concepto de “Crisis Empresarial”, pero para ello, debemos definir a su vez los términos que comprenden el mismo: el concepto de “empresa” y el de “crisis” individualmente.

1.1.1 Concepto de empresa.-

Entiéndase por empresa para efectos de esta investigación, todas aquellas compañías que se rigen bajo el control de la Superintendencia de Compañías, las que no, y toda asociación que tienen como único fin el realizar actos de comercio. Por otra parte, el jurista español JAVIER IBÁÑEZ JIMÉNEZ entiende por empresa “toda organización de bienes y servicios dispuesta por personas físicas o jurídicas en beneficio propio”⁷. En el mismo texto hace la aclaración de que dicha organización de bienes y servicios, para que la misma sea considerada empresa, no requiere de un formalismo legal que la califique a la misma como tal, ni tampoco determinados

⁶ Las alternativas extra judiciales son medidas que no involucran un procedimiento judicial o un concurso preventivo, sino que implica medidas como el formar alianzas estratégicas o *joint ventures* con otras empresas para soportar y manejar la crisis, o incluso llegar a acuerdos extrajudiciales con los acreedores.

⁷ J. IBÁÑEZ , *Crisis de la Empresa: Insolvencia, Suspensión, Quiebra y otras soluciones concursales*. Dykinson, S.L., Madrid, España; p.11.

aspectos económicos. Adicionalmente, el autor JOSÉ ARTURO GARCÍA BETANCOURT da la siguiente definición de empresa:

[Una empresa es] una institución económica activa, es decir, un organismo o un sistema estructural vivo-dependiente en constante búsqueda de equilibrio dinámico, concebido y creado para emprender y explotar actividades y negocios que produzcan valor agregado directo para sus propietarios, administradores, empleados, proveedores y clientes, e indirecto para quienes participan de algún valor agregado resultante de su accionar⁸.

Es notorio entonces, que una empresa no afecta únicamente a su propietario, sino que involucra a un sin número de interesados que desarrollan su actividad económica alrededor de las empresas. Una empresa es simplemente una organización que realiza una o varias actividades económicas, ya sea de bienes o servicios, con un último fin de lucrar. Dentro de estas definiciones de “empresa” podemos encasillar todos los tipos de compañías descritas tanto por la Ley de Compañías, las que trata el Código de Comercio y finalmente el Código Civil.

1.1.2 Concepto de crisis.-

El segundo concepto a analizar es el de “crisis”. IBÁÑEZ explica que existen varios tipos de crisis y cada una tiene magnitudes o alcances distintos. Por ello, se puede hablar de crisis meramente laborales, crisis de alto mando, ejecutivas, financieras, crisis de producción, entre otras⁹. Sin embargo, para la materia que se está tratando, se entenderá por crisis “únicamente aquellas situaciones que, afectando a la totalidad de la empresa, pongan en peligro la continuación del ejercicio de la actividad o la existencia de la organización por causas ajenas a la voluntad del empresario¹⁰”. En virtud de ello, no se puede catalogar como “crisis” a todos los numerales que describe el artículo 361 de la Ley de Compañías sobre la disolución de estas, ratificando así la observación de que no toda disolución implica una crisis. Este es un

⁸ J.A. GARCÍA BETANCOURT, *El Manejo de las Crisis en las Empresas*. McGraw Hill y Universidad Católica de Colombia. Bogotá, Colombia; p. 4.

⁹ Cfr. J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.11.

¹⁰ *Ibidem*, p.11.

fenómeno que debe ser involuntario, incontrollable y amenazar la continuidad del giro económico, o incluso, existencia de la empresa.

Para poder determinar si una empresa se encuentra frente a una crisis o no, hay que distinguir una crisis real de una temporal. Las crisis temporales son aquellas que tienen una solución inmediata, o aquellas que se espera se solucionen con el paso del tiempo. Por otro lado, las crisis reales o permanentes son en las que para solucionarlas requieren de decisiones y medidas drásticas de cambios en la administración, decisiones laborales, manejo de deudas, producción, etc..., pues de no hacerlo se dirigirían a una inminente quiebra.

Existen también dos elementos fundamentales que comprende una crisis: el aspecto subjetivo y el objetivo¹¹. El elemento subjetivo tiene dos subdivisiones, el subjetivo interno y el subjetivo externo. El aspecto interno analiza la percepción de crisis que tienen tanto los administradores, propietarios, accionistas, etc... así como los trabajadores dentro de la empresa. Visto desde este punto, al momento en que la empresa recae en reiterados incumplimientos ya sea con proveedores, con los mismos trabajadores u otros acreedores, y se ve cada vez más inmersa en una iliquidez, los interesados deben ya considerar a la empresa en un estado de “crisis”¹². El aspecto externo, por otra parte, hace alusión a aquella crisis en la que ya es notoria para los proveedores, suministradores, y cualquier otro tipo de acreedores, es decir, todos los *stakeholders*¹³. Recaen también todas aquellas personas que se ven afectadas por el giro económico de la empresa, y en última instancia, los consumidores o usuarios de los servicios que la misma presta.

Una vez analizado el elemento subjetivo y lo que éste comprende, se debe analizar igualmente el objetivo. Éste último se refiere a los aspectos innegables de una crisis, como el que la misma sea permanente, o que, bajo los parámetros comprendidos, la empresa se encuentre en insolvencia¹⁴. El elemento objetivo se

¹¹ J. IBÁÑEZ,... op. cit. p.12.

¹² *Ibidem*, p.12.

¹³ *Ibidem*, p.12.

¹⁴ *Ibidem*, p.12.

configura cuando la crisis está en un punto en la que es conocida y afecta a todos aquellos involucrados directa o indirectamente con el giro de la empresa.

1.1.3 Niveles de Crisis.-

Las crisis deben ser calificadas de acuerdo con el nivel de impacto que puedan generar dentro de las empresas, ya que existen crisis cotidianas y que son fácilmente resarcibles, así como existen otras que pueden llevar a una empresa a la quiebra. Lo importante de clasificarlas es el poder identificarlas adecuadamente y tomar decisiones acertadas para superarlas. Dicho esto, JOSÉ ARTURO GARCÍA BETANCOURT califica a las crisis¹⁵ en tres categorías: superficiales, medias y profundas¹⁶.

1.1.3.1 Crisis Superficiales o leves.-

Una crisis superficial o leve, que es como se la referirá en este estudio, son aquellas crisis cotidianas que involucran problemas espontáneos y que la administración no presta mucha atención ya que sus repercusiones o consecuencias económicas son menores¹⁷. Este tipo de crisis puede ser, por ejemplo, en el caso de un supermercado, la pérdida de alguno de los productos a causa de su putrefacción prematura, que si bien es una pérdida para la empresa, no tiene mayor repercusión en su giro económico normal.

1.1.3.2 Crisis Medias.-

Las crisis medias son aquellas generalmente derivadas por un mal manejo y acumulación de crisis leves, a pesar de ello, las consecuencias producidas por éstas aún son manejables con recursos internos de la misma o de sus accionistas, que como

¹⁵ Es importante recalcar que las crisis son algo muy específico de cada empresa, pues para lo que una puede ser una crisis leve, para otra puede ser indudablemente una crisis grave. Es decir, las crisis van de acuerdo al nivel y tamaño de la empresa, sin embargo la clasificación referida permite tener una idea general de los distintos niveles de crisis que existen.

¹⁶ Cfr. J.A. GARCIA BETANCOURT, ... op. cit. p. 21 y 22.

¹⁷ *Ibidem*, p. 21.

dice García, aún no han perdido su motivación de inversión¹⁸. En este segundo escenario podemos observar como algo pequeño como una crisis leve, sino se le da el tratamiento oportuno y eficaz que merece de igual manera, va arrastrando un problema constante que luego se torna en un inconveniente mayor que ya requiere de mayor esfuerzo para superarlo. He ahí la importancia de detectar las crisis en una etapa temprana para así solventarlas lo antes posible.

1.1.3.3 Crisis Profundas o Graves.-

Finalmente, una crisis profunda, que en este estudio se las llamará graves, son aquellas que comprenden daños importantes y prolongados a las empresas y que requieren de un gran esfuerzo y medidas extremas para así sanarla¹⁹. Sin embargo, muchas veces estos esfuerzos y medidas no son suficientes y las crisis graves llevan a la quiebra y posterior liquidación de la empresa. En este nivel de crisis las empresas ya no poseen recursos propios para solventarla y a su vez, tanto sus accionistas como terceros, no tienen motivación alguna de invertir dado su alto riesgo de pérdida y las instituciones financieras tampoco están dispuestas a dar créditos. En algunos casos cuando la crisis aún está en los primeros niveles de gravedad, quizás sea posible superarla con la liquidación de algunos activos, reducción de personal, entre otras medidas; en otros casos la liquidación total puede que sea la única manera de cubrir todas las acreencias y tal vez devolver algo a los accionistas, quienes de otra manera habrán perdido la totalidad de su inversión; y en el nivel de mayor gravedad de una crisis profunda o grave, será aquella en la que ni siquiera con la liquidación total de la empresa se puede cubrir las acreencias. Por ello, con el propósito de evitar la liquidación de la empresa y superar una crisis grave, es necesario tomar medidas extremas, entre ellas, solicitar un concurso preventivo el cual es materia de este estudio.

¹⁸ Cfr. J.A. GARCIA BETANCOURT,... op. cit. p. 22.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22.

1.1.4 Quienes se ven afectados por una crisis.-

Hay que recalcar quienes son los sujetos directamente afectados por una crisis. Como lo dice IBÁÑEZ, en primer lugar está el empresario o comerciante. Él será el primero que se verá afectado por una crisis, pues fue quien tuvo que invertir en el negocio o empresa. Desde ese punto de vista, al momento en que se configura una crisis el empresario debe contemplar la posibilidad de una pérdida patrimonial²⁰ personal. En segundo lugar, y posiblemente el aspecto más importante, es el hecho de que el empresario o comerciante es responsable de restituir la pérdida de sus acreedores. Si se habla de una sociedad capitalista, únicamente se reembolsará hasta el monto que se aportó, que de todas formas implica una pérdida. Pero, si no se trata de una sociedad capitalista sino de una sociedad de hecho o de un comerciante como tal, éste se verá obligado a responder hasta con la totalidad de su patrimonio personal para cubrir las acreencias, lo que implica que los acreedores pueden perseguir todos sus bienes²¹. Bajo este aspecto, la crisis de la empresa o del negocio tiene un efecto considerable sobre el mismo empresario o comerciante, pues puede que la totalidad de sus ingresos provengan del mismo dirigiéndolo a él mismo a un estado de crisis individual.

Los acreedores son los segundos en la lista de afectados dentro de una crisis. Ellos dependen del sano desenvolvimiento de la empresa o negocio con el que tienen acreencias para asegurar el pago de las mismas, sin embargo, cuando no es ese el caso, corren el riesgo de nunca cobrarlas. Existen varios tipos de acreedores y como se verá más adelante, algunas acreencias tienen prioridad sobre otras dentro del derecho concursal. Los acreedores pueden ser los mismos trabajadores de la compañía,

²⁰ La doctrina que trata derecho mercantil y societario muchas veces hablan sobre una separación patrimonial entre la empresa o compañía y sus socios o accionistas. Esta es una división que también la contempla nuestra legislación y por ende, muchos alegarán que no existe una pérdida patrimonial del socio o accionista al momento en que su compañía quiebra, pues tienen patrimonio separado. A pesar de ello, cabe recalcar que los socios o accionistas tienen un título, llámese acción o participación, que tiene un valor. Al momento que una empresa quiebra, dicho título pierde todo valor y no es más que un pedazo de papel. En virtud de ello, el que un empresario deba considerar una pérdida patrimonial personal cuando su compañía se encuentra en crisis, es porque si la misma quiebra, él perderá aquellos títulos que en algún punto tuvieron un valor.

²¹ Cfr. J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.14.

proveedores, bancos o incluso el Estado. Al momento del cobro de las acreencias²², todas tienen igualdad de condición, sin embargo, hay ciertos acreedores que tienen montos de acreencias superiores al de los demás, por lo que su opinión tendrá mayor peso al momento de decidir un acuerdo o concordato con el deudor²³.

El último grupo de afectados son todos aquellos interesados directa o indirectamente en el giro mismo de la empresa o negocio como consumidores, proveedores o los mismos empleados. Los consumidores se ven afectados por la desaparición misma de los bienes o servicios prestados por el negocio o empresa, lo que implica que tendrán que conseguir un sustituto. Los proveedores pueden verse perjudicados cuando uno de sus principales clientes es la empresa en crisis pues la quiebra de ésta significaría una rebaja significativa en sus ventas y distribución llevándola también a un posible estado de crisis. Los trabajadores o empleados también se ven afectados de manera directa por la crisis ya que su trabajo está en peligro. Aún cuando es cierto de que para algunos trabajadores será fácil conseguir otro empleo, existen otros, en especial aquellos con puestos especializados, a quienes la quiebra podría significar el quedar desempleados indefinidamente. Es evidente que esta situación conllevaría a una crisis individual también. Por último, al Estado también le representa pérdida, pues una empresa o comerciante son sujetos que crean plazas de empleo, pagan impuestos, motivan el consumo y una serie de beneficios socioeconómicos²⁴, que al momento en que se ven afectados por una crisis, lo dejarán de hacer.

1.1.5 Alternativas frente a una crisis.-

Habiéndose analizado el significado de crisis y los sujetos a quienes ésta afecta, se debe proceder a analizar las opciones que existen para afrontarla. Las opciones que

²² Existen ciertas acreencias que reciben un tratamiento prioritario de acuerdo con la ley, como son aquellas que se mantiene con los empleados; también existen acreencias que tienen menor prioridad a acreencias regulares como es el caso de las acreencias quirografarias las que se cobrarán una vez que todos los acreedores hayan sido pagados.

²³ Cfr. J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.14, 15.

²⁴ *Ibidem*, p.15, 16.

se tiene son dos: el continuar con el giro de la empresa haciendo ciertas modificaciones para intentar salvarla, o la disolución, liquidación y posterior cancelación de la misma.

1.1.5.1 Continuación de la empresa en crisis.-

Si se toma la decisión de continuar con el giro de la empresa o negocio, la crisis que afecta al mismo debe ser reversible. IBÁÑEZ nos dice que el principal propósito de tomar esta decisión, es el de evitar la segunda, es decir, la disolución y liquidación y lo que ésta acarrea por lo que el deudor y los acreedores deberán llegar a acuerdos que sean beneficiosos para ambos. Estos acuerdos se llaman concordatos y sirven para renegociar los plazos y formas de pago entre otras cosas, con el fin último de conservar la empresa o negocio, eso sí, siempre y cuando sea viable y económicamente recomendable. Ahora, para ejecutar la decisión es necesario hacer cambios radicales en varios aspectos internos y externos del negocio o empresa para alcanzar el objetivo final que es la conservación del mismo.

Como ya se mencionó previamente, existen soluciones judiciales o concursales y extrajudiciales o extraconcursoales que se pueden tomar para salvar una empresa²⁵. Por ejemplo, solicitar un concurso preventivo o una suspensión de pagos son medidas judiciales porque además de que se necesita de la aceptación o fallo de un Juez o, en el caso del concurso preventivo, el Superintendente de Compañías, éstos intervienen y son parte fundamental del proceso. Un ejemplo de una medida extrajudicial son las fusiones, absorciones o incluso escisiones. Se las considera extrajudiciales porque son medidas estratégicas que se dan mediante acuerdos entre partes privadas donde la autoridad de control no se ve directamente involucrada más que para aprobar y formalizar el procedimiento. En el caso del concurso preventivo el ente controlador juega un papel protagónico en el proceso e interviene directamente como una tercera parte.

²⁵ Cfr. J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.22, 23.

1.1.5.2. Disolución, liquidación y cancelación de la empresa.-

Corroborando con lo que dice IBÁÑEZ respecto de que esta decisión deberá tomarse después de haber intentado la continuación de la empresa siempre y cuando se crea factible²⁶, MARTORELL toma del autor y catedrático español JOSÉ GIRÓN TENA una frase que dice: “hay ocasiones en que quebrar puede ser doloroso, pero sano²⁷”. Hay ocasiones en las que la disolución y liquidación de la empresa puede ser más beneficioso que el intentar salvarla ya que mientras siga empleando gente, ocupando un local comercial o un espacio en general, entre otras cosas, seguirá teniendo gastos. Al seguir con gastos sin la retribución suficiente para costearlos, las deudas seguirán aumentando y cada vez será más difícil salvarla. Por ende, el autor dice que sería prudente proceder con una liquidación rápida, ordenada y con el mayor consenso posible para así reducir los costos al mínimo²⁸. La liquidación se la puede llevar a cabo mediante la venta o canje individual de los activos y la venta por partes o total de los mismos. La forma de liquidación a llevarse a cabo será una decisión basada en los intereses de los mismos acreedores, pues habrán algunos que quizá querrán ser pagados con dinero en efectivo, otros en especie, o incluso un tercer caso hipotético en el que un acreedor compre las acreencias de los demás para así llevarse la totalidad de los activos del concursado para emprender la misma actividad o una similar. La disolución en aspectos generales según GUILLERMO CABANELLAS es el “término de una relación contractual²⁹”, por lo que en el tema societario, la disolución de la misma es la terminación del contrato social de la compañía. Con la terminación de dicho contrato, se da por terminadas todas sus relaciones laborales, económicas y sociales que mantenía³⁰. Ahora, la cancelación, una vez terminada la liquidación y por

²⁶ Cfr. J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.23.

²⁷ E.E. MARTORELL, *Tratado de Concursos y Quiebras*. Tomo I. Ediciones Desalma, Buenos Aires. 1998.

²⁸ J. IBÁÑEZ, ... op. cit. p.23.

²⁹ G. CABANELLAS DE LA TORRE; *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimo quinta edición. Editorial Heliasta 2001. Buenos Aires, Argentina. p. 132

³⁰ En el caso de fusiones, las compañías que pretenden fusionarse para crear una tercera compañía deberán disolverse para luego transferir todo su patrimonio en bloque a la nueva compañía, o en el caso de que la fusión se de por absorción, la compañía subsistente adquirirá el patrimonio de las otras de igual manera, es decir, tras su disolución y transferencia en bloque de éstos. Una vez transferidos

ende disuelta la compañía, a pedido del liquidador, el Superintendente de Compañías ordenará la cancelación del registro de la compañía en el Registro Mercantil³¹. Ésta es entonces, la “muerte legal” de las compañías.

1.2 Tratamiento de la crisis en la Legislación Ecuatoriana: conceptos y procedimientos.-

Habiéndose ya estudiado el fenómeno de la crisis de empresa, a continuación se analizará el tratamiento que brinda la legislación ecuatoriana para su tratamiento. Dicho análisis será realizado desde el punto de vista de las herramientas o alternativas que la legislación actual brinda a la empresa e interesados para afrontarlas, así como los conceptos que la comprenden.

1.2.1 La suspensión de pagos, cesación de pagos e insolvencia.-

Frente a lo que se ha visto sobre la crisis es importante el entender los conceptos de suspensión de pagos, cesación de pagos e insolvencia puesto que son el punto previo para definir el tratamiento que se deberá seguir cuando una empresa se encuentre en crisis en virtud a sus necesidades en concordancia con la legislación ecuatoriana. Puesto que este estudio se enfoca en compañías, se analizarán los conceptos antes mencionados desde su aplicación societaria y no desde su aplicación a comerciantes matriculados, de hecho o personas naturales.

1.2.1.1 Suspensión de pagos.-

¿Qué es la suspensión de pagos y cuando aplica? La suspensión de pagos es la primera figura concursal que nos presenta la legislación ecuatoriana y se encuentra codificada en el Código de Comercio. El artículo 1012 dice que es aplicable cuando

los patrimonios, se deberán reformar los estatutos sociales para dar por concluido el trámite. La Ley de Compañías trata este tema en sus artículos 337 y subsiguientes.

³¹ *Ley de Compañías...* op. cit. Art. 404

un comerciante³² que posea bienes suficientes para respaldar sus deudas y a su vez prevea la imposibilidad de cumplimiento de los plazos de algunas o todas ellas, tendrá derecho de acudir a un Juez de lo Civil y Mercantil para solicitar la suspensión temporal y a plazo cierto de sus obligaciones³³. La decisión será declarada mediante sentencia detallando el plazo de suspensión además de las obligaciones suspendidas.

La ley también prevé que la suspensión de pagos pueda ser solicitada incluso una vez vencida la o las obligaciones pero para ello se tendrá una ventana máxima de 48 horas desde su vencimiento³⁴. El vencimiento de este plazo extingue la acción dando así la posibilidad a los acreedores de tomar las acciones legales pertinentes para cobrar sus acreencias.

En el caso venezolano, la figura no se llama “suspensión de pagos” sino “atraso”. El concepto general de ambas figuras es el mismo. El autor FREDDY ZAMBRANO dice:

El atraso o liquidación amigable es, [...] un procedimiento cautelar que permite al comerciante cuyo activo exceda positivamente el pasivo y por sucesos imprevistos o por causas excusables, se vea en la necesidad de aplazar sus pagos, sea considerado en estado de atraso y se le autorice para liquidar amigablemente sus negocios bajo la supervisión del Tribunal y de los acreedores, en un plazo que no exceda de un año³⁵.

Como se puede observar, la figura del atraso consiste prácticamente en lo mismo que la suspensión de pagos difiriendo en el plazo y en el tema de la denominada “liquidación amigable”. Ahora, cabe recalcar que el Juez, en el caso de la suspensión de pagos, sí puede determinar la quiebra del comerciante y ordenar la liquidación de su patrimonio de oficio³⁶, sin embargo, el principal propósito de la figura en el caso ecuatoriano, es la superación de las deudas y de la crisis a través de la fijación de nuevos plazos, y no la liquidación patrimonial para hacerlo.

³² Comerciante según el artículo 2 del Código de Comercio son todas aquellas personas que teniendo capacidad para contratar, hacen del negocio su profesión habitual. Dicho esto, se entiende que son comerciantes tanto personas naturales como jurídicas como son las compañías.

³³ *Código de Comercio*. Registro Oficial-Suplemento No. 1202: 20-ago-1960. Art. 1012.

³⁴ *Ibidem*. Art. 1013.

³⁵ F. ZAMBRANO, *Curso de Atraso y Quiebra*. Segunda Edición. Editorial Atenea. Caracas, Venezuela; 2007. p. 29.

³⁶ *Código de Comercio*... op. cit. Art. 1020.

Volviendo a la suspensión de pagos descrita en el Código de Comercio ecuatoriano, esta figura está pensada para crisis momentáneas que tienen sustento patrimonial por parte del deudor y que lo único que pretende es ampliar el plazo de pago a un máximo de dos años para cumplir con las obligaciones pendientes. JUAN PABLO ROMÁN RODRÍGUEZ en su libro “Salvamento de las Empresas en Crisis” cita a otro autor, ANTONIO CICU, para definir la suspensión de pagos y dice que ésta es “la condición del comerciante que no paga sus deudas al vencimiento debido a una crisis momentánea, aunque tenga la posibilidad de reanudar los pagos en caso de acordársele un breve plazo al efecto³⁷”.

La suspensión de pagos es la solución preferible frente a crisis de niveles leves y en ciertos casos medianas pues éstas se ven generalmente vinculadas a problemas de iliquidez. Muchas veces estos problemas pueden ser resueltos dentro de un plazo no mayor de dos años que es el máximo plazo legalmente posible de suspensión que un Juez puede otorgar. Como se verá más adelante, el concurso preventivo, toma mucho tiempo, además de ser inmensamente más complejo que la suspensión de pagos ya que no solo se suspenden los pagos, sino que involucra una reestructuración total de la empresa. Dicho esto, si la empresa no tiene una crisis grave y además se considera capaz de cubrir sus pagos dentro de los siguientes dos años, la suspensión de pagos sería la mejor alternativa.

1.2.1.2 Cesación de pagos.-

A diferencia de la suspensión de pagos, la cesación de pagos es un fenómeno de carácter permanente. Como ya se vio, en un estado de suspensión de pagos el deudor solicita un plazo adicional para así cumplir con su obligación, mientras que en la cesación de pagos no se tiene la certeza de poder cumplir con éstas en lo absoluto. Conceptualmente hablando, la cesación de pagos ocurre cuando las obligaciones de

³⁷ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al; *Salvamento de las Empresas en Crisis*. Facultad de Derecho Universidad de Chile; p. 178.

una compañía, los pasivos, exceden en un porcentaje importante³⁸ a los activos. Es un estado que denota una crisis media en etapas avanzadas, o ya una crisis grave. Es un estado patrimonial que implica la imposibilidad del deudor de poder hacer frente a sus obligaciones.

La ley de concurso preventivo en su artículo 4 trata la cesación de pagos como un estado patrimonial que se manifiesta externamente por uno o más de los hechos que describe. Estos hechos son: las obligaciones mercantiles que representen el 30% o más del pasivo total incumplidas por más de sesenta días; el tener autos de pago o providencias equivalentes ejecutoriadas o insatisfechas que también representen el 30% o más del pasivo total; los endeudamientos por obligaciones inferiores a dos años plazo que supere en un 80% el valor de los activos del deudor., pero el empresario deberá demostrar que éstos no podrán ser cubiertos oportunamente. Otras causales son las daciones en pago de los activos requeridos para la actividad empresarial cuando éstas superen el 20% del activo total y finalmente, cuando las pérdidas de la actividad económica alcancen o superen el 50% del capital social y sus reservas respectivas³⁹.

De acuerdo a lo que se puede analizar de este artículo, en resumen la cesación de pagos se configura cuando los pasivos exceden cierto porcentaje de los activos, cuando el incumplimiento de las obligaciones excede plazos predeterminados, o ambos. Por ende, es importante entender que el propósito de la Ley de Concurso Preventivo es el de reorganizar una empresa a tiempo para evitar así evitar su quiebra, por lo que la cesación de pagos, al ser el requisito indispensable para solicitarla, debe configurarse en un punto en que se pueda alertar al deudor de la situación patrimonial en la que se encuentra su empresa para que de manera oportuna pueda remediar el problema antes de que sea demasiado tarde. Es pertinente hacer la aclaración que en la legislación ecuatoriana, la cesación de pagos es una figura aplicable únicamente a

³⁸ Estos porcentajes, en el caso ecuatoriano, está determinado por la Ley de Concurso Preventivo en su artículo 4, mismo que se analizará más adelante.

³⁹ *Ley de Concurso Preventivo*. Registro Oficial No. 60: 8-may-1997. Art. 4.

compañías bajo el control de la Superintendencia de Compañías por lo dispuesto en el artículo uno de la Ley de Concurso Preventivo⁴⁰.

La doctrina tiene algunas definiciones para este estado patrimonial. ROMÁN dice en un principio que “[l]a cesación de pagos es un presupuesto de la quiebra. Sólo si existe un deudor que se encuentre en cesación de pagos puede iniciarse este procedimiento concursal⁴¹”. Si bien esta definición es bastante elemental, después nos brinda la definición de varios autores quienes dicen que la cesación de pagos es principalmente un estado de naturaleza económica del deudor y que además se caracteriza por la impotencia de su patrimonio de poder hacer frente a las obligaciones. Es aquel estado patrimonial de imposibilidad de pago, o aquel patrimonio que es manifiestamente impotente de poder hacer frente a sus compromisos⁴².

Adicionalmente, ROMÁN también cita al jurista chileno Juan Esteban Puga Vial quien define a la cesación de pagos como “un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan”⁴³. De la recopilación de citas presentada se puede observar que todos están de acuerdo con el hecho de que la cesación de pagos es definitivamente un estado patrimonial/económico⁴⁴. La ley ecuatoriana es precisa al momento de señalar el momento en que se configura la cesación de pagos, además de ya declararla como un estado patrimonial al momento en que se configura cualquiera de las causales, por lo que legalmente hablando, mientras el estado patrimonial de una persona no tenga una o varias de las

⁴⁰ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 1.

⁴¹ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p.170.

⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 175.

⁴³ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁴ Un estado patrimonial debe ser declarado por un Juez, sin embargo, cuando se habla de la cesación de pagos se trata de definir el momento patrimonial de la empresa para que ésta pueda solicitar un concurso preventivo, por lo que tanto la doctrina y la ley, hablan ya de un estado patrimonial previa declaración.

manifestaciones expuestas en el artículo 4 de la ley, simplemente no existe una cesación de pagos.

Es indispensable entender la lógica de lo que implica una cesación de pagos para así comprender el propósito mismo del concurso preventivo. Con ese antecedente, ahora se examinará cuales son las características fundamentales de una cesación de pagos. La diferenciación que se hace a continuación es en referencia a la misma que hace ROMÁN citando las cuatro características inherentes de una cesación de pagos descritas por el autor Juan Esteban Puga Vial, que son: generalidad, permanencia, objetividad e insalvabilidad⁴⁵.

Generalidad: Este principio clave determina la magnitud de la cesación de pagos y a todo lo que ésta afecta. A diferencia de la suspensión de pagos que se puede referir al incumplimiento de una sola obligación o de varias pero de manera temporal, en la cesación de pagos este incumplimiento no se determina con una imposibilidad inmediata, sino que se habla de una imposibilidad en la cual se ve afectado la totalidad del patrimonio del deudor. La cesación de pagos no afecta a un acreedor o dos, sino a todos. Afecta a todo en general puesto que el deudor ha llegado a un desbalance tal, que ni siquiera con el total de su patrimonio puede cubrir sus deudas independientemente del número de deudores o deudas que pueda tener. Por este motivo, no se puede considerar a la cesación de pagos como un incumplimiento más independientemente de una situación patrimonial, porque se está hablando de uno o varios incumplimientos que afectan la totalidad de un patrimonio.

Permanencia: El principio de permanencia se refiere a lo que se mencionó antes, a que el estado de cesación de pagos no es un estado temporal, sino permanente. Esto quiere decir que no puede ser una situación en la cual el deudor sea ilíquido y para solucionarla sea necesario únicamente el obtener

⁴⁵ Estos cuatro principios son los que el autor Juan Pablo Román Rodríguez considera indispensables para tildar a una situación patrimonial como cesación de pagos. Estas características se encuentran definidas en su libro *Salvamento de las Empresas en Crisis* en la página 175.

liquidez nuevamente, sino que al afectar todo su patrimonio, no es cuestión de liquidar una parte del patrimonio o todo para solucionar el incumplimiento, pues aún así, el incumplimiento persistiría.

Objetividad: El autor menciona de la objetividad que deberá tener el juez que conozca la causa para determinar si realmente existe o no un estado de cesación de pagos. Si en realidad existe el desbalance financiero y patrimonial que el deudor declara o el acreedor denuncia para así declarar la cesación de pagos. Esto obviamente, en la legislación ecuatoriana, tiene sus diferencias ya que en la solicitud de concurso preventivo no se la hace ante un Juez, sino ante la misma Superintendencia de Compañías, sin embargo eso se verá más adelante. La idea es que exista un tercero imparcial y objetivo que determine con precisión si se configura o no la cesación de pagos.

Insalvabilidad: La última de las cuatro características implica que la empresa esté en una situación tal, que ni siquiera con un manejo eficiente, la misma pueda superar su crisis patrimonial sin obtener algún tipo de ayuda como sería el ingresar a un proceso de concurso preventivo. La insalvabilidad implica un estado en el cual la quiebra de la empresa es inevitable e innegable a no ser que se alcance un concordato preventivo.

Estas características son perfectamente aplicables por la legislación ecuatoriana. A pesar de ello, no siempre se cumple con todos los supuestos al momento en que se configura la cesación de pagos en relación a lo que nos dice la ley, ya que ésta es clara al decir que se puede configurar uno o varios de los supuestos descritos en el artículo cuatro. Al configurarse únicamente uno de los supuestos, legalmente en el Ecuador, ya se está frente a una cesación de pagos, pero doctrinariamente, puede que falten algunos de los cuatro aspectos doctrinarios que se mencionaron. Por ejemplo, el literal a) del artículo 4 dice que incumplimientos por más de sesenta días de una o varias obligaciones que representen el 30% o más del pasivo total configuran la cesación de pagos, sin embargo, en relación con las cuatro características dadas por la doctrina, este supuesto no necesariamente cumple con la permanencia. Sin embargo,

la ley hace bien al dar puntos objetivos, pues si se espera a un estado de permanencia, puede ser demasiado tarde el intento de salvar la empresa.

Puesto que en Derecho se encuentran doctrinas que apoyan distintas tesis sobre un mismo tema, el caso de la cesación de pagos no podía ser la excepción. A continuación se expondrán las tres tesis existentes con respecto a lo que es este estado patrimonial y sus implicaciones. Estas tres teorías fueron recopiladas del libro de MARIO ALBERTO BONFANTI y JOSÉ ALBERTO GARRONE titulado “Concursos y Quiebra”, las que a su vez, también están sustentadas por ROMÁN y las califican como: materialista, intermedia y amplia ⁴⁶.

Teoría materialista: Esta teoría cataloga a la cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento. Si el comerciante o la empresa tienen un incumplimiento por pequeño que éste sea, se configura la cesación de pagos. Su principal argumento es que el comercio funciona gracias al estricto cumplimiento de las obligaciones, por lo que si éstas son incumplidas, el comercio en general se ve afectado. Para los autores antes mencionados, esta teoría tiene un serio problema de aplicabilidad y de coherencia, puesto que los incumplimientos no siempre se dan por la imposibilidad patrimonial de hacer frente a la obligación puesto que pueden existir factores externos que impidan al deudor efectuar el pago. Por ejemplo, si al deudor le fue imposible llegar al Banco a tiempo para retirar el dinero necesario para pagar el arriendo de su local (aún cuando sí tiene el dinero en su cuenta) y por ende incumple con el arriendo el día de su vencimiento, según esta teoría, el comerciante se constituiría en un estado de cesación de pagos. El absurdo recae sobre el hecho de que un escenario como el expuesto en ningún momento insinúa siquiera que el comerciante se encuentre frente a una crisis, sino simplemente ante una situación ajena a él, de carácter organizacional si se quiere, de poder efectuar el pago, pero no más.

ROMÁN critica esta teoría diciendo que “el simple hecho del incumplimiento se encuentra tutelado por defensas individuales (tales como las acciones ejecutivas),

⁴⁶ Cfr. M. BONFANTI Y J.A. GARRONE; *Concursos y Quiebra*. 3ra edición, 2da reimpresión. Abeledo-Perrot. Bueno Aires, Argentina. p. 39-41.

distintas de las defensas colectivas (como lo es la quiebra), que por su naturaleza se destinan a proteger intereses mayores⁴⁷. Si se cataloga a la cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento, simplemente todo comerciante, persona natural o jurídica, tarde o temprano estaría en una o varias ocasiones en un estado de cesación de pagos que no denote una verdadera crisis de su estado patrimonial, sino simplemente un incumplimiento por pequeño que sea. Esta teoría disminuye y disfraza la verdadera implicación e importancia de la cesación de pagos.

Teoría intermedia: Esta teoría se acerca un poco más a lo que hemos definido como una cesación de pagos, sin embargo, le falta ahondar en las implicaciones de éste fenómeno. Antes de seguir, cabe recalcar que las tres teorías a las que se hace referencia recaen sobre el momento en que se configura el estado de cesación de pagos y no en los efectos que la misma tiene⁴⁸. La teoría intermedia dice que la cesación de pagos es un estado patrimonial bajo el cual el deudor no puede hacer frente a sus obligaciones, es decir, incumple. A diferencia de la teoría materialista, aquí se habla de un incumplimiento que es general y permanente, y no cualquier incumplimiento. Esa afirmación es clave al momento de tratar de identificar una cesación de pagos, pues es la que diferencia del absurdo de considerar a todo incumplimiento como un estado patrimonial al cual le resulta imposible hacer frente a todas sus obligaciones. El problema que tiene esta tesis es que para determinar el estado de cesación de pagos, un juez deberá analizar previamente todos los incumplimientos en los que el deudor recae, sin embargo, no tomará en cuenta situaciones anteriores al incumplimiento para determinar la misma. BONFANTI y GARRONE dicen que esta teoría “[c]onsidera la cesación de pagos como estado patrimonial, pero que sólo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos. [...] Si bien no puede haber quiebra sin incumplimientos, puede haber incumplimientos sin

⁴⁷ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 172

⁴⁸ Román expresa esta misma idea en el libro antes citado en la página 170 al introducir las tres teorías.

quiebra⁴⁹.” Esta última parte sobre el incumplimiento y la quiebra hacen referencia al hecho de que para determinar una cesación de pagos no se puede únicamente verificar los incumplimientos ya que este estado, así como la quiebra, están compuestos por varios factores adicionales. Dicho esto, esta tesis otorga la potestad al Juez de ser quien determine si realmente se configura la cesación.

La teoría intermedia se acerca a lo que se considera una efectiva manera de determinar un estado de cesación de pagos, a pesar de ello, es una tesis poco práctica. ROMÁN critica la misma argumentando que la cesación de pagos efectivamente es un estado patrimonial, pero que al no permitir que se exteriorice o manifieste de otra forma que no sea mediante incumplimiento, cuando los incumplimientos se vuelvan efectivos el remedio será mucho menos efectivo, o incluso nulos por no haber actuado antes⁵⁰.

En virtud de lo expuesto, el procedimiento al que da paso la cesación de pagos es el concurso preventivo y como bien dice su nombre, tiene como propósito el prevenir la quiebra. Es el “medicamento” que se busca para sanar esta situación. Ahora, si el momento en el que la cesación de pagos es identificada es tardío, el intento de salvar a la empresa, como lo dijo ROMÁN, puede ser inútil provocando una inminente quiebra. Por ello, se considera que esta teoría es incompleta ya que descarta toda posibilidad de analizar otros indicadores de una posible cesación de pagos que pueda manifestar la empresa.

Teoría amplia: Finalmente, esta teoría es la más aceptada por la doctrina en general y consiste en que el incumplimiento no es el único indicador de una posible cesación de pagos. Los doctrinarios ven a este fenómeno como: “[un] estado patrimonial que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente⁵¹.” Esto quiere decir que el incumplimiento no es el único referente para determinar una cesación de pagos. Como dicen ambos

⁴⁹ M. BONFANTI Y J.A. GARRONE, ... op. cit. p. 40.

⁵⁰ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al, ... op. cit. p.173.

⁵¹ M. BONFANTI Y J.A. GARRONE, ... op. cit. p. 41.

autores, pueden existir casos en los que el deudor puede efectivamente realizar los pagos, pero para hacerlo, éste tuvo que haber obtenido un sobregiro en el banco, o pedir prestado el dinero a alguien, en fin, existen un sin fin de métodos que podría hacer para disimular un estado de insolvencia. El problema recae en que la deuda se sigue aplazando la cual crecerá, siendo esta situación incontrolable para el deudor quien no tendrá otra salida que la quiebra.

BONFANTI Y GARRONE dicen:

La cesación no es un hecho ni un conjunto de hechos, sino un estado patrimonial de impotencia frente a las deudas a su vencimiento; estado que para producir efectos legales debe revelarse por hechos exteriores, cuya enumeración taxativa es imposible, bastando con que denoten que el deudor se encuentra en la imposibilidad de pagar, como por ejemplo, la confesión expresa o implícita del deudor, incumplimientos, pedidos continuos y sucesivos de renovaciones y, en general, todos los expedientes [fictos], ruinosos o fraudulentos, a que puede recurrir el deudor para disimular su estado de insolvencia y continuar materialmente los pagos⁵².

La doctrina concuerda en que para que exista la cesación de pagos, es imprescindible que exista incumplimiento. Sin embargo, como se mencionó antes, el incumplimiento no puede ser el único factor, o el factor determinante de una situación patrimonial con tal magnitud como es la de la cesación de pagos.

A su vez ROMÁN dice de manera exacta que “[e]sta condición debe ser permanente, esto es, excluir la posibilidad de un desarreglo pasajero⁵³.” Volviendo a la diferenciación entre una suspensión de pagos y una cesación de pagos, la suspensión de pagos sería una de estas “posibilidades de un desarreglo pasajero” de las que habla el autor ya que es una solución temporal. Dicho eso, el estar en una situación de suspensión de pagos, que es un estado temporal, no cumple con los requisitos de lo que se entiende por una imposibilidad patrimonial de hacer frente a las obligaciones. La teoría amplia le da los ingredientes que le hacían falta a la teoría intermedia ya que en el análisis de ella, se menciona que la misma se centraba

⁵² M. BONFANTI Y J.A. GARRONE, ... op. cit. p. 41.

⁵³ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al, ... op. cit. p. 174.

únicamente en aquellos incumplimientos lo suficientemente graves que no puedan ser cumplidos dada la situación patrimonial del deudor. En parte, eso es verdad, pero la teoría amplia agrega a ese factor el tema de que no necesariamente debe existir un incumplimiento material para que exista una cesación de pagos, sino que la misma puede existir cuando haya obligaciones aún no vencidas que superen el patrimonio y que se prevea su incumplimiento.

Habiéndose analizado ya las tres teorías existentes sobre el momento en que se configura la cesación de pagos, se considera que la más apropiada y aplicable de las tres es la teoría amplia. Justamente por el hecho de que no se asa en el extremo de considerar a todo incumplimiento como causal de cesación de pagos y tampoco al otro extremo de configurar la cesación únicamente cuando existan incumplimientos efectivos, sino que le da la importancia necesaria de realizar un estudio más profundo a una situación que es naturalmente complicada.

En conclusión, tanto la cesación de pagos como la suspensión de pagos, son mecanismos o herramientas que brinda el ordenamiento jurídico para afrontar una crisis e intentar superarla. Mientras que la suspensión de pagos sirve para contravenir crisis leves, generalmente provocadas por iliquidez, la cesación de pagos se enfoca en aquellas crisis medias y graves que atentan directamente con la existencia de la empresa. Este último estado patrimonial, una vez configurado, da paso a un concurso preventivo que tiene por objeto el reorganizar la empresa y llegar a una serie de acuerdos con los acreedores con el fin último de conservarla.

Se ha visto que la doctrina plantea tres tesis respecto del momento en que este estado se configura. Así mismo se analizó los requisitos estipulados en la ley ecuatoriana determinando que si bien éstos no concuerdan en todo con la doctrina, es necesario plantear hechos objetivos y cuantificables para su determinación. Al hacer esto la ley nos da la posibilidad de considerarnos en una cesación de pagos cuando se cumpla con uno o varios de los requisitos estipulados por ella para así dar paso a un concurso preventivo.

En cuanto a la naturaleza de la cesación de pagos, se analizó la permanencia de la misma y como esta afecta a todo el giro y desarrollo de una empresa. La cesación no es un hecho aislado que puede ser ignorado ya que al identificarla oportunamente puede salvar una empresa de la quiebra.

1.2.1.3 Iliquidez, Insolvencia y Quiebra.-

Es importante que a través del desarrollo de este análisis se repase brevemente los conceptos de iliquidez, insolvencia y quiebra así como el efecto que tienen en una empresa. Habiéndose mencionado la iliquidez reiteradas veces, cabe decir que ésta es uno de los primeros factores que pueden afectar a una empresa, desencadenar una crisis y todo a lo que ésta conlleva. Cuando una crisis se ha tornado grave, la empresa puede verse frente a un estado de insolvencia el cual se presume y después un juez deberá declarar si ésta existe o no, para que en caso de que exista, se proceda con la quiebra.

1.2.1.3.1 Iliquidez.-

La iliquidez es un estado de connotaciones financieras más que económicas ya que una persona puede tener una situación económica ventajosa o muy buena, pero a la vez ser ilíquido. Esto se debe principalmente al manejo de dinero más que a la ganancia o pérdida del mismo. Un estado de iliquidez significa que la empresa carece de dinero en efectivo para realizar sus transacciones ordinarias. A pesar de ello, como ya se dijo, esta situación no necesariamente denota problemas económicos porque a pesar de la iliquidez, ésta cuenta con un patrimonio pleno y suficiente para cubrir sus obligaciones. Ahora, cuando la empresa sí tiene problemas económicos y se encuentra en una crisis media o grave, con seguridad padecerá también de iliquidez.

Cuando se trata de una crisis leve, la iliquidez es un estado que generalmente es fácil de resarcir, ya que con el ingreso de capital fresco a la empresa o con la fijación de nuevos plazos de pago, los problemas se solucionarían. Sin embargo, cuando la empresa se encuentra frente a una crisis media o grave, los problemas más

serios con seguridad serán otros, pero indudablemente la empresa se verá inmersa en una iliquidez por una suerte de efecto en cadena, el mismo que afectará el normal desenvolvimiento de su giro económico. El correcto tratamiento que se debe dar a la iliquidez dependerá únicamente del nivel de crisis por el que atraviese la empresa. Determinado esto, cabría considerar si mediante la demanda de una suspensión de pagos la crisis podría ser controlada, o, si la crisis es más profunda, habría que determinar si la empresa se encuentra o no frente a una cesación de pagos caso en el cual se debería solicitar un concurso preventivo lo antes posible.

Para un comerciante o una compañía es indispensable tener liquidez para así poder pagar a sus proveedores, a sus empleados y a cualquier persona que esté involucrada en el giro económico del negocio. Cabe recalcar que el estado de iliquidez no es un estado permanente, sino temporal ya que puede ser remediado de manera relativamente fácil. El problema con la iliquidez recae sobre el hecho de no saberla manejar o administrar adecuadamente pues muchas veces quien la padece puede solicitar préstamos a entidades financieras o solicitar a sus proveedores que les aplace el término de pago, lo cual es perfectamente aceptable, sin embargo, el proveedor se puede ver afectado y simplemente dejar de proveer al comerciante por su constante incumplimiento en sus obligaciones, o con el caso de la entidad financiera, los intereses adjuntos al préstamo que solicitó, pueden ocasionar una demora aún mayor en el cumplimiento de dicha deuda. Así mismo, esto no quiere decir que un estado de iliquidez obligatoriamente llevará al comerciante o a la empresa a un proceso de liquidación o quiebra, sino que es una advertencia o una señal de una posible crisis que debe ser tomada en serio.

En principio la iliquidez es un estado temporal, sin embargo, si no se la controla puede volverse permanente. En una crisis leve es una primera señal de advertencia, momento en que la empresa está a tiempo de tomar medidas preventivas y reformativas para evitar una crisis mayor. Un primer estado de iliquidez es como la punta de un *iceberg*, el cual si se trata oportunamente es fácilmente superado, pero si no, puede hundir la empresa.

1.2.1.3.2 Estado de insolvencia.-

Muchos autores ven como sinónimos el estado de insolvencia y el estado de iliquidez. A pesar de ello, la realidad ecuatoriana es distinta por lo que es importante hacer la diferenciación en vista de que su legislación es clara y expresamente define la insolvencia.

CABANELLAS define a la insolvencia como: “Imposibilidad del cumplimiento de una obligación por falta de medios. Incapacidad para pagar una deuda. [...]”⁵⁴. CABANELLAS no hace diferenciación alguna entre insolvencia e iliquidez, de hecho, ésta ni siquiera está definida en su texto. Como ya se vio, una iliquidez dada por factores ajenos al deudor puede ocasionar el incumplimiento de una deuda, pero en comparación con lo que dispone la ley ecuatoriana, eso no basta para considerar la insolvencia. Según la ley se presumirá insolvencia cuando el deudor no pague ni dimita bienes existiendo un mandamiento de ejecución, o cuando existiendo dicho mandamiento, los bienes que el deudor ha dimitido sean litigiosos, el deudor no tenga su posesión, estén fuera del país, consten en créditos no escritos o contra personas de notoria insolvencia; cuando los bienes que se hayan dimitido no sean suficientes para cubrir las acreencias de acuerdo a los peritajes pertinentes, o cuando los bienes que se hayan dimitido se encuentren embargados en virtud de otro juicio en cuyo caso se tendrán como no dimitidos a menos que se demuestre que dichos bienes son suficientes para pagar ambas obligaciones. En estos casos, una vez presumida la insolvencia, se dará paso al concurso de acreedores o quiebra pertinente⁵⁵. Al tratarse este estudio de empresas, únicamente trataremos el juicio de quiebra.

Algunas legislaciones no hacen diferencia entre iliquidez e insolvencia, sin embargo, lo hacen a través de la división del término insolvencia en dos: insolvencia provisional e insolvencia definitiva⁵⁶. La insolvencia provisional es la que en este

⁵⁴ G. CABANELLAS DE LA TORRE; *Diccionario...* op. cit. p. 207

⁵⁵ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial-Suplemento No. 58: 12-jul-2005. Art. 519.

⁵⁶ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 167.

estudio se comprende como iliquidez, ya que como dice ROMÁN, ésta consiste en la imposibilidad de pagar una obligación sea cual sea la razón a pesar de que el deudor tenga un activo superior al pasivo. Por otro lado, la insolvencia definitiva es la imposibilidad de hacer frente a las obligaciones cuando el activo es inferior al pasivo⁵⁷.

La ley ecuatoriana brinda una definición específica que comprende la insolvencia, al igual que la definición doctrinaria, como un estado patrimonial. Sin embargo, en cuanto a la especificidad de la norma, dicho estado será presumido por los acreedores existiendo una imposibilidad de pago de la empresa tras el incumplimiento de realizar pagos o dimisión de bienes al existir un mandamiento de ejecución favorable al o los acreedores. Dicha presunción deberá ser calificada por un Juez quien posteriormente, de considerarlo así, declarará la insolvencia dando paso a un juicio de quiebra en contra de la empresa cuyos efectos se verán más adelante.

1.2.1.3.3 Quiebra o concurso liquidativo.-

Según la autora argentina CLAUDIA CECILIA FLAIBANI: “[e]l proceso de la quiebra apunta a la liquidación del patrimonio del deudor que se halla insolvente, para poder satisfacer a sus acreedores, conforme al principio de la *par conditio creditorum*⁵⁸”. En la legislación ecuatoriana, como se hizo referencia anteriormente cuando se trató la insolvencia, es el procedimiento a seguir una vez que un Juez civil haya declarado que la empresa deudora es insolvente. La quiebra o concurso liquidativo, como también se lo conoce, es un juicio de ejecución que tiene como último fin el de liquidar el patrimonio del deudor para con ello pagar a los acreedores. Precisamente, la quiebra y posterior liquidación de los activos de la empresa es lo que el concurso preventivo quiere evitar.

El proceso de quiebra puede ser demandado en el Ecuador por los acreedores que consideren que la empresa es insolvente, o de oficio por un Juez. Cuando es un

⁵⁷ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 167.

⁵⁸ C.C. FLAIBANI; *Concursos y Quiebras: La Quiebra*. Tomo II. Editorial Heliasta. 1era edición. Buenos Aires, Argentina. 1991. p. 8.

acreedor quien solicita la insolvencia del deudor, debe probarse con la presentación a un Juez de lo Civil de órdenes de pago que no han sido satisfechas, quien posteriormente analizará la situación del deudor para así determinar si el mismo se encuentra o no en un estado de insolvencia. El Juez puede ordenar el inicio de un juicio de quiebra de oficio, por ejemplo, cuando el deudor o uno de sus acreedores presentan una demanda de suspensión de pagos. Al momento en que dentro del proceso de suspensión se presentan los balances financieros al Juez, si se reflejare que existe un activo de al menos 10% inferior al pasivo, el Juez declarará a la empresa en quiebra y procederá con la liquidación⁵⁹. Ciertamente, el deudor puede oponerse a esta liquidación si tres días posteriores a la declaratoria de insolvencia dimite bienes o cancela sus deudas satisfactoriamente⁶⁰.

En cuanto a la naturaleza del juicio de quiebra, existe jurisprudencia que lo considera como un juicio de ejecución y no de conocimiento. La importancia de entender la motivación de esta diferenciación es que como se sabe, en un juicio de conocimiento se discute la existencia de un derecho, mientras que un juicio de ejecución se lleva a cabo el cumplimiento de un derecho previamente otorgado. La jurisprudencia dice que:

[E]l juicio de quiebra es una consecuencia o derivación de un juicio anterior; es un proceso de ejecución colectiva [...] sin que por lo mismo pueda considerarse como un proceso de conocimiento, pues en el mencionado juicio no se discute derecho alguno ya que éste en los procesos de ejecución se encuentra establecido, mientras los procesos de conocimiento versan sobre un derecho discutido, en la base de todo proceso de ejecución, por el contrario, se encuentra un derecho cierto o presumiblemente cierto, cuya satisfacción se tiende a asegurar mediante el empleo de la coacción⁶¹.

Queda claro que la razón por la cual se trata de un juicio de ejecución, es porque el juicio de conocimiento que otorgó el derecho individual al acreedor fue aquel que impulsó inicialmente para obtener la orden de pago. Al haber sido incumplida esta

⁵⁹ *Código de Comercio...* op. cit. Art. 1020.

⁶⁰ *Código de Procedimiento Civil...* op. cit. Art. 521.

⁶¹ Jurisprudencia de Casación: *El Juicio de Quiebra no es de Conocimiento*. 16-7-1998. Gaceta Judicial # 15, Serie # 16.

orden, el acreedor demanda ante un Juez la apertura de un nuevo juicio denominado de quiebra tras la presunción de insolvencia del deudor. Esta Presunción será calificada por el Juez para que de considerarla real, se ejecute el pago de la deuda mediante el juicio de quiebra.

Los magistrados de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador llegan a la conclusión de que “el juicio de insolvencia como el de quiebra, también pueden tener como antecedente un mandamiento de ejecución dictado en otro juicio, sigue un trámite especial que implica un pronunciamiento de fondo y definitivo de la situación patrimonial del fallido⁶²”. Este pronunciamiento de fondo y definitivo es aquel que dará lugar al proceso de quiebra para liquidar los activos del deudor.

Habiendo visto a breves rasgos lo que es un juicio de quiebra se puede comprender que su función principal es el de ejecutar órdenes previas de pago mediante la liquidación del activo del deudor para satisfacer a sus acreedores. Como ya se mencionó, es precisamente este punto lo que el concurso preventivo quiere evitar siempre y cuando sea económicamente viable, hecho que justamente se ve reflejado en el artículo primero de la ley que lo rige el cual dispone que ninguna compañía podrá ser declarada en quiebra sin antes agotar los trámites del concurso preventivo⁶³. Su propósito es el de satisfacer las acreencias mediante la continuación y producción de la empresa, en vez de su liquidación y posterior disolución.

1.2.2 Tratamiento de la Cesación de pagos en la Ley de Concurso Preventivo.-

Siendo el concurso preventivo el tema que se tratará en este estudio, es indispensable entender su aplicación y funcionamiento dentro de la legislación ecuatoriana actualmente. Se debe analizar su propósito, su aplicación, los sujetos que intervienen y los principios que doctrinariamente rigen este proceso.

⁶² Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. *Auto de Insolvencia*. Voto Salvado del Dr. Bolívar Vergara Acosta. Registro Oficial No. 712 del 26-nov-2002.

⁶³ *Ley de Concurso Preventivo*...op. cit. Art. 1.

1.2.2.1 Naturaleza.-

El concurso preventivo, en principio, es un procedimiento que busca evitar la quiebra de una empresa fallida tras alcanzar un acuerdo de pago llamado concordato, con todos sus acreedores. La finalidad absoluta de un concordato es el de proteger el crédito, el derecho al trabajo y la actividad económica ya que las empresas son personas jurídicas que tienen un alto impacto social. Según los autores MARIO BONFANTI y JOSÉ ALBERTO GARRONE, se refieren a los procesos concursales en general y dicen: “Los procesos concursales son la organización legal y procesal de la defensa colectiva de los acreedores, frente a la insolvencia del comerciante⁶⁴”. Si bien la definición dada es la definición de derecho concursal, cabe recalcar que el concurso preventivo es uno de los procedimientos que se encuentra dentro de esta materia, pero como se ha visto, no la única. Una definición más precisa vendría a ser la de los autores IGNACIO A. ESCUTI y FRANCISCO JUNYENT BAS quienes dicen: “[...] el concurso preventivo constituye un remedio que convoca a todos los acreedores del deudor insolvente, tendiente a lograr un acuerdo que permita eliminar la cesación de pagos⁶⁵”. Según la Ley de Concurso Preventivo, en el primer inciso de su artículo 2, el objeto del mismo es:

Art. 2.- El concurso tiene por objeto la celebración de un acuerdo o concordato entre el deudor y sus acreedores, tendiente a facilitar la extinción de las obligaciones de la compañía, a regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa⁶⁶.

En conclusión, lo que se pretende es evitar la quiebra y liquidación de una compañía, y permitirle el seguir funcionando pero a la vez satisfacer todas las acreencias que tenga.

⁶⁴ M. BONFANTI Y J.A. GARRONE, ... op. cit. p. 23.

⁶⁵ I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS. *Derecho Concursal*. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2006. pg. 31.

⁶⁶ *Ley de Concurso Preventivo*...op. cit. Art. 2.

1.2.2.2 Aplicabilidad.-

Siendo éste uno de los factores más polémicos en cuanto al concurso preventivo en el Ecuador y en virtud de que este estudio hará referencia directa a este punto, es importante revisar y comprender quienes pueden solicitar su apertura.

1.2.2.2.1 ¿A quien?.-

La Ley de Concurso Preventivo en su artículo primero claramente establece que únicamente serán sujetos de concurso preventivo aquellas compañías que, además de estar bajo la vigilancia de la Superintendencia de Compañías, tengan un activo superior a los diez mil quinientos quince 60/100 dólares de los Estados Unidos, o un pasivo superior a los cinco mil doscientos cincuenta y siete 80/100 dólares de los Estados Unidos y más de cien empleados permanentes⁶⁷. Estos requisitos que acaban de mencionarse, son los que la ley hace obligatorios para solicitar un concurso preventivo. Es decir, si se incurre en una de esas causales, no se podrá solicitar un procedimiento de quiebra antes de haber solicitado un concurso preventivo.

1.2.2.2.2 ¿Cuándo?.-

El único presupuesto necesario para solicitar un concurso preventivo, aparte de los requisitos formales que son los que se citó en el párrafo anterior, es el de la cesación de pagos. El artículo 3 de la Ley de Concurso Preventivo dice así:

Art. 3.- Las compañías que teman encontrarse o se encuentren en estado de cesación de pagos, deberán tramitar un concurso preventivo ante la Superintendencia de Compañías con miras a celebrar un acuerdo o concordato con sus acreedores. Si la compañía no tramita el concurso preventivo y se halla incurso en causas de disolución, se procederá conforme a la Ley⁶⁸.

⁶⁷ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 1.

⁶⁸ *Ibidem*, Art. 3.

Habiéndose ya explicado lo que es la cesación de pagos, y tras haber analizado la definición de la misma que da la propia ley, queda claro que es ésta la causal en el tiempo para dar inicio a este procedimiento. Es la opinión de este autor que dicho requisito fundamental puede encontrarse muchas veces limitado, impidiendo a empresas que se encuentren en crisis, o que prevean encontrarse en una, acceder a un procedimiento preventivo a tiempo.

1.2.2.3 Participantes.-

Para comprender de mejor manera el proceso de concurso preventivo, es indispensable revisar los sujetos que lo componen así como sus roles dentro del mismo.

1.2.2.3.1 Fallido.-

El fallido, en este caso, siempre será una compañía que se encuentre bajo el control y vigilancia⁶⁹ de la Superintendencia de Compañías una que vez que sospeche un estado de cesación de pagos, o que de hecho se encuentre en uno. El mismo podrá presentar la solicitud, la que deberá contener los documentos que habiliten al peticionario, un detalle de lo que llevó al deudor al presente estado de cesación de pagos; un balance actualizado con un corte no mayor a treinta días; un detalle de los activos y pasivos que reflejen su real situación patrimonial; un listado de todos los acreedores detallando domicilio, dirección, cuantía, las obligaciones y su naturaleza, etc...; un detalle de todos los juicios y procesos administrativos que se encuentren actualmente en su contra; y finalmente, una copia del acta en la que se autoriza al representante legal realizar la petición del concurso preventivo⁷⁰.

⁶⁹ El control y vigilancia que llevará a cabo la Superintendencia de Compañías es aquella descrita por el art. 432 de la Ley de Compañías, mismo que dispone que la vigilancia será total o parcial. La total comprende aspectos jurídicos, societarios, económicos, financieros y contables de las compañías que describe el mismo artículo en su segundo inciso, mientras que el control parcial se refiere únicamente a la presentación de balances de situación y resultados al cual están obligadas las demás compañías no descritas en el inciso segundo.

⁷⁰ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 8.

1.2.2.3.2 Superintendente de Compañías.-

A diferencia de la mayoría de legislaciones de América Latina y del mundo, en el Ecuador el concurso preventivo se lo lleva ante el Superintendente de Compañías y no ante un Juez. Como tal, el Superintendente es la autoridad máxima dentro del procedimiento y será quien dicte el acto administrativo correspondiente para hacer efectivo el concordato. Una vez que el fallido presente su solicitud, el Superintendente o su delegado deberá verificar que la misma haya sido presentada dentro del plazo de sesenta días después de ocurrida la causal de la cesación de pagos, y si no fuera ese el caso, no se aceptará salvo disposición en contrario del Superintendente o su delegado ya que consideran de real importancia hacerlo para precautelar el interés público y de los acreedores⁷¹.

Si la solicitud fuere presentada por uno o varios acreedores, se informará al deudor del hecho y se le otorgará un término de quince días para que se oponga o se allane. Con el allanamiento, el deudor deberá presentar los documentos requeridos, pero si el deudor se opusiere o no se llegase a presentar declarándose de esta manera en rebeldía, se dará por terminado el proceso y se informará a los peticionarios⁷². Después de que sea admitido el concurso, dentro de los siguientes cinco días, el Superintendente procederá a dictar resolución en la cual informa a las partes del hecho, y se inscribirá en el Registro Mercantil del domicilio de la compañía así como en los registros de la propiedad. Finalmente, la resolución notificará a las partes y se publicará en un extracto de uno de los periódicos de mayor circulación del domicilio principal de la sociedad concursada, que dicho concurso ha sido admitido⁷³. Al tratarse de acreedores domiciliados en el extranjero, cuando el deudor presenta la solicitud, en ella deberá indicar el modo mediante el cual informará a todos sus acreedores de la admisión del concurso preventivo, mismo que también deberá ser

⁷¹ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 7.

⁷² *Ibidem*, Art. 10.

⁷³ *Ibidem*, Art. 11.

aceptado por el Superintendente o su delegado. Los extranjeros disponen de diez días adicionales al plazo fijado a los acreedores locales para presentar sus acreencias⁷⁴.

Mediante dicha resolución, el Superintendente detallará lo que se llevará a cabo en el proceso, dispondrá que se ordene a los jueces pertinentes que se suspendan todos los procesos en contra del deudor, las prohibiciones pertinentes, el nombramiento del o los supervisores, fijará la fecha de la audiencia preliminar entre deudor y acreedores, y ordenará tanto al deudor y a los acreedores que presenten su propio proyecto de reestructuración de la compañía que sirva para alcanzar un concordato⁷⁵.

A continuación, el Superintendente de Compañías procederá a calificar todos los créditos presentados en contra de la empresa, como hipotecas, prendas, pagarés, letras de cambio, cheques, entre otros, los que deberán estar sustentados con sus respectivas pruebas por los acreedores. Una vez que ya se haya admitido el concurso, el Superintendente solicitará la suspensión de todas las medidas cautelares en contra del deudor, sin embargo, si el proceso fracasare, las medidas volverán a su estado anterior. También se ordenará que se prohíba el iniciar nuevos procesos patrimoniales en contra del deudor, así como también se suspenderán las prescripciones y la caducidad de las acreencias para no perjudicar a los acreedores⁷⁶.

Finalmente, una vez calificados los créditos, el Superintendente convocará a los acreedores para así tomar las decisiones finales. El plazo que se otorga entre las deliberaciones iniciales, y éstas que son las finales, es de sesenta días, sin embargo, a criterio del Superintendente, se podrá extender un plazo adicional donde se alcanzará un acuerdo final que incluya arreglos transaccionales, honorarios de supervisores, las cuantías de las provisiones, los plazos, entre otras cosas. Si por alguna razón el Superintendente convocara a los acreedores y los mismo no fueren a la reunión, o asistieren menos del setenta y cinco por ciento del total de los créditos admitidos, se verá obligado a hacerlo por segunda ocasión dentro de los próximos cinco días. De

⁷⁴ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 12, lit. b, y 14, inc. 2.

⁷⁵ *Ibidem*, Art. 12.

⁷⁶ *Ibidem*, Arts. 14, 23-25.

desistir los acreedores nuevamente, se declarará terminado el procedimiento concursal. Cuando se llega a un acuerdo entre deudor y acreedores, el mismo se hará constar en un acta firmada por el Superintendente y los acreedores que representen al menos el setenta y cinco por ciento de las acreencias. Aprobado el concordato, el mismo es obligatorio para las partes⁷⁷.

Una vez que se cumple el concordato, el Superintendente informará a la gente a través de uno de los periódicos de mayor circulación en el domicilio de la compañía y declarará cumplido el mismo. Tras esta declaración, se anotará al margen de la inscripción original en el Registro Mercantil y demás registros. En caso de no haber cumplido el concordato por incumplimiento, también se informará a través de la prensa, y si nunca se hubiese llegado a un acuerdo, las cosas se retrotraerán al momento previo de la solicitud para que así, tanto deudor como acreedores, puedan ejercer sus derechos. Por último, si en cualquier instancia el Superintendente considera que la compañía no podrá desarrollar su objeto social o cumplir con el concordato, podrá declararlo terminado previo un análisis económico-financiero de la compañía⁷⁸.

1.2.2.3.3 Supervisor

El artículo 13 de la Ley pertinente establece cuales son las funciones del o los supervisores. Para empezar, el supervisor es aquella persona designada para ser intermediario entre el deudor y los acreedores, eso sí, siempre velará por los intereses de los acreedores. Algunas de sus funciones son, por ejemplo, el de verificar y comprobar los documentos presentados que justifican las acreencias, así como estudiar de manera objetiva la actividad que realizó el deudor un año antes a la solicitud del concurso para examinar a detalle las causales de la cesación de pagos. Deberá también estudiar la propuesta de reorganización de la empresa para determinar si la misma es viable o no y también será el encargado de entregar los

⁷⁷ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Arts. 29, 31, 32.

⁷⁸ *Ibidem*, Art. 40-43, 46.

informes periódicos al Superintendente o a su delegado sobre el desarrollo del plan y de la compañía dentro del proceso.

1.2.2.3.4 Acreedor y Junta de Acreedores

Los acreedores son todas aquellas personas que tienen un derecho de cobro de una obligación (una acreencia) del deudor a su favor, y que una vez calificada la misma por el Superintendente, tiene un derecho para participar del concurso preventivo. Los acreedores podrán ser llamados por la prensa o contactados gracias al detalle entregado por el deudor al Superintendente. Incluso la ley permite que ellos mismos soliciten el concurso preventivo y posteriormente deberán demostrar que existen indicios de una cesación de pagos por parte del deudor⁷⁹.

La junta de acreedores, a su vez, es el órgano constituido por la totalidad de los acreedores participantes del proceso. Es este organismo el que tendrá las reuniones pertinentes con el deudor, el supervisor y el Superintendente, y son quienes tomarán las decisiones para así tratar de alcanzar un concordato. Todos los acreedores podrán votar por sus decisiones, sin embargo, las decisiones que son objeto en sí del concordato, requerirán de la aceptación de deudor y del o los acreedores que representen el setenta y cinco por ciento de las acreencias⁸⁰.

1.2.2.4 Efectos.-

La aceptación a concurso preventivo tras haberse presentado una solicitud al Superintendente tiene como principal efecto la suspensión de todos los procesos patrimoniales que la empresa deudora tenga en su contra, sean estos procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole⁸¹. El propósito de esto, es que, como ya se explicará más adelante, el concurso preventivo afecta a totalidad o universalidad del patrimonio del deudor por lo que sería absurdo intentar alcanzar un concordato en el que se vea incluido la totalidad o parte del patrimonio de la deudora

⁷⁹ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 9.

⁸⁰ *Ibidem*, Art. 30.

⁸¹ *Ibidem*, Art. 12, lit. C.

cuando el mismo el día de mañana puede que ya no esté en consecuencia de un fallo dentro de un proceso patrimonial. Este efecto nace del hecho de que la garantía de los acreedores es el patrimonio por lo que resultaría absurdo que en un proceso se lo intente mantener íntegramente con un fin superior, mientras que en otro proceso se lo intente ejecutar por separado.

1.2.2.5 Principios Fundamentales del Concurso Preventivo.-

El concurso preventivo, doctrinariamente hablando, para que el mismo tenga un efecto positivo y se alcance un concordato justo y exitoso, debe estar regido por los siguientes cinco principios fundamentales:

1.2.2.5.1 Universalidad.-

La universalidad está compuesta por un aspecto subjetivo y uno objetivo. El aspecto subjetivo hace alusión a las personas naturales o jurídicas que están involucradas dentro de un proceso de concurso preventivo, es decir, las decisiones que se tomen afectará a la totalidad de individuos que componen el procedimiento. Las decisiones y acuerdos afectan a todos por igual y no se hará diferencia alguna en base a la calidad de la persona. En cuanto al carácter objetivo, este principio se refiere a que afecta la totalidad del patrimonio del concursado, salvo excepciones legales, como son aquellos bienes fideicomitidos. Los autores ESCUTI Y JUNYENT dicen que: “La universalidad patrimonial atañe a los bienes que integran el patrimonio del deudor y se refleja en las acciones recuperatorias [...]”⁸². Es decir que el proceso preventivo tendrá un efecto sobre todo el patrimonio y no sobre parte del mismo independientemente de que existan medidas cautelares que graven a éstos.

1.2.2.5.2 Concursalidad.-

Este es un principio de mucha importancia y tiene un enfoque en las acreencias, queriendo decir, que para que un acreedor forme parte del concurso

⁸² I. A. ESCUTI Y F. JUNYENT BAS... op. cit. p. 71.

preventivo, sus acreencias deberán ser calificadas, deberán pasar por un proceso que le otorgará el derecho de entrar al concurso y la obligación de lo que esto significa.

ESCUTI Y JUNYENT se refieren a éste como:

[El] que permite estructurar la obligatoriedad de la concurrencia en el proceso principal, lo que conduce a la colectividad del juicio universal. La concursabilidad o colectividad se refleja muy especialmente en el proceso de verificación de créditos, que se convierte en la vía necesaria y típica de insinuación del pasivo.

Los acreedores ejercen individualmente sus derechos mediante su participación en el proceso de verificación, como paso previo a casi toda actuación concursal [...]⁸³.

Se reitera en que este principio se enfoca en la calificación de las acreencias y en los derechos y obligaciones que nacen de la aceptación de los mismos al concurso preventivo.

1.2.2.5.3 Oficiosidad.-

En la doctrina argentina, al ser el concurso preventivo un proceso que se lo lleva ante un Juez, la oficiosidad consiste en quitarle en parte el aspecto privatista contractual del concordato, ya que para que el mismo tenga un efecto jurídico, deberá ser aprobado por el Juez. La oficiosidad consiste en que el Juez, o en el caso ecuatoriano, el Superintendente de Compañías está investido de poder para actuar de oficio en ciertos casos, ya que el desarrollo del caso y la dirección del mismo, están bajo su control⁸⁴.

1.2.2.5.4 *Par Conditio Creditorum*.-

ESCUTI Y JUNYENT explican que la igualdad de trato, o *par conditio creditorum*, se debe o nace del hecho de que “en la base del proceso concursal está la justicia distributiva, que exige la satisfacción de todos los acreedores, de conformidad con la naturaleza de su crédito, y no la justicia conmutativa de las relaciones

⁸³ I. A. ESCUTI Y F. JUNYENT BAS... op. cit. p. 72.

⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 72.

sinalagmáticas⁸⁵”. Con esto se quiere decir que sin importar el monto o el porcentaje de las acreencias que un acreedor pueda tener, no va a recibir un trato preferencial o discriminatorio. Independientemente del monto, los créditos serán tratados por igual, salvo excepciones legales como son los créditos laborales que por ley tienen prioridad sobre cualquier otro pago, y los créditos quirografarios que tienen un trato inferior al resto de créditos, dentro de la legislación ecuatoriana.

Adicionalmente, la Ley de Concurso Preventivo establece que las instituciones públicas, por intermedio de su máxima autoridad respectiva, podrán presentar sus créditos y formar parte del concurso preventivo como cualquier otro acreedor, sin embargo, éstos no podrán dejar de prestar los servicios básicos como luz, agua y teléfono a la empresa por deudas previas a la admisión del concurso⁸⁶. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, por otro lado, podrá otorgar facilidades de pago de las obligaciones que la empresa mantenga con éste por cuestión de aportes patronales, fondos de reserva, etc⁸⁷.

Otras deudas que tienen trato preferencial son aquellas adquiridas una vez puesto en marcha el concordato, pues tienen preferencia sobre aquellas que motivaron el mismo, y deberán ser canceladas conforme se las vaya adquiriendo. Por esta razón, el principio del *par conditio creditorum* aplica únicamente para los créditos que motivaron el concurso preventivo.

1.2.2.5.5 Desapoderamiento.-

El principio del desapoderamiento consiste en que el fallido pierde sus derechos de disposición y también pierde la administración de su patrimonio, ya que como se pudo observar, según la ley, se nombrará un supervisor quien estará íntimamente involucrado con la compañía para llevar a cabo el concordato, razón por la que todo lo que se efectúe deberá ser aprobado por él. Se necesita de la aprobación del supervisor para poder disponer de los bienes.

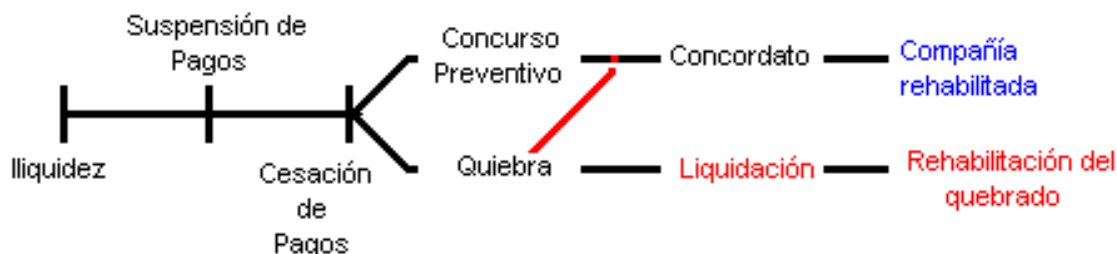
⁸⁵ I. A. ESCUTI Y F. JUNYENT BAS.,... op. cit. p. 72.

⁸⁶ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 19.

⁸⁷ *Ibidem*, Art. 22.

1.2.2.6 Conclusiones.-

Esquemáticamente, la evolución de una crisis tiene el siguiente aspecto:



La misma generalmente puede empezar con una iliquidez, y en relación al nivel de crisis a la que evolucione, podrá solicitarse una suspensión de pagos. Si esto no se hizo y la crisis empeoró hasta llegar a ser grave, la empresa se verá inmersa en una cesación de pagos, abriéndole las puertas para presentar una solicitud de concurso preventivo. La otra alternativa es que mediante una orden de pago incumplida, el acreedor podrá presumir la insolvencia y demandar una quiebra, cuyo fin ya se vio. En caso de que se opte por el concurso preventivo y por el salvamento de la empresa, si no se llegase a un acuerdo, la legislación ecuatoriana no hace esfuerzo alguno por alcanzarlo, por lo que el Superintendente o su delegado ordenan la terminación del concurso preventivo dirigiendo a la empresa a un juicio de quiebra. Viendo el lado positivo, si el concordato se hiciese efectivo, tras su cumplimiento la empresa se rehabilita y cumple con sus obligaciones, si no, se lleva a cabo el juicio de quiebra, se liquida los activos, se rehabilita o se disuelve y se cancela.

Como se ha podido observar, una crisis empresarial puede ser un fenómeno bastante complejo, pues involucra de manera directa e indirecta a varios sujetos además de los propios accionistas o socios de ésta. Una crisis afecta a las personas que la empresa emplea, pues ésta con seguridad será su única fuente de ingresos, afecta también a los acreedores quienes dependiendo del desenvolvimiento de la crisis, pueden perder la totalidad de sus acreencias sin derecho a restitución; finalmente, afecta también a la sociedad entera pues una empresa es sujeto pasivo de obligaciones tributarias además de brindar una serie de beneficios, y su quiebra puede

ocasionar incluso un efecto en cadena afectando también la producción y desarrollo de otras empresa y de la economía en general.

Por este motivo es importante el haber comprendido los alcances que tiene la crisis, el tratamiento que se le puede dar, las opciones judiciales que plantea el ordenamiento jurídico ecuatoriano así como las alternativas extrajudiciales que también pueden adoptarse. El concurso preventivo, que, como se ha mencionado es el pilar de esta investigación, es la figura jurídica que contempla la ley que pretende evitar la quiebra, disolución, liquidación y posterior cancelación de estos agentes económicos denominados empresas a través de la continuación de su giro económico implementando medidas muchas veces drásticas y reestructurando su funcionamiento para reanimar su producción y cancelar sus obligaciones. En virtud de ello, y por la importancia y efectividad que ha demostrado tener en otros países, el derecho concursal, y el salvamento de empresas en particular, ha adoptado figuras y principios que tienen como fin último la conservación de la empresa. La legislación ecuatoriana debe evolucionar en materia concursal y dejar el concurso liquidativo o quiebra como una última instancia, haciendo énfasis en el concurso preventivo y la aplicación del principio de conservación de la empresa.

CAPÍTULO II

El Principio de Conservación de la Empresa

2.1 Principio de Conservación de la Empresa.-

El principio de conservación de la empresa se lo mencionó de manera superficial en el capítulo anterior, sin embargo, es el principio rector que inspira esta investigación. En virtud de ello, a continuación se estudiará el mismo para llegar al fin último de determinar los efectos que tendría su implementación en la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana.

2.1.1 Concepto.-

Como da a entender su nombre, el principio de conservación de la empresa tiene como propósito principal el evitar la quiebra y posterior liquidación de las empresas en crisis mediante la utilización de medidas jurídicas⁸⁸. Éste nace de una necesidad impuesta por el hecho de que las empresas mercantiles son el eje principal de las economías y del comercio actual. Por esta razón urge implementar y fortalecer

⁸⁸ Por medidas judiciales se comprenderá todas aquellas que contemple la legislación, para este caso en particular, la Ley de Concurso Preventivo, que lleven al fin último de la conservación o efectiva liquidación.

medidas que adopten este principio dentro de las legislaciones concursales para velar por los intereses colectivos, además de velar, obviamente, por los intereses privados de la empresa en crisis⁸⁹. No hay que olvidar la importancia e impacto económico y social que tiene una empresa para un Estado, pues crean plazas de trabajo, pagan impuestos e incentivan y estimulan el mercado a través de su giro económico. De allí se desprende la intención de implementar medidas judiciales para salvarlas y conservarlas, antes que liquidarlas y disolverlas.

ROMÁN brinda una definición textual del principio de conservación de la empresa que dice:

[El principio de conservación de la empresa es] aquel que tiene por fin no sólo salvaguardar los intereses privados convergentes en ésta, 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 conjunto⁹⁰.

Por otro lado, el autor argentino ERNESTO MARTORELL, citando al autor mexicano JOAQUÍN RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ trata el principio de conservación de la empresa de acuerdo a lo siguiente:

La conservación de la empresa es una norma directiva fundamental. La empresa representa un valor objetivo de organización. En su mantenimiento están interesados el titular de la misma, como creador y organizador; el personal en su más amplio sentido, cuyo trabajo se dota de un especial valor, y el Estado, como tutor de los intereses generales⁹¹.

Cabe aclarar que este principio no deja de contemplar la quiebra como una alternativa, sin embargo, ésta será un último recurso. Sería absurdo pretender, como dice ROMÁN, que se conserven todas las empresas en crisis ya que simplemente, no todas son viables, lo que ocasionaría un caos en el mercado⁹². Para aquellas empresas que no lo son (viables) es más conveniente efectuar una liquidación rápida y efectiva generando la menor cantidad de costos posibles tanto para los deudores como para

⁸⁹ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al, ... op. cit. p. 106.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 106.

⁹¹ E.E. MARTORELL... op. cit. p. 288.

⁹² Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al, ... op. cit. p. 97.

los acreedores. Por ello, cuando se mencione la aplicación del principio de conservación de la empresa en este estudio que trata el concurso preventivo y no liquidativo, se partirá de que su aplicación es sobre aquellas empresas cuya recuperación sea viable, o en caso de no serlo, que mediante el concordato se las pueda llevar a una quiebra ágil y efectiva.

Según ESCUTI Y JUNYENT el salvataje, cuya esencia nace del principio de conservación de la empresa, es “una alternativa de saneamiento económico que permite refundar la empresa manteniendo la o las unidades productivas⁹³”. Toda legislación de concurso preventivo tiene como propósito el salvataje de las empresas, que como ya se mencionó, es una manifestación del principio de conservación de la empresa, sin embargo, para que el mismo sea llevado a cabo satisfactoriamente, deberá cumplir con otros aspectos que se estudiarán más adelante.

2.1.2 Características.-

Este principio, de acuerdo a ROMÁN quien cita al autor RICARDO SANDOVAL LÓPEZ⁹⁴, tiene cinco características doctrinales fundamentales para su aplicación, pues el propósito de todos ellos es llevar a una empresa en crisis a rehabilitación o a una pronta y efectiva liquidación.

La primera característica que se desprende señala que la declaratoria de quiebra y la ejecución de dicho juicio nunca debe ser causal de disolución de la empresa⁹⁵. Esto se debe a que una empresa que se encuentra quebrada, liquidada o ambas, puede ser vendida a un tercero o incluso se puede reinvertir dinero para terminar de cumplir sus obligaciones. O, una vez cumplidas, simplemente hacerla producir otra vez y que la misma vuelva a surgir, dentro del mismo nicho al que se dedicaba inicialmente o en uno nuevo. Por esta razón, si la quiebra y liquidación fueran causales de disolución, este resurgimiento no fuera posible porque la empresa hubiese dejado de existir. La doctrina en este caso comprende la disolución de la

⁹³ I. A. ESCUTI Y F. JUNYENT BAS, ... op. cit. p. 389.

⁹⁴ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al, ... op. cit. p. 106 -109.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 106.

empresa como la cancelación que es el término utilizado en la legislación ecuatoriana⁹⁶. La cancelación es la “muerte” legal de la compañía.

La segunda característica consiste en cuidar la unidad patrimonial de la empresa en caso de que no sea factible la continuidad de sus actividades o explotación⁹⁷. En concordancia con lo expuesto en el párrafo anterior, la intención de este aspecto es que en caso de que el deudor o el empresario se vean impotentes frente al reto de reactivar la empresa, estos deben tener la facultad de poder enajenarla como una sola unidad a un tercero dispuesto a invertir en ella. Lo interesante de este aspecto desde el punto de vista del deudor o empresario, es que al vender la empresa como unidad, recibirá el pago correspondiente tras un solo procedimiento de liquidación lo que significa que podrá pagar a sus acreedores posiblemente en un solo pago también. Si no se hubiese vendido por unidad significaría tener que realizar la venta de cada activo por separado corriéndose el riesgo de que algunos se queden embodegados de manera indefinida teniendo que liquidarlos a precios muy inferiores al precio de mercado. Esto acarrea también la demora en los pagos a los acreedores, pues dichos pagos están sujetos a la venta de los activos, que en muchos casos, seguirán sumando intereses de algunas acreencias perjudicando aún más al deudor. Desde el punto de vista del comprador esta es una oportunidad considerable ya que si piensa dedicarse al mismo negocio, lo más seguro es que no necesite hacer inversiones adicionales significativas en lo que a activos concierne, pues con seguridad el precio que pagó por la unidad de la empresa sería inferior al costo individual de cada uno de los activos sumados en el mercado, lo que significa un ahorro de tiempo y dinero.

El tercer aspecto a considerar es aquel en el que ordena los procedimientos a seguirse, pues en lo que al principio de conservación de la empresa concierne, la primera alternativa siempre debe ser la continuación del giro económico de la

⁹⁶ En el caso ecuatoriano, una compañía disuelta pero no cancelada, podría ser adquirida por el tercero en bloque, o simplemente sus intangibles, por dar un ejemplo, y este tercero que la adquirió podría rehabilitarla siguiendo las disposiciones del Código de Procedimiento Civil restaurando la empresa y dándole la posibilidad de continuar su giro económico.

⁹⁷ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 108.

empresa en crisis, seguido por una venta en bloque o de unidad patrimonial y en última instancia, liquidar los activos individualmente⁹⁸, lo que en el sistema ecuatoriano generalmente implicaría hacerlo a través de un remate.

Una de las características fundamentales de este principio es que la empresa jamás debe ser liquidada y peor disuelta por cuestiones punitivas en contra del empresario, independientemente de que la crisis haya sido provocada por éste⁹⁹. Como se vio cuando se trató la definición de este principio, no solo vela por los intereses de los empresarios, sino los intereses colectivos, por lo que no tendría sentido disolver la empresa afectando de esta manera a sus trabajadores, proveedores y un sinnúmero de personas vinculadas con la misma por una conducta reprochable del empresario. En estos casos se debe tener presente la diferenciación de personalidad y de sujetos de derecho del empresario y de la empresa, ya que en caso de que se demuestre dolo, se deberán seguir las acciones penales pertinentes en contra del empresario, y no por ello castigar a la empresa.

Finalmente, el aspecto madre dice que la legislación debe contemplar medidas jurídicas que permitan afrontar adecuadamente situaciones patrimoniales críticas por parte de una empresa. En Chile y otras legislaciones, este aspecto se lo conoce como “derecho de prevención de la empresa en crisis¹⁰⁰”. Esto quiere decir, que un Estado debe proveer de leyes, soluciones y condiciones jurídicas favorables a las empresas bajo las cuales puedan ampararse en caso de verse inmersas en una crisis, pero no únicamente leyes liquidativas, sino preventivas. Visto esto, la legislación debe prever la posibilidad de que las empresas puedan afrontar una crisis. En el caso ecuatoriano la ley contempla la crisis del comerciante en general con la suspensión de pagos, y adicionalmente las crisis de ciertas empresas, con la Ley de Concurso Preventivo. Más adelante se examinará si la aplicación de este precepto basta o si es insuficiente. ROMÁN nos dice adicionalmente que la cesación de pagos no puede o no debe ser el único indicador de la crisis de una empresa, sino que se debe considerar el balance

⁹⁸ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 108.

⁹⁹ *Ibidem.* p. 109.

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 107.

general de la misma en virtud de un estado de pérdidas y ganancias además de su estado de liquidez¹⁰¹. No basta con que la legislación prevea la crisis de las empresas, sino que debe implementar medidas que permitan evitar la misma previa la necesidad de tener que solicitar un concurso preventivo. El autor también dice que el principio que se está tratando no solo intenta evitar los procedimientos de ejecución como lo es la quiebra y la liquidación mediante procedimientos preventivos, sino que debe también contemplar procedimientos que permitan que la empresa pueda resurgir nuevamente tras haber soportado una quiebra y una liquidación, lo que quiere decir que busca la “solución de la situación [de quiebra] en la que se encuentra la empresa”¹⁰². Los últimos dos aspectos que trata son el de la manifestación del principio mediante mecanismos jurisdiccionales que pueden ser judiciales o extrajudiciales y, por último, las tres características que debe incluir el principio que son: confidencialidad, autonomía interna de la empresa en crisis y preponderancia del rol de la autoridad administrativa pública¹⁰³. Todo lo expuesto significa que adicionalmente, se implementarán elementos, como los descritos en el capítulo primero, que regulen en sí aspectos fundamentales del procedimiento concursal con vista a precautelar los intereses colectivos y facilitar dicho procedimiento a la concursada.

2.2 La Quiebra Vista Desde la Perspectiva del Principio de Conservación de la Empresa.-

Como ya se vio, el principio de conservación de la empresa no descarta a la quiebra como una opción, siempre y cuando sea aplicada en última instancia y cuando una empresa haya demostrado que la misma no es viable. Previa a la promulgación de la Ley de Concurso Preventivo, cuando una empresa se encontraba en crisis no tenía sustento legal alguno para intentar salvarse de una crisis importante, donde una suspensión de pagos no sería suficiente. Incluso, el artículo primero de la mencionada

¹⁰¹ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 107.

¹⁰² *Ibidem*, p. 107, 108.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 108.

ley, establece que empresas de ciertas características no podrán iniciar un procedimiento de quiebra sin previamente haber agotado las instancias de un concurso preventivo. Esto se debe al reconocimiento que se ha dado a las empresas y de la importancia que tienen en una sociedad por su gran impacto social.

Frente a un mundo y mercado donde las empresas viven en eterna competencia entre la una y la otra para acaparar el mayor porcentaje de éste, es indudable que aquellas que no sean eficientes con seguridad afrontarán una crisis. Esta es una manera de filtración “natural” del mercado donde los más débiles caen, por lo que si bien la quiebra es inevitable, cuando las empresas son inviables, es pertinente que la legislación prevea un proceso de quiebra ágil para ocasionar el menor costo posible al fallido. El principio de conservación de la empresa opera en las quiebras en el sentido de que en primer lugar se debe mantener a la empresa como una unidad en vez de adelantarse inmediatamente a la liquidación individual. De ser posible, la empresa no debe detener su giro económico, pues el dejar de producir únicamente aumentará sus deudas. Por último, de no existir manera alguna de mantener la empresa funcionando y la situación empeora, cabe entonces realizar la liquidación individual, o venta separada de los bienes¹⁰⁴. Por último, repitiendo lo que ya se ha dicho, la quiebra nunca debe suponer la disolución de la empresa, puesto que se cerrarían puertas a posibles soluciones de resurgimiento de la misma¹⁰⁵.

2.3 El Concordato Visto Desde la Perspectiva del Principio de Conservación de la Empresa.-

¿Qué es el concordato? El concordato es un acuerdo bilateral entre la empresa en crisis y sus acreedores que tiene como propósito el cumplimiento de las obligaciones pendientes. Los medios para alcanzar esta meta pueden ser mediante la continuación de la empresa, la liquidación de la misma o rehabilitación una vez que haya sido declarada en quiebra. La Ley de Concurso Preventivo (LCP) menciona el

¹⁰⁴ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 156.

¹⁰⁵ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 2.

objeto de éste en su artículo 2, describiéndolo 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 empresa¹⁰⁶”.

Visto esto, debería considerarse al concordato como una manifestación pura del principio de conservación de la empresa. Esto se debe, como se ha dicho ya, que el derecho concursal moderno ha comprendido la importancia de las empresas en la economía, por lo que ha evolucionado de un derecho liquidador¹⁰⁷, inquisidor, cuya prioridad ante una crisis de empresa era el liquidarlas y deshacerse de ellas, a un derecho que vela por los intereses de los acreedores y de todos aquellos vinculados directa o indirectamente con el giro económico de éstas, incluso se toma en cuenta la importancia de las empresas para el Estado y su sano desarrollo económico.

Los sistemas concursales que aplican de una u otra forma el principio de conservación de la empresa hacen distinción de dos tipos de empresas como punto de partida para entender las bases sobre las cuales se deberá llevar el concordato en cada caso en particular. Esta clasificación, según ROMÁN, son aquellas que son declaradas o que tienen la posibilidad de llegar a ser declaradas en quiebra pero que son económicamente viables y capaces de reorganizarse, de forma que no pierdan su valor. Las segundas son las que son económicamente inviables e incapaces de reorganizarse, convirtiéndose en una carga para la economía y su desarrollo por lo que deberán desaparecer¹⁰⁸. ROMÁN las dice que éstas últimas son “una carga inútil y perjudicial a la economía colectiva¹⁰⁹”. Analizado cada caso individualmente, podrá encasillarse a la empresa que pretende ser concursada en una de las dos categorías descritas, y como se dijo, poder entender su situación y tomar la decisión acertada en cuanto a su futuro. En base a esto el concordato tendrá como fin el salvataje de la misma o una liquidación rápida y eficiente. Eso sí, siempre se deberá tener en cuenta

¹⁰⁶ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 305

¹⁰⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 304.

¹⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 304.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 304.

el principio de conservación de la empresa en cualquiera de las dos opciones ya que en cualquier escenario existen varios intereses entrelazados.

Con la celebración de un concordato, y en general con la aplicación del principio que se ha discutido, “el derecho de quiebras deja de ser sancionatorio y se enfoca más en ser un derecho de prevención y superación de la crisis que afecta a las diferentes empresas¹¹⁰”, que si bien considera la quiebra como una alternativa, y un concordato puede celebrarse con ese fin, ésta será la última alternativa. El concordato será el medio que permitirá que el deudor (la empresa) y sus acreedores satisfagan sus necesidades y pretensiones mutuamente.

2.4 El Principio de Conservación de la empresa en la Ley de Concurso Preventivo Ecuatoriana.-

Es importante resaltar que el principio de conservación de la empresa en el derecho concursal ha sido un tema de naturaleza doctrinaria, pues no existe en Latinoamérica, una definición legal del mismo. A pesar de ello, éste ha sido recopilado en varias disposiciones legales expresas, o por lo menos en parte, y Ecuador no ha sido la excepción. Si bien este estudio se fundamenta en la falta de aplicación de este principio dentro de la legislación ecuatoriana, ésta sí lo menciona expresamente en la ley aún cuando no lo define ni es consecuente con el mismo en su mayoría.

En este sentido, el artículo que hace una mención directa de este principio es el 4 de las Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo. Esta norma de procedimiento fue expedida por el Superintendente de Compañías, Dr. Xavier Muñoz Chávez mediante resolución administrativa en el año 1998, y en su sección de disposiciones generales, sobre la publicidad, dice: “[c]onsiderando que el concurso preventivo es una solución inspirada en la conservación de la empresa, así como para preservar el cumplimiento de las

¹¹⁰ J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al.,... op. cit. p. 304.

obligaciones contraídas por ésta con terceros,...¹¹¹” Queda claro que toda ley de concurso preventivo contempla o está inspirada en el principio de conservación de la empresa justamente por que ésta tiene como finalidad la celebración de un concordato. Sin embargo, el incluir esta ley dentro de la legislación no implica que de por sí se aplique y practique el principio que se ha estudiado ya que éste comprende aspectos más profundos incluso dentro de la misma ley que se estudiarán más adelante.

La segunda norma que menciona en parte el principio que se está tratando, es justamente el 2 de la Ley de Concurso Preventivo, que como ya se vio, trata el objeto de éste. En el primer inciso dice que el objeto del procedimiento será la celebración de un concordato que a su vez persigue la conservación de la empresa¹¹². En este caso sucede lo mismo que en el anterior, pues si bien se manifiesta la intencionalidad de la conservación de la empresa, más adelante se examinará otras disposiciones legales que atentan contra este principio. Por ello, no por que la ley haga referencia al principio de conservación de la empresa en dos artículos, esto significa que el mismo se aplica verdaderamente en el espíritu y en el fondo de la ley.

2.5 Disposiciones atentatorias al principio de conservación de la empresa en la Ley de Concurso Preventivo.-

Tras realizar un análisis de la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana y de las Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo es posible señalar algunas disposiciones que son contrarias o atentatorias al principio de conservación de la empresa que se ha venido estudiando. En ese sentido, a continuación se señalarán estas disposiciones y se analizarán con el fin de determinar por qué las mismas, además de ser contrarias, no fomentan la conservación de la empresa.

¹¹¹ *Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo*. Registro Oficial No. 170: 15-abr-1999. Art. 4.

¹¹² *Ley de Concurso Preventivo*...op. cit. Art. 2.

2.5.1 Ley de Concurso Preventivo.-

El artículo uno de la ley establece los parámetros básicos con respecto a los sujetos quienes se pueden sujetar a un concurso preventivo. Es allí donde se indica que únicamente las compañías que se encuentren bajo la vigilancia y el control de la Superintendencia de Compañías lo podrán hacer. Esta disposición es absolutamente atentatoria al principio de conservación de la empresa principalmente porque este requisito formal discrimina o deja de lado a otro tipo de organizaciones con fines económicos que pueden bien ser consideradas empresas. Es absurdo siquiera considerar reservar una herramienta tan útil como el concurso preventivo únicamente para un grupo selecto de empresas que cumplen con ciertos requisitos, dejando de lado a otras que igual tienen un rol importante dentro de la economía nacional. La legislación ecuatoriana contempla empresas como las sociedades anónimas civiles, compañías personalistas como las EURL (Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada), comanditas simples, entre otras, que se ven automáticamente excluidas de la posibilidad de poder acceder a un concurso preventivo por no cumplir este requisito. Cabe recalcar que estas empresas que no se encuentren bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías no son inmunes a las crisis por lo que no hay justificación alguna para negarles este tratamiento tan beneficioso. Esta discriminación deriva de una clara problemática aún mayor que recae sobre el cuestionamiento de si la Superintendencia de Compañías debería o no ser el órgano competente para conocer y tramitar los concursos preventivos, aspecto que se analizará más adelante.

La segunda disposición que atenta contra el principio de conservación de la empresa es la del artículo 12 literal "P" inciso cuarto. El artículo trata específicamente sobre el contenido de la resolución expedida por el Superintendente de Compañías aceptando el trámite de concurso preventivo. En general, este artículo indica aspectos informativos para poder formalizar el inicio del procedimiento preventivo, sin embargo, en el literal "P" que trata sobre los plazos de celebración de la audiencia preliminar entre deudor y acreedores, el inciso cuarto al final establece que "la

ausencia del deudor a esta audiencia preliminar, dará lugar a la terminación de los trámites concursales¹¹³". Se entiende que esa parte del artículo atenta contra la conservación de la empresa pues cuando se estudió los aspectos del mismo, se señaló que la empresa no debe ser "sancionada" por los actos del deudor, administrador, representante legal, lo que fuere. Si éste no acudió a la audiencia preliminar se deben tomar medidas alternas para lograr dicha audiencia, pero el dar por terminado el trámite concursal perjudicaría sobretodo a los terceros interesados, llámense acreedores, trabajadores, entre otros. La terminación debería ser una solución de última instancia.

El artículo treinta y uno de la ley comete el mismo error atentatorio que el que se acaba de discutir. La diferencia radica en que éste trata sobre la ausencia por parte de los acreedores que representen el setenta y cinco por ciento o más de las acreencias. En este sentido, los acreedores tampoco son los únicos interesados en la continuación de la empresa por todos los motivos que se han mencionado antes, por lo que esta disposición también debería ser una decisión de última instancia tras haber intentado todo medio lícito posible para lograr la concurrencia necesaria.¹¹⁴

Cuando se trata de prioridad de acreencias, el artículo treinta y cinco de la ley trata el privilegio de pago a los trabajadores, el cual quizás sea el punto más polémico que se tratará en este estudio dada la rigidez de la ley laboral en el Ecuador. La ley dispone que los pagos a los trabajadores deberán ser ejecutados previo a la realización de cualquier acuerdo concordatario¹¹⁵. El problema que deriva de esta disposición y que es contraria al principio que se está tratando es que todo el procedimiento preventivo dependerá de que el deudor esté en la capacidad de poder hacer frente a las obligaciones laborales. Cabe recalcar que estas obligaciones son de las más cuantiosas que debe afrontar una empresa, por lo que el efectuar este pago bajo

¹¹³ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 12, lit. f, inc. 4to.

¹¹⁴ Es opinión personal de este autor que de sospecharse que la ausencia por parte de los acreedores se debe por mala fe, el Superintendente podrá solicitar a un Fiscal que realice las investigaciones pertinentes en contra de los acreedores y en caso de encontrarse indicios, iniciar el respectivo juicio penal, además de las acciones civiles pertinentes por daños y perjuicios.

¹¹⁵ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 35.

cualquier medio posible con tal de poder celebrar un concordato, puede ser la causal que empuje a la empresa a una crisis grave, permanente y lo que es peor, convirtiéndola en insalvable. Sobre este aspecto también se profundizará más adelante, por lo que por el momento solo se la menciona.

2.5.2 Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo.-

Las Normas de Procedimiento también disponen algunos artículos que contravienen el principio de conservación de la empresa, y si bien la mayoría son similares a los que se trató en la Ley de Concurso Preventivo, estos tienden a ser más específicos.

El artículo uno inciso segundo de esta normativa, en concordancia con el mismo artículo de la Ley, trata de los sujetos del concurso preventivo por lo que de igual manera cae en lo absurdo de reservar esta herramienta exclusivamente para aquellas empresas bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías. Adicionalmente, al ser normativas de procedimiento, son más específicas, por lo que el inciso segundo del mismo artículo dispone: “No se admitirá al trámite la solicitud de concurso preventivo, cuando la compañía haya sido declarada en quiebra¹¹⁶”. Con esta disposición se puede observar una clara tentativa tras no permitir la reestructuración o rehabilitación de una empresa quebrada mediante un concordato, el cual es una declaración propia del principio de conservación de empresa, además de ser una alternativa jurídica válida. Se vio con anterioridad que el principio debe aplicarse en tres etapas: para la prevención, para una quiebra rápida y eficiente y para una rehabilitación. En virtud de ello, es claro que el segundo inciso del artículo en cuestión trunca la posibilidad de realizar una rehabilitación en consecuencia con el principio de conservación de la empresa.

La normativa reitera el defecto inicial de la ley tras castigar el incumplimiento de términos con la cancelación y terminación del concurso preventivo. El artículo

¹¹⁶ *Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 1, inc. 2.

doce llega a este punto cuando el deudor incumple con las exigencias expuestas por la resolución admisorio a concurso. Como ya se dijo, estas estipulaciones son contrarias al principio de conservación de la empresa puesto que se castiga a la empresa por un incumplimiento de su empresario. La terminación del concurso por situaciones de esta índole deberán ser de última instancia intentando precautelar los intereses colectivos del concurso.

El artículo treinta y ocho B de la normativa establece que una vez negada la solicitud de concurso preventivo o que el mismo haya terminado, la empresa no podrá solicitar de nuevo otro concurso por el periodo de un año¹¹⁷. Cuando se trata de la negativa a la solicitud, esta disposición atenta contra la conservación de la empresa puesto que cuando una empresa se encuentra en una crisis, de no tomar alternativas inmediatas como puede ser el concurso preventivo, éstas únicamente se van a agravar. Dicho esto, las posibilidades de que una empresa a la cual se le negó la solicitud de concurso aún funcione, o mejor dicho, que no haya quebrado mientras transcurría el año para solicitar un nuevo concurso, son casi nulas. El tiempo es el peor enemigo que tiene una empresa en crisis, pues éste las consume, y si no se logra detenerlo mediante procedimientos como el concurso preventivo, las empresas deberán buscar alternativas como la quiebra y la liquidación para evitar empeorar sus situaciones, siendo este supuesto lo que intenta evitar con la aplicación del principio de conservación de empresa.

Finalmente, el artículo treinta y nueve de las normas de procedimiento establecen la disolución y liquidación automática de la empresa cuando el deudor, acreedor o acreedores incumplan con las disposiciones de ley¹¹⁸, lo que es una declaración clarísima de que a la empresa se le está haciendo responsable por los actos de uno de los interesados, cualquiera que éste fuere, atentando claramente el principio de conservación. Como ya se dijo, existen otros intereses vinculados a las empresas por lo que la falla de uno de los interesados no puede ser causal de

¹¹⁷ *Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 38B.

¹¹⁸ *Ibidem*, Art.. 39.

disolución y liquidación de la compañía, pues se estaría perjudicando a los intereses de los demás.

2.6 Consecuencias de la falta de aplicación del principio de conservación de la empresa en la legislación ecuatoriana.-

A continuación se procederá con un breve análisis de los concursos preventivos llevados a cabo por las compañías Mármoles Andinos Cia. Ltda. y Molinos la Unión S.A.. Cada caso posee particularidades distintas, sin embargo coinciden en que ninguno de los dos fue exitoso. Ambas compañías quebraron. En virtud de esto, el análisis que se hará a continuación será en consecuencia con la falta de aplicación del principio de conservación de la empresa en dichos procesos.

2.6.1 Molinos La Unión S.A.¹¹⁹.-

El concurso preventivo incurrido por la compañía anónima Molinos La Unión S.A. en el año 2005 fue el primero registrado en el Ecuador que se llevó a cabo mediante la solicitud por parte de los acreedores. Los dos principales acreedores de la concursada eran dos instituciones financieras, Banco del Pichincha y Produbanco. Dicha compañía, aún con la admisión a trámite preventivo mantuvo serios problemas para continuar con su funcionamiento razón por la cual todas sus actividades fueron paralizadas en el mes de mayo de 2007, esta medida, como es obvio, afectó severamente el cumplimiento del concordato cuya intención era la de conservar la empresa, por lo que cuatro meses después, tras haber solicitado el supervisor una ampliación de plazo para que los acreedores realicen los estudios de factibilidad pertinentes y éstos, una vez realizados concluyeran con saldos negativos, el 21 de septiembre de 2007 la Junta de Accionistas de la compañía concursada decide disolver la compañía.

QUE en este informe de Inspección se concluye que la empresa concursada “paralizó sus actividades productivas a partir del mes de mayo

¹¹⁹ Resolución No. 08.Q.IJ.1700 emitida por el Dr. Gonzalo Merlo Pérez, Superintendente de Compañías el 19-may-2008.

del 2007, no cuenta con un capital de trabajo, se encuentra en mora del pago de intereses trimestrales previsto en el concurso preventivo.

Adicionalmente y sumado a lo anterior, las razones financieras que arrojan los estados financieros del 2006, ubicarían a la compañía en imposibilidad manifiesta de cumplir con su objeto social y con el plan de rehabilitación aprobado en el acuerdo de acreedores¹²⁰.

Como se vio anteriormente, el principio de conservación de la empresa no se enfoca únicamente en el salvamento de la empresa a como de lugar, sino que adicionalmente, contempla la posibilidad de que ésta no sea económicamente viable por lo que la misma debe ser liquidada y declarada en quiebra. Cuando se de este escenario, se debe proceder de manera inmediata con la quiebra y liquidación de la compañía para evitar que los pasivos sigan incrementando y que otros factores vinculados con la crisis empeoren aún más. La Resolución No. 08.Q.IJ.1700 emitida por el Superintendente de Compañías el 19 de mayo de 2008 resuelve en su primer artículo el declarar de oficio terminado el concordato de Molinos La Unión S.A. y por ende el concurso preventivo¹²¹. Los efectos que tiene esta resolución que obedece a los artículos 42 y 46 de la LCP, es que los acreedores ahora tendrán que acudir a la vía civil ordinaria para iniciar un nuevo proceso de quiebra en contra de la empresa. Al no tener efectos la resolución negativa del concurso preventivo, el trámite de quiebra empezará de cero y se buscará la disolución y liquidación de la compañía. Este aspecto en particular es ilógico y una verdadera pérdida de tiempo, puesto que si los acreedores y el deudor dentro del concurso preventivo coincidían en la necesidad de disolver la compañía y por ende liquidarla, se debió hacerlo dentro del mismo procedimiento concursal para hacerlo de manera expedita. Siendo cierto que el Superintendente no tiene potestad para hacerlo, este tema se tratará más adelante. Molinos La Unión es un claro ejemplo de la falta de aplicación del principio de conservación de la empresa aún cuando la decisión razonable era la liquidación y disolución de la compañía por no ser económicamente viable.

¹²⁰ Resolución No. 08.Q.IJ.1700 *Concurso Preventivo Molinos La Unión S.A.*... op. cit. p. 6.

¹²¹ *Ibidem*, p. 10

2.6.2 Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.-

A poco tiempo de cumplir un año de expedida la LCP, la compañía Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda. presenta una solicitud de concurso preventivo el 3 de junio de 1998 ante la Superintendencia de Compañías. El Superintendente de Compañías admite el trámite solicitado por la compañía con fecha 26 del mismo mes y año¹²². El trámite continúa normalmente y se procede a designar supervisor tras la presentación de la terna por parte de los acreedores. Consecuentemente, se celebran las fechas del 7 y 15 de octubre de 1998 las audiencias previas para la calificación de créditos¹²³ tras haberse expedido el informe respectivo por parte del Supervisor. A continuación, se determina la existencia de dos acreedores: la Corporación Financiera Nacional (CFN) y el Banco Filanbanco S.A. cuyos créditos son calificados de primera y de segunda clase, respectivamente¹²⁴.

En diciembre del mismo año, tanto los acreedores como el deudor se reúnen para conocer el plan de rehabilitación, sin embargo, es recién en junio de 2001 cuando se lleva a cabo la reunión para conocer la propuesta final. Sin embargo, previo esta fecha, Filanbanco S.A. presenta un escrito al Superintendente de Compañías con fecha 26 de junio de 2000, señalando su preocupación por la desmesurada demora que ha tenido el proceso ya que desde la fecha de solicitud, transcurrieron dos años sin que se haya celebrado el concordato. Finalmente, por mandato de la ley, se realizan las convocatorias para conocer y firmar el plan final de reorganización de la empresa, el cual es postergado algunas veces, sin embargo, se fija para enero de 2002. La primera reunión no se pudo realizar a falta de la presencia del 75% de la representación de las acreencias, razón por lo cual se fija una nueva fecha días después a la cual tampoco concurre la representación necesaria por parte de los

¹²² Cfr. Resolución No. 98.1.2.1.00154. *Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.*. Dr. Alberto Chiriboga Acosta, Intendente de Compañías de Quito. 26 de junio de 1998.

¹²³ Resolución No. 02.Q.IJ.1172. *Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.*. Dr. Xavier Muñoz Chávez, Superintendente de Compañías. 25 de marzo de 2002. p. 1. Considerandos.

¹²⁴ Cfr. Resolución No. 98.1.2.1.003025. *Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.*. Dr. Alberto Chiriboga Acosta, Intendente de Compañías de Quito. 7 de diciembre de 1998.

acreedores. En virtud de lo estipulado por el art. 31¹²⁵ de la LCP, el Superintendente da por terminado el Concurso Preventivo mediante Resolución No. 02.Q.IJ.1172 del 25 de marzo de 2002 y en concordancia, en aplicación del art. 43 de la misma ley, obliga que se retrotraigan las cosas al estado inicial, previo a la solicitud de concurso preventivo dando así la facultad a los acreedores de ejercer sus derechos¹²⁶.

Se puede observar tras analizar los hechos descritos sobre el concurso preventivo de Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda., que el Superintendente de Compañías declara terminado el trámite por falta de concurrencia de los acreedores a las reuniones convocadas. Este punto es uno de los que se critica en este estudio por atentar el principio de conservación de la empresa ya que por falta de interés de los acreedores, existen otros interesados, incluyendo el mismo deudor, que se ven perjudicados por esta decisión. El otro aspecto que es atentatorio son los largos periodos de tiempo que se toma el deudor para presentar el plan de reorganización. Se trata de un periodo de dos años en los que los acreedores, por la naturaleza misma del concurso preventivo, se ven impotentes frente al cobro de sus acreencias y a la vez afectados por dicho retardo. Adicionalmente, un concurso preventivo no puede demorarse en realizar el concordato o determinar la imposibilidad de hacerlo para que la concursada tenga el tiempo suficiente de iniciar las acciones pertinentes. Es decir, no se debe tardar en celebrarlo para así ejecutar el concordato lo antes posible y evitar un agravamiento considerable de la precaria situación en la que se encuentra la empresa, y, por otro lado, es importante que si se llegase a determinar la imposibilidad de celebrar el concordato, que se lo haga de manera inmediata para poder acceder a la vía judicial para iniciar el correspondiente juicio de quiebras. Obedeciendo a lo dicho previamente, el juicio de quiebra también debe iniciarse a la brevedad posible para disminuir los costos y pérdidas adquiridas por el simple paso del tiempo. Estos dos aspectos, la terminación del proceso por falta de concurrencia y la falta de celeridad dentro del mismo contradicen el principio de conservación de la

¹²⁵ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 31.

¹²⁶ *Ibidem*, Art.43.

empresa justamente porque son estos aspectos los que complican su salvamento aumentando sus posibilidades de fracasar.

2.7 Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa en Legislación Comparada.-

Es de vital importancia el que se contraste ejemplos de resoluciones ecuatorianas como las que se acaban de tratar con resoluciones o sentencias ejecutadas en legislaciones donde sí se aplica el principio de conservación de la empresa para así tener una idea clara de la importancia que éste tiene dentro de un proceso concursal. Por este motivo, a continuación se hará referencia a legislación estadounidense y la argentina.

2.7.1 Estados Unidos.-

En Estados Unidos dos de las empresas más importantes de su economía han solicitado un concurso preventivo, o la reorganización de empresa que se trata en el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras. Estas empresas son *Delta Airlines Inc.* y el gigante *Kmart*. Dichas empresas generan miles de empleos en todo Estados Unidos, además de un considerable aporte a la economía en general, sin embargo se vieron frente a una crisis y la pudieron superar gracias a su sometimiento al Capítulo 11 que contempla el principio de conservación de la empresa.

2.7.1.1 Procedimiento Concursal bajo el Capítulo 11 de *Delta Airlines, Inc.*-

Mediante sentencia del 3 de noviembre de 2006, la corte del Distrito Sur del Estado de Nueva York en relación al procedimiento concursal bajo el capítulo 11 iniciado por *Delta Airlines, Inc.* como deudor y el Gobierno de los Estados Unidos de América como uno de los acreedores versa sobre una deuda adquirida debido a un supuesto exceso de pago por parte del gobierno al deudor. Los pagos nacen de un contrato de transporte aéreo acordado por el plazo de un año, desde el 1 de octubre

al 30 de septiembre que es el año fiscal del gobierno norteamericano¹²⁷, en el que el deudor vendería pasajes aéreos al gobierno para el uso de funcionarios del mismo en determinadas frecuencias aéreas. Para otorgar dicho contrato la compañía tuvo que entrar a un concurso mediante el cual debía demostrar la cantidad de frecuencias que tenía entre una y otra ciudad, y por cada frecuencia en la que el deudor ofreciera la mejor tarifa y mayor flexibilidad horaria, se le otorgaría el contrato para dicha frecuencia. *Delta Airlines* obtuvo contrato para 680 frecuencias aéreas a diferencia de las 1,067¹²⁸ que tenía años anteriores¹²⁹. Desde el año 2000, el gobierno desembolsó un aproximado de tres mil millones de dólares por tarifas aéreas al deudor¹³⁰. Dichos pagos se realizaban mediante las tarjetas de crédito Visa o *MasterCard* emitidas por el propio Estado a sus funcionarios, o mediante un sistema denominado *GTR* 's o *Government Travel Request*¹³¹.

El conflicto inicia cuando el gobierno realiza una auditoría sobre las compras de boletos aéreos del Departamento de Defensa de Estados Unidos (DOD) y se concluye que en el año gubernamental 2001-2002 existió un pago en exceso de 26.2 millones de dólares pagados mediante tarjeta de crédito. La discusión legal recae sobre la existencia del derecho que tiene el Gobierno Americano de deducir el monto que se le adeuda por pago en exceso de aquellas cuentas que realmente se adeudan a Delta hechos con *GTR* 's pero que aún no han sido abonados. Para esto, los *GTR* 's consisten en unas papeletas que le son entregadas al funcionario que va a realizar el viaje quien a su vez entrega las mismas como forma de pago a la aerolínea a cambio del boleto. Subsiguientemente, la aerolínea presentará estos documentos al gobierno mensualmente quienes a su vez procederán a realizar la auditoría necesaria para

¹²⁷ Cfr. Caso No. 05 B 17923 (ASH), 3-nov-2006. Chapter 11 *Delta Airlines Inc.* United States Bankruptcy Court: Southern District of New York. p. 3.

¹²⁸ Esta disminución en las frecuencias obedece a la crisis por la cual estaba atravesando Delta, puesto que toda esta controversia inicia poco después de que la compañía presentara su solicitud para el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras.

¹²⁹ Cfr. Caso No. 05 B 17923 (ASH), 3-nov-2006. Chapter 11 *Delta Airlines Inc.*... op. cit. p. 4.

¹³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 2.

¹³¹ Cfr. *Ibidem*, p. 4.

determinar la obligación y se emitirá la orden de pago aproximadamente dos días después de presentada la solicitud¹³².

Los argumentos planteados por el gobierno para aducir que sí tienen la potestad para realizar el cobro pertinente mediante deducción de sus obligaciones es en relación a jurisprudencia respecto a casos de *Medicare* en el cual se efectuó dicho cobro. La diferencia entre *Medicare* y el caso de *Delta* es que para aquellos existe un estatuto que regula dichos cobros por la naturaleza de los mismos. Este reglamento establece que el principio de *automatic stay* o también conocido como *par conditio creditorum*, no era aplicable. Por su parte, el pago de tarifas aéreas no predispone un tratamiento especial en acuerdo a lo dispuesto por el *Transportation Payment Act*, ya que los pagos efectuados son pagos contractuales cancelados mensualmente por el monto indicado en la cuenta de la tarjeta de crédito tal y como lo hace cualquier persona con el pago de su tarjeta de crédito¹³³.

La cuestión que se discute posteriormente es sobre las figuras del *setoff* y *recoup* que consisten en el pago a realizarse cuando tanto deudor como acreedor tienen deudas entre sí, por ende, suponiendo que uno debe 10 y el otro debe apenas 3, el que debía inicialmente 10, podría cancelar únicamente 7 para así dar por terminadas las obligaciones. El gobierno solicitó la aplicación de esta figura sin embargo el tribunal considera que dicha figura no puede ser aplicada en todos los casos ya que cuando se formula un concurso preventivo, se estaría dando una prioridad a dicho acreedor sobre los demás, quien incluso tiene una obligación de pago pendiente. Ahora, cuando se trate de futuras deudas, éstas no podrán ser aplicadas para el cómputo de las obligaciones actuales finales¹³⁴.

Concluyendo los antecedentes de dicho caso, le cabe a la Corte decidir si es admisible o no el cobro por parte del Estado de pago en exceso que éste efectuó a favor de la empresa deudora desafiando directamente la *par conditio creditorum* y la

¹³² Cfr. Caso No. 05 B 17923 (ASH), 3-nov-2006. Chapter 11 *Delta Airlines Inc.*,... op. cit. p. 4.

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

¹³⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 17.

satisfacción de todos los acreedores así como el posible salvamento de la empresa tras imponer cobros inmediatos a la concursada.

En vista de lo expuesto, la Corte llega a las siguientes conclusiones:

And the Government as creditor in respect of a refund claim against an airline is no different from a non-government creditor of the debtor-airline — both are subject to the provisions of the automatic stay and Section 553 which are applicable to all creditors, including the Government, and which effectively limit the right of offset existing under non-bankruptcy law to offsetting re-petition claims and liabilities. [...] [T]he very purpose of these Bankruptcy Code provisions, among many others, is to insure equal treatment of all creditors so that no creditor, not even the Government, obtains an unfair advantage over others¹³⁵. [...]

As recently reaffirmed by the Supreme Court in Howard Delivery Service, discussed and quoted above, equal treatment of creditors is a central objective of bankruptcy jurisprudence. To grant the Government the setoff right here at issue would not only be inequitable, but unlawful as well¹³⁶.

Bajo los argumentos de la Corte que dispone que el gobierno no tiene preferencia alguna frente a los créditos dentro del concurso en cuestión, y que además, tomando en cuenta los principios fundamentales del concurso preventivo, todos los acreedores serán tratados por igual, incluyendo al Estado, concluye que éste, si no fuera tratado en igualdad de condiciones no solo que no sería equitativo para con los demás, sino que además sería ilegal hacerlo ya que la igualdad de acreedores es uno de los principales propósitos de la jurisprudencia de quiebras norteamericana.

Como conclusión del caso Delta, queda claro que cuando se trata de una eficiente aplicación del principio de conservación de la empresa, tras buscar la satisfacción de todos o la mayoría de los interesados dentro del procedimiento concursal, se prohíben preferencias de créditos así sea el Estado quien se vea involucrado. Frente a la empresa concursada, no importa realmente quienes son sus acreedores, sino el monto que debe cubrir y pagar a todos y cada uno de ellos. En

¹³⁵ Caso No. 05 B 17923 (ASH), 3-nov-2006. Chapter 11 *Delta Airlines Inc.*,... op. cit. p. 19

¹³⁶ *Ibidem*, p. 20

este sentido, la imposición de la totalidad de pago prioritaria a uno de los acreedores podría transgredir el acuerdo concordatario o el plan de reorganización planteado en un inicio o que se pretende plantear complicando el intento de subsistencia de la empresa y el pago de las demás acreencias.

2.7.1.2 Procedimiento Concursal bajo el Capítulo 11 de *Kmart Corporation*.

Las tiendas comerciales *Kmart* en Estados Unidos, para el año 2004, tenían un aproximado de 1500 locales en todo el país. Una vez que esta empresa solicita un concurso preventivo bajo el Capítulo 11 surgieron algunos problemas con ciertos acreedores por algunos contratos, visto que se levantó la prohibición de enajenar, y por ende el *automatic stay*, figura que ya se vio en el caso de *Delta*, para así poder llevar a cabo el acuerdo concordatario. Por esta razón, algunos contratos de licencias o *leasings* que mantenía la concursada se vieron afectados entre los que se encontraban, por ejemplo, las licencias de ventas de zapatos de *Footstar Inc.*¹³⁷

En el 2004 *Kmart* decide vender 54 de sus locales a otro gigante, *Sears* por un monto de 575.9 millones de dólares. Si bien *Kmart* seguía operando los cincuenta y cuatro establecimientos, poco después ésta debe informar a *Footstar Inc.*, que veinticinco de dichos establecimientos empezarán a ser manejados por *Sears* por lo que debía salir de ellos tras no existir ningún convenio con ésta. Adicionalmente, *Sears* anunció el cierre temporal de dichos establecimientos pues el concepto de los mismos cambiaría e incluso también se cambiaría el nombre a “*Sears Essentials*”. A la final, treinta de los cincuenta establecimientos pasarían por estos cambios¹³⁸.

Siendo este el caso, *Footstar Inc.* se vio obligada a abandonar dichos establecimientos por no tener acuerdo contractual alguno con *Sears*, sin embargo en noviembre de 2004 las compañías *Kmart* y *Sears* convienen una fusión la cual crea una tercera empresa llamada *Sears Holdings*. Aprobado por los accionistas de ambas

¹³⁷ Cfr. Caso No. 04 B 22350 (ASH), 10-may-2005. Chapter 11 *Kmart Corporation*. *United States Bankruptcy Court: Southern District of New York*. p. 2.

¹³⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 3.

compañías, la fusión concluyó en abril de 2005. Por este motivo, la empresa *Footstar Inc.* argumenta tener derechos sobre los acuerdos pactados anteriormente con *Kmart* y presenta la acción a la Corte la cual es finalmente desestimada por el Juez¹³⁹.

En cuanto a la fusión que se realizó que es lo importantes para tema de este estudio, el acuerdo al cual llegan los accionistas es que los locales de *Kmart* seguirían siendo operados por el personal administrativo del mismo, mientras que el personal de *Sears* operaría de igual manera los locales que le pertenecían previo a la fusión, además de los *Sears Essentials* que se formaron¹⁴⁰.

Ambas empresas formulan un acuerdo de operación y de transformación entre los locales para cumplirlo exitosamente. Por ejemplo, llegan a acordar sobre la remodelación de los locales que se convertirían en *Sears Essentials*. También sobre temas como que en vez de liquidar *Kmart*, éste dejaría de adquirir inventario, liquidaría el existente de manera normal en las tiendas y el exceso lo transferiría a otras tiendas que no estén atravesando la por dicha transformación. Poco a poco *Sears Essentials* empezará a tomar terreno dentro del local a manera que se agote el inventario que poseía previamente *Kmart*, incluso dándole la oportunidad a *Sears* de que obtenga las licencias necesarias para operar ciertos aspectos como las líneas de fármacos y el expendio de comidas. El proceso concluiría una vez que *Sears* tenga el control absoluto de dichos locales. Formalmente, la transformación se llevará a cabo en una noche en la que *Kmart* dejaría de existir en dicho local y éste a su vez comenzaría a funcionar como *Sears Essentials* tras haberse cambiado los códigos de facturación, letreros y demás¹⁴¹.

Finalmente, uno de los puntos más interesante es el que consiste en que todos los empleados que trabajaban previamente en dichos establecimientos para *Kmart* pasarán a formar parte de *Sears* sin necesidad de una liquidación por parte de *Kmart*. Por este motivo, el nuevo empleador tendrá la potestad de someter a cada empleado a las pruebas objetivas requeridas por la compañía para la contratación

¹³⁹ Cfr. Caso No. 04 B 22350 (ASH), 10-may-2005. Chapter 11 *Kmart Corporation*.... op. cit. p. 3, 15.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 3.

¹⁴¹ Cfr. *Ibidem*, p. 3, 4.

regular y a los entrenamientos requeridos para cada puesto. Adicionalmente, tendrá absoluto control sobre contrataciones, despidos, asensos, entrenamientos, horarios, salarios y demás aspectos laborales¹⁴².

Como se puede apreciar, el concurso preventivo iniciado por *Kmart Corporation* le brindó una segunda oportunidad que concluyó con el salvamento de la misma. Durante todo el proceso se realizó una profunda reestructuración e incluso se llegó a acuerdos entre un tercero interesado que fue *Sears*, alcanzando así una fusión importante que significó algo sumamente beneficioso para ambas empresas, para los empleados de *Kmart* que pudieron conservar sus trabajos tras evitar la quiebra de su compañía, así como para todos los proveedores y demás involucrados con el giro económica de la compañía. En cuanto al principio de conservación de la empresa, justamente fue el cuidar la unidad patrimonial de la concursada lo que hizo toda esta exitosa reestructuración posible. Empezó con la compra de apenas cincuenta locales y más adelante se vio que sería más práctico o eficiente realizar una fusión pues salvarían toda la empresa y no solo parte de ella. Esto adicionalmente les permitiría tener una mayor presencia en el mercado y compartir muchos aspectos comerciales entre la una y la otra y obtener así mayores beneficios.

2.8 Argentina.-

2.8.1 Concurso Preventivo de *Original Metal S.A.*¹⁴³

En relación a este caso, la compañía de la referencia solicitó un concurso preventivo el cual se concedió su apertura el 2 de junio de 2006. El fallo que declara dicha apertura establece los procedimientos que ha de seguirse para dar inicio al concurso. Sin embargo, aparte de las formalidades a las que dicho fallo debe hacer referencia, existen dos aspectos interesantes que se tratarán superficialmente y a

¹⁴² Caso No. 04 B 22350 (ASH), 10-may-2005. Chapter 11 *Kmart Corporation*... op. cit. p. 4.

¹⁴³ Caso No. 086880 *Original Metal S.A. S/ Concurso Preventivo*. Juzgado Nacional No. 10 Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal. Buenos Aires, Argentina; 2-jun-2006. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmas. <http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=1469>

manera de ejemplo sobre la aplicación del principio de conservación de la empresa. Sin embargo, por la importancia de estas figuras, éstas serán tratadas individualmente en el capítulo tercero de esta tesina.

La primera consideración que hace el Juez tras la recepción de la solicitud, es el analizar el caso en particular y designar fecha para realizar el sorteo público de síndicos nominados en la lista de categoría “B”. Esto se debe a que el concurso a realizarse se denominará un “pequeño concurso”. Como ya se verá más adelante, este procedimiento aplica para aquellas empresas que necesitan un trámite expedito dado su pequeño tamaño y capacidad económica. Sin duda, la aplicación de estas figuras es el resultado de la inspiración del principio de conservación de la empresa, y el Juez está absolutamente consciente de ello, por lo que, en concordancia con la ley, aplica la figura antes mencionada.

El segunda aspecto a considerar es el tema de los créditos laborales. El hace referencia a la importancia de cancelar dichos créditos por la posible situación de desventaja que tienen los trabajadores, quienes son un factor indispensable de la empresa, frente a los demás acreedores. Por este motivo, considera que los créditos deben ser cancelados de manera inmediata, pero eso sí, siempre prestando atención a la situación financiera real de la concursada, justamente por que lo que prevalece no es la satisfacción de dichos créditos, sino la conservación de las plazas de trabajo en consecuencia de la conservación de la empresa. Lo que sí otorga el Juez, es una prioridad de pago en relación a las demás acreencias, pero no en relación al salvamento de la misma.

Visto que el principio de conservación de la empresa comprende una concientización y por ende una congrua aplicación de figuras y procedimientos concursales con el fin último de salvar una empresa considerada viable, o la pronta y eficiente liquidación de aquellas que no lo son, el que el Juez opte por aplicar un sistema que le sea más conveniente a la empresa y que además, controle los pagos de las acreencias en virtud de su capacidad reglando y aplicando los privilegios de ley, es una clarísima aplicación de dicho principio.

CAPÍTULO III

Los Efectos Sustanciales y Procesales de la Implementación del Principio de Conservación de la Empresa en la Ley de Concurso Preventivo

Habiéndose ya estudiado el principio de conservación de la empresa y habiéndolo puesto en perspectiva con la legislación ecuatoriana en cuanto a las partes que lo contrarían, es prudente hacer un análisis de los efectos sustanciales y procesales que tendría la aplicación de este principio en la Ley de Concurso Preventivo. Es importante recalcar que algunos de los aspectos que se tratarán a continuación implicarían reformas a otras leyes o normativas de la legislación ecuatoriana que se ven relacionadas con el tema que se está tratando, sin embargo, el estudio únicamente se enfocará en analizar la ley de la materia (LCP) y su normativa (NPALCP) tratando los cambios respectivos y los efectos que se producirían en éstas, mientras que hará una breve referencia a las demás.

Como es obvio la introducción y aplicación de un principio fundamental y vanguardista del derecho concursal en la Ley de Concurso Preventivo provocaría algunos efectos principalmente de dos tipos: efectos sustanciales en la materia y

efectos procesales. Como efectos sustanciales se entenderá toda introducción y eliminación o modificación de figuras concursales que contemplen o atenten el principio de conservación de la empresa en la legislación. Los efectos procesales, por otra parte, se entenderán como aquellas introducciones, eliminaciones o modificaciones de elementos o potestades procesales que lleven a la aplicación del principio en cuestión. Estos cambios tienen como fin último el de homologar la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana con el principio de conservación de la empresa.

Algunos de los cambios que traería consigo este principio serían por ejemplo, en el ámbito sustancial, la implementación de figuras como el *cramdown power* y el denominado “pequeño concurso”, también permitiría la búsqueda de peritos especializados que cumplan el papel de supervisores y el dar un tratamiento distinto a los créditos laborales. A continuación se examinará cada uno de estos aspectos. En cuanto al aspecto procesal, esto implicaría realizar modificaciones al formato de solicitud, otorgar potestades de *Ius Imperium* al Superintendente de Compañías, fortalecer el principio de oficiosidad de dicha autoridad, e incorporar una instancia o recurso de revisión dentro del proceso.

3.1. Efectos Sustanciales.-

3.1.1 La Aplicación del *Cramdown Power*.-

Esta es una figura concursal contemplada por algunas legislaciones a nivel mundial, de las que sobresalen la legislación norteamericana y la argentina, la misma cuya implementación dentro de la legislación ecuatoriana, a opinión del autor de este estudio, sería el efecto sustancial más importante de la aplicación del principio de conservación de la empresa.

3.1.1.1 Concepto.-

El *cramdown power* es, dentro del orden de alternativas se encuentra entre un concordato incumplido y la quiebra. Es decir, es una alternativa que brindan ciertas legislaciones a seguir cuando el concordato celebrado inicialmente entre la empresa y

sus acreedores ha sido irrealizable, o simplemente falló. En esta situación la mayoría de legislaciones, sin la ecuatoriana ser la excepción, ordenan la terminación de concurso preventivo dando paso al proceso de quiebra. El *cramdown power* es una figura por la que se puede optar una vez que haya fracasado el concordato inicial para evitar la quiebra de la compañía y consecuentemente, un cobro satisfactorio de las acreencias.

3.1.1.2 Finalidad.-

Como se verá, el principio de conservación de la empresa es la motivación fundamental de esta figura, pues incluso es el aspecto que prevalecerá sobre la decisión de algunos acreedores. A grosso modo esta figura, como ya se verá más adelante, consiste en que el Juez llamará a una terna en la cual acreedores o terceros interesados, podrán presentar un nuevo plan de reestructuración bajo la premisa de la transferencia de las acciones o participaciones de la empresa. Cabe recalcar que esto no implica una liquidación de activos, sino la adquisición de la participación social de la empresa por parte de un tercero¹⁴⁴. Dicho esto, el Juez valorará cada propuesta y calculará el valor real de las participaciones o acciones y por ende del capital social de la empresa otorgándosela a la mejor propuesta. Al respecto ESCUTI y JUNYENT citan al autor Rivera quien dice:

En el caso de que dicho acuerdo resulte aprobado por las mayorías exigidas por la ley, quien haya formulado la propuesta deberá adquirir las cuotas sociales o acciones que representen el 100% del capital de la sociedad concursada, por su valor patrimonial reducido en la misma proporción en que fueran desminuidos los montos definitivos de los créditos de titularidad de los acreedores comprendidos en el acuerdo, calculados a valor presente.¹⁴⁵

La doctrina también consideran este procedimiento como aquel en el cual “se permite el rescate de la unidad productiva y, a su vez, se impone un principio de equidad, en virtud del cual los titulares del capital social de la sociedad concursada (socios o

¹⁴⁴ Cfr. I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS.,... op. cit. p. 387

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 386

accionistas) comparten el sacrificio común de los acreedores”¹⁴⁶. Prevalciendo de esta manera el interés común que implica la conservación de la empresa sobre el interés individual de los acreedores o deudor.

Uno de los aspectos más interesante de esta figura es que el valor a pagar tendrá como fin cubrir las acreencias o el porcentaje que se alcance a cubrir de las mismas. Esto quiere decir, que muchas veces éste valor no será suficiente para cubrir la totalidad de las acreencias como se aclaró en la cita del párrafo anterior, pero con el precedente de que no fue posible cumplir con el concordato inicial y siendo la quiebra el paso a seguir, el *cramdown* es una especie de venta en bloque con el fin de que un tercero reorganice la empresa, la reestructure y se evite un costoso y largo proceso de quiebra, se pague por lo menos parte de la deuda inicial a los acreedores¹⁴⁷ y además se conserve la empresa. El segundo aspecto interesante de esta figura es que el Juez será quien avalúe el capital social de la empresa y tiene la potestad de disminuir equitativamente el valor de las acreencias cuando este sea aprobado por una mayoría, o incluso aún cuando existan acreedores que se opongan a dicho acuerdo. Esta última parte difiere en virtud de cada legislación que lo aplica, pero esa es la regla general.

El *cramdown power* está implementado en legislaciones que consagran total o parcialmente el principio de conservación de la empresa, razón por la cual doctrinarios como los ya citados ESCUTI Y JUNYENT dicen que la doctrina ha considerado que la finalidad de esta figura, que consiste en la intervención de un tercero para salvar la empresa, es la aplicación del principio de conservación de la empresa, dándole la oportunidad de saneamiento, independientemente del empresario, a “los establecimientos económicamente útiles y viables”¹⁴⁸.

¹⁴⁶ I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS,... op. cit. p. 386

¹⁴⁷ Este es un aspecto importante, pues como se sabe, cuando se trata de empresas de responsabilidad limitada, además de la quiebra ser un proceso tedioso y complejo, si tras la liquidación de los bienes del deudor no se alcanzare a cubrir la totalidad de la deuda, no habría nada más que hacer (suponiendo que la quiebra fue lícita y por ende no cabe el levantamiento del velo societario para perseguir el patrimonio de los accionistas o socios). Con el *cramdown* si bien no se cubrirá la totalidad de las acreencias, el pago se efectiviza rápidamente evitando los remates liquidativos y demás procedimientos, además de que se conserva la empresa.

¹⁴⁸ I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS,... op. cit. p. 376

3.1.1.3 El *Cramdown Power* en la Legislación Argentina.-

Con este antecedente, se procederá a analizar la legislación argentina en lo que respecta el *cramdown power*. En el año 1995 la ley 24.522 introdujo la figura que se está tratando en materia de quiebras en la Argentina. Tras ésta haber sido derogada, la ley 22.589 del 2002 la implementó nuevamente en su artículo 13 ordenando que se la incorpore como el artículo 48 de la Ley de Concursos y Quiebras (24.522).

A continuación se hace una breve descripción del procedimiento que tiene esta figura en virtud de lo dispuesto por el artículo 48 de la ley antes mencionada. La figura del *cramdown power* o “cambio de mano” como también se la conoce en Argentina, es aplicable únicamente para sociedades anónimas, compañías limitadas y cooperativas según su primer inciso. Éste además dice que: “...vencido el período de exclusividad sin que el deudor hubiera obtenido las conformidades previstas para el acuerdo preventivo, no se declarará la quiebra, sino que:...”¹⁴⁹ Es en este punto que la ley menciona la apertura de la terna o registro para que se presenten las propuestas. En el caso de que no existieren interesados, la ley dispone que se procederá con la declaración de quiebra visto la imposibilidad de salvataje. Una vez que se hayan receptado las propuestas, se deberá evaluar las acciones o participaciones de la empresa concursada para determinar su real valor, el cual una vez fijado por el Juez, tiene carácter de ser inapelable. Es en este punto que la ley menciona la apertura de la terna o registro para que se presenten las propuestas. En el caso de que no existieren interesados, la ley dispone que se procederá con la declaración de quiebra visto la imposibilidad de salvataje.

Una vez fijado el valor del capital social representado en acciones o participaciones, los terceros interesados y el deudor se encuentran, en este momento, en una competencia por la titularidad de la empresa. El deudor tendrá la posibilidad de modificar el concordato inicial presentándolo nuevamente para así volverlo viable, o podrá formular una propuesta absolutamente nueva para consideración de los acreedores. Éste no tendrá preferencia alguna sobre los terceros que presenten

¹⁴⁹ Ley 25.589 Sancionada el 15 de mayo de 2002. *Concursos y Quiebras*. Modificatoria a las leyes 24.522 y 25.563. Art. 13 (incorpórese como art. 48 de la ley 24.522).

nuevos planes de acuerdo a lo dispuesto por la ley. Una vez que se hayan formulado las propuestas, éstas deberán ser presentadas a los acreedores quienes votarán por una o más propuestas que les interesen. Para este punto, El Juez llamará a una reunión informativa cinco días previos al vencimiento del plazo para presentar las propuestas finales que después de presentadas no podrán ser modificadas.

Tras haber sido analizadas las propuestas por los acreedores, ellos deberán comunicar su conformidad a quien haya formulado la propuesta de su elección, sea el deudor o cualquier tercero. Si es el deudor quien recibe la conformidad el procedimiento a seguir será el mismo que se siguió cuando se aprobó el primer concordato. Ahora, si la propuesta que se acepta es la de un tercero, esto tiene un trámite distinto. Dado esto, si el Juez llegase a considerar que el valor de las acciones o participaciones avaluadas no estuviesen por encima del valor real que reflejan las mismas sobre la realidad de la empresa concursada, el tercero tendrá el derecho de la transferencia de estas y la homologación del acuerdo. Sin embargo, cuando el Juez considere que el avalúo excede el valor real de las acciones o participaciones, se reducirán en la misma proporción a todos a valor presente tras dictamen del perito o evaluador. Hecha esta operación, el tercero tiene dos opciones a seguir. La primera, es que acepte dicho valor y que pagará dicho importe a los socios o accionistas después de la homologación del acuerdo y la transferencia de las acciones o participaciones. La segunda alternativa es que presente dentro de un plazo preestablecido una propuesta de compra de las acciones o participaciones inferiores a la que determinó el Juez. Esto deberá ser aceptado por los acreedores que representen las dos terceras partes de las acreencias de la concursada. Si la propuesta es aceptada se procederá con el pago, homologación y transferencia de las acciones o participaciones, pero si no se llegase a un acuerdo, el Juez declarará la quiebra.

Como se puede apreciar, la intención del *cramdown power* es la realización de un nuevo acuerdo preventivo por parte del deudor, o uno presentado por un tercero quien a su vez tendrá el derecho de adquirir la empresa concursada para así evitar la quiebra. La finalidad de esto último es, de acuerdo a DASSO quien es citado por

ESCUTI Y JUNYENT: “[la recuperación], cuando fracasada aquélla se encuentra ya inmersa en el proceloso mar de la insolvencia, con un componente adicional, separar la empresa del empresario que fracasó en su gestión”¹⁵⁰. Por ende, la exclusión de aquel empresario quien no pudo cumplir con el intento de salvataje de la empresa deberá ser removido de su gestión dando paso a un tercero para que lo haga. Una vez que la concursada es adquirida por un tercero, ésta tendrá que cumplir que el nuevo plan que se ha propuesto y aceptado, lo que no quiere decir que por la transferencia la misma queda exenta del pago de sus acreencias. Implica el cambio de mando para perseguir un nuevo acuerdo que se supone es realizable y cubrir las acreencias aún pendientes.

La terminología de la figura que se ha venido tratando, dicen ESCUTI Y JUNYENT¹⁵¹ en el índice de su obra que está mal utilizada puesto que en estricto derecho, la figura del *cramdown* otorga una potestad única al Juez en la legislación norteamericana, que no es precisamente el caso con la argentina. Esto se estudiará a continuación.

3.1.1.4 El *Cramdown Power* en Estados Unidos.-

Ya se vio en qué consiste esta figura concursal en aspectos generales, sin embargo, y como es obvio, tiene sus diferencias dependiendo de la legislación en la que se aplique. Esta figura de origen anglosajón fue adoptada por los argentinos y modificada volviéndola un poco restrictiva en cuanto a la potestad del Juez y aplicación por parte de los deudores, pero quizás más permisiva con los terceros interesados. Es precisamente por este aspecto que en el párrafo anterior se hizo referencia a la opinión de los autores ESCUTI Y JUNYENT con respecto a que ellos consideran que en Argentina el *cramdown* está mal llamado, y que debería llamarse “cambio de mano”.

Tras haberse realizado un análisis del art. 48 de la ley 24.522 argentina, se pudo apreciar algunas de las restricciones que establece la misma, como por ejemplo, el

¹⁵⁰ I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS. ,... op. cit. p. 376

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 375.

hecho de que esta figura puede ser únicamente aplicada por sociedades anónimas, compañías limitadas o cooperativas mientras que la legislación americana permite que se aplique a cualquier tipo de empresa¹⁵². En cuanto a la restricción del Juez, en el caso argentino se puede rescatar que el Juez tiene poder de decisión, pero éste aún esta opacado por la voluntad de los acreedores, mientras que el *US Code* sobre el *Bankruptcy Act* le otorga al Juez con la potestad de poder imponer un nuevo acuerdo a todos los acreedores por encima de su voluntad siempre y cuando se considere que el mismo es *fair and equitable* (justo y equitativo) para con todos¹⁵³. Finalmente, a diferencia de la ley argentina, la estadounidense exige a los terceros que presenten un plan de empresa¹⁵⁴, o lo que se lo conoce en inglés como un *business plan*. La importancia de este aspecto es que para el Juez americano es importante que se hayan realizado los estudios de mercadeo pertinentes además de estudios de factibilidad y viabilidad del plan presentado para determinar lo más conveniente para todos. Pues, como ya se vio, existen ocasiones en las que una liquidación es la mejor alternativa.

Retomándose el tema de la terminología, la palabra “*cram*” se refiere a “forzar” algo, mientras que “*down*” hacer alusión a la palabra “abajo”, y “*power*” a “poder”. Visto esto, *cramdown power* se refiere al poder que tiene un Juez a forzar la reducción de las obligaciones, en este caso acreencias, e incluso se refiere que tiene la potestad de forzar la voluntad de los acreedores a aceptar un acuerdo por más que éste vaya en contra de sus voluntades. Para este efecto, los autores antes citados dicen que esta figura “consiste en la facultad que tiene el tribunal de considerar, a los efectos del cómputo de las mayorías del acuerdo, en forma positiva (afirmativa) a las categorías disidentes (que no dieron conformidad con el plan)¹⁵⁵”.

Los deudores en la legislación americana tienen cierto trato preferencial, pues tendrán la exclusividad para presentar una nueva propuesta, sin embargo, si el plazo para hacer lo mismo venciere, podrán hacerlo terceros interesados¹⁵⁶. Aprobado el

¹⁵² Cfr. I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS.,... op. cit. p. 379.

¹⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 379.

¹⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 379.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 381.

¹⁵⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 380.

nuevo acuerdo, se deberá llevar a cabo la homologación para lo cual, de ser necesario se aplicará el *cramdown power* por parte del Juez para intentar alcanzar el acuerdo presentado. Una vez aplicado el *cramdown* los títulos serán reducidos equitativamente, sin embargo ningún título podrá ser reducido cuando uno o más reciban su importe por el 100% o más afectando así aunque sea a un crédito¹⁵⁷.

Como se puede apreciar, las figuras en rasgos generales son iguales, sin embargo, existen ciertas diferencias que derivan de su facilidad de aplicación en cada legislación. Por esta razón, la implementación de esta figura en la legislación ecuatoriana sería una práctica herramienta que claramente consagraría el principio de conservación de la empresa. Obviamente la misma debería ser estudiada para homologarla dentro de la legislación y hacerla compatible con otras disposiciones legales, pero en esencia seguiría siendo la misma, como es el caso con la legislación argentina en comparación de la estadounidense.

3.1.2 Designación de Supervisores Peritos.-

Otro de los efectos a considerar de la aplicación del principio de conservación de la empresa dentro de la legislación ecuatoriana es el de la promoción de personal preparado, de peritos¹⁵⁸, para que hagan las veces de supervisores dentro de un procedimiento de concurso preventivo, y así, al ser conocedores de la materia, conduzcan a las empresas por el mejor camino posible para su pronto y efectivo saneamiento.

3.1.2.1 El Supervisor.-

A continuación, se procederá con un breve análisis respecto al supervisor y sus funciones en virtud de lo establecido por la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana

¹⁵⁷ Cfr. I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS.,... op. cit. p. 382.

¹⁵⁸ Este punto sería también aplicable en cuanto a la nominación de síndicos en un proceso de quiebra, puesto que personal más calificado puede llevar a la empresa por un procedimiento rápido y efectivo, lo que a su vez significa un menor costo para el deudor y los acreedores. Sin embargo, al tratarse este estudio exclusivamente sobre concurso preventivo, no se ahondará en el tema del síndico.

para entender el propósito fundamental que éste desempeña dentro del procedimiento.

En virtud de lo establecido en el art. 13¹⁵⁹ de la ley, se puede observar la importancia que tiene el rol del supervisor dentro de un concurso preventivo, pues hará las veces de informante entre la empresa concursada, los acreedores y la Superintendencia de Compañías. Adicionalmente, será el supervisor quien realice los estudios de viabilidad de las bases presentadas para la celebración del concordato preventivo, lo que es una de las funciones más importantes a realizarse por todas las implicaciones del caso. Otro aspecto importante es que él será quien autorice con su firma todas las actuaciones o actos realizados por el concursado, lo que implica la necesidad de un altísimo nivel de objetividad frente a toda situación para precautelar los intereses comunes.

Esto último hace caso al supuesto de la posibilidad de que uno o varios de los acreedores con mayoría porcentual de acreencias puedan tener intereses ocultos de liquidación de la compañía por un sin número de razones, por ejemplo, suponiendo que uno de los acreedores sea la compañía que es competencia directa de la concursada, podría tener una gran motivación de auspiciar su liquidación para obtener la participación porcentual que ésta tenía dentro del mercado. Por ejemplo, en el concurso preventivo que tenía como empresa concursada a Molinos La Unión S.A., el supervisor del proceso envió un escrito al Superintendente de Compañías con fecha 2 de octubre de 2007 informando a éste un supuesto desinterés por parte de dos de los acreedores por llevar a cabo el proceso razón por la cual insinúa que se debe dar por terminado el mismo llevando a la empresa a su liquidación.

Lamentablemente, Señor Superintendente, el compromiso asumido por el Banco del Pichincha y el PRODUBANCO, en la reunión mantenida con Usted el pasado 22 de mayo, que fue reiterado en la comunicación que en representación de los dos bancos le envió el Dr. Patricio Peña el pasado 30 de mayo, para mantener y apoyar el concurso preventivo de Molinos La Unión, llega a este triste corolario frente a una

¹⁵⁹ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 13.

situación evidente e insostenible de una empresa cerrada y en completo deterioro económico y financiero¹⁶⁰.

Como se puede observar de lo expuesto anteriormente, según el informe el supervisor encargado del proceso, dos de los acreedores del mismo no tenían interés alguno en salvar la empresa, sin embargo, éstos presentan el 19 de noviembre de 2007 un escrito al Superintendente informándole que esa opinión por parte del supervisor es falsa. Al leer dicho informe se desprenden dudas con respecto de los intereses propios del supervisor, pues las entidades bancarias antes mencionadas alegan haber realizado importantes contribuciones para con el concordato e intentan demostrar su real interés en la conservación de la empresa.

Las instituciones financieras que representamos realizaron todos los esfuerzos posibles para sostener un concordato al cual apostamos como el mejor mecanismo para permitir la conservación de fuentes de trabajo para aproximadamente un centenar de colaboradores de Molinos La Unión y para preservar nuestras acreencias. Consecuentemente con este compromiso, no solo que impulsamos el primer proceso concordatario iniciado esa solicitud de los acreedores en el país, sino que capitalizamos la cantidad de US\$ 12,571,963.00 (doce millones quinientos setenta y un mil novecientos sesenta y tres dólares) y facilitamos que la compañía pudiera acceder a recursos adicionales, acordando líneas de financiamiento directo con los proveedores de la empresa. A partir de la aprobación del acuerdo concordatario, hemos otorgado, adicionalmente, facilidades de financiamiento de capital de trabajo por una suma superior a la prevista en el plan de rehabilitación¹⁶¹.

El escrito antes referido continúa haciendo referencias a hechos ocurridos durante el proceso y se denota un claro interés contradictorio entre el supervisor y dos de los acreedores. Estos intereses no pueden ser motivo de terminación de un concurso preventivo, pues como ya se ha dicho, no es el interés de los particulares el que debe primar.

La disposición legal otorgando facultad a los acreedores para que sean ellos quienes presenten la terna de posibles supervisores puede afectar negativamente el satisfactorio desenvolvimiento del concurso preventivo y la celebración de un

¹⁶⁰ Comunicación presentada al Superintendente de Compañías, Dr. Gonzalo Merlo, el 19 de noviembre de 2007 por parte de Banco del Pichincha y Produbanco. p. 1.

¹⁶¹ Comunicación presentada al Superintendente de Compañías, Dr. Gonzalo Merlo.... op. cit. p. 2.

concordato dado por intereses interpuestos y ajenos que se pueden presentar atentando directamente a la conservación de la empresa. En el ejemplo que se citó, el supervisor fue presentado por la terna de uno de los varios acreedores que participaron en ese proceso, y consecuentemente, el riesgo que se corre es que justamente el supervisor obedezca los intereses de quien lo nominó afectado el proceso, a los demás acreedores, al deudor y a todos lo que se ven de una u otra forma afectados. Por esta razón, es indispensable que la Superintendencia de Compañías cuente con una lista de peritos calificados y que sea el mismo Superintendente o su delegado quien además de designarlos, estudie cada caso en particular en comparación con los méritos de los peritos listados para así determinar qué perito convendría más al interés general.

3.1.2.2 Designación de Síndicos en Argentina.-

Dentro de la legislación argentina, la ley 24.522 establece en su artículo 253 los requisitos que deberá cumplir un individuo para poder ser considerado dentro de un procedimiento concursal como síndico¹⁶². Adicionalmente, establece el procedimiento que deberá llevarse a cabo y quien es la persona indicada para designarlo. Como ya se vio, en el Ecuador los supervisores son designados en base a una terna presentada por los acreedores en la que constan personas que ellos consideren calificadas. Adicionalmente, la ley no establece ningún tipo de requisito objetivo que los candidatos deban cumplir. A falta de un proceso de filtración, el procedimiento es vulnerable de someterse a intereses particulares. La ley argentina prevé esta situación, por lo que además de establecer parámetros objetivos para considerar candidatos, se establece el procedimiento que se deberá seguir para la

¹⁶² Para el tema que se está tratando es importante que se haga una aclaración terminológica entre síndico y supervisor. Dentro de la legislación ecuatoriana, síndico es aquel encargado de llevar a cabo el procedimiento de quiebra y liquidación, mientras que cuando se trata de un procedimiento de concurso preventivo, el encargado de hacerlo es el supervisor. En la legislación argentina, al llevarse todos los trámites concursales ante un juzgado de concursos y quiebras, en ambos casos quien lleva a cabo los procedimientos es el síndico, aunque cumple básicamente con las mismas funciones que un supervisor en el Ecuador.

designación. A continuación se hará referencia al artículo 253 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras sobre la designación del síndico¹⁶³.

La ley establece que las personas particulares con títulos de contadores públicos, licenciados en administración de empresas, licenciados en economía y los abogados con una antigüedad mínima de cinco años contado desde la fecha de expedición de su matrícula profesional; así como la colectividad consistente en estudios de contadores, licenciados de administración de empresas, licenciados en economía y abogados podrán postular su candidatura sindical. Además de tener que reunir dichos requisitos, se dice que se tomarán en cuenta el historial académico y profesional, experiencia sindical previa y se establece prioridad a aquellas personas que tengan especializaciones universitarias en materia de sindicatura concursal. Una vez que se tengan los candidatos, le corresponde a la Cámara de Apelación el formar dos listas que estarán integradas en su totalidad por profesionales. Estas listas serán de categoría A o categoría B de acuerdo al nivel de preparación de los síndicos que las integran y se formarán cada cuatro años. Dentro de ellas se incluirán quince o más síndicos y diez suplentes por cada juzgado.

Una vez que ya se han formado las listas, cuando se presente un concurso preventivo o una quiebra, se realizará un sorteo público de entre los integrantes de las listas. En virtud de la complejidad del caso que se fuere a tratar, se clasificará el mismo dentro de categoría A o B determinando así la lista de la cual se sorteará el síndico. La designación final del síndico por parte del Juez es inapelable. Durante el tiempo que el síndico designado lleve el proceso, éste será excluido de la lista de candidatos siendo remplazado por uno de los suplentes. Sin embargo, si el procedimiento preventivo llega a la declaratoria de quiebra de la empresa, será el mismo síndico quien lo tramite, salvo cuando la quiebra se de por incumplimiento del concordato. Finalmente, de considerarlo pertinente el Juez podrá designar a más de un síndico dado la complejidad de ciertos casos, o incluir nuevos síndicos una vez

¹⁶³ Cfr. Proyecto de Ley 047: 10-may-2007. *Concursos y Quiebras, Ley 24.522: Modificación del Artículo 253*. Expediente 2153-D-2007.

que el proceso ya haya iniciado siempre y cuando dicha medida sea fundamentada y se entregue lo que la ley llama un “régimen de coordinación de la sindicatura”.

Como se puede observar, la ley argentina pertinente es realmente específica en lo que a designación de síndicos se refiere, estipulando requisitos, y sobretodo, independizando su nominación de los acreedores, mientras que la ley ecuatoriana carga esta responsabilidad en los acreedores, que como se dijo anteriormente, puede ocasionar conflictos de intereses. Aplicando el principio de conservación de la empresa a este aspecto en concreto, en Argentina prevalece la salvaguarda del interés común obedeciendo éste, mientras que la ecuatoriana al otorgar esa facultad a los acreedores vela por sus intereses y no por la de todos.

3.1.2.3 Designación de Síndicos en Chile.-

Chile es otro ejemplo legislativo en cuanto a la designación de Síndicos. Parte del mismo principio que el de los argentinos, es decir, el de conservación de la empresa. Ellos son conscientes de la importancia de tener personal preparado y además, imparciales en cuanto a los intereses de los particulares que intervienen en los concursos o quiebras. El ente competente de conocer esta materia en Chile es la Superintendencia de Quiebras, la cual tiene una Nómina Nacional de Síndicos que actualmente tiene 109¹⁶⁴ síndicos activos. Los casos de quiebras y concursos preventivos serán sorteados entre éstos y en virtud de su experiencia.

3.1.3 Aplicación de Concursos Preventivos a Empresas que no se Encuentren Bajo el Control y Vigilancia de la Superintendencia de Compañías.

Como ya se vio, la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana es discriminatoria en cuanto a las empresas que pueden optar por este procedimiento ya que su artículo uno dispone que “las compañías constituidas en el país, sujetas a vigilancia y control

¹⁶⁴ Cfr. Superintendencia de Quiebras; *Síndico Transparente: Nómina Nacional de Síndicos*. Consultada en 5 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.squiebras.cl/sindicotransparente/nomina_sindicicos.html

por la Superintendencia de Compañías... no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites de concurso preventivo¹⁶⁵". Si se pone en contraste esta disposición con la del art. 431 de la Ley de Compañías que dispone cuales son las compañías o empresas sobre las cuales la Superintendencia de Compañías ejerce control y vigilancia, es notoria la exclusión de algunas especies de empresas. Visto que no se tratarán las sociedades civiles¹⁶⁶ dentro de este estudio por no ser el comercio su razón de existir, únicamente se remitirá a las sociedades, compañías o empresas comerciales que se ven excluidas de la posibilidad de solicitar un concurso preventivo.

La ley de Compañías en su artículo 2 establece cinco especies de compañías: la compañía en nombre colectivo, comandita simple y comandita dividida por acciones, las compañías limitadas, sociedades anónimas y compañías de economía mixta¹⁶⁷. Además, la ley reconoce a las compañías accidentales y las de cuentas en participación¹⁶⁸. Ahora, de las que se acaban de mencionar, las compañías nacionales que se encuentran bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías son: sociedades anónimas, comanditas por acciones, compañías limitadas y las compañías de economía mixta. Todos los demás tipos de empresas consagradas por la legislación ecuatoriana no pueden solicitar un concurso preventivo por más que se encuentren en un estado de cesación de pagos de acuerdo a las condiciones establecidas por la LCP. Un ejemplo de este tipo de sociedades discriminadas son las EURL o Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada¹⁶⁹, la misma que sigue siendo una empresa tal como lo dice su nombre y su finalidad el comercio. Otro tipo de empresa que acaba de ser implementado por la legislación es la de las Empresas

¹⁶⁵ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 1.

¹⁶⁶ Es importante recalcar que existen sociedades civiles contempladas por la legislación ecuatoriana, sin embargo, éstas tienen ciertas similitudes con las sociedades comerciales pero no se las tomará en cuenta en este estudio por no ser el comercio la principal razón para su formación.

¹⁶⁷ Este tipo de compañías fue derogada el 16 de octubre de 2009 tras la publicación en el Registro Oficial de la Ley de Empresas Públicas.

¹⁶⁸ *Ley de Compañías...* op. cit. Art. 2.

¹⁶⁹ *Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada*. Registro Oficial No. 196: 26-ene-2006.

Públicas¹⁷⁰, las cuales también deberían poder optar por someterse a este procedimiento ya que al interactuar en el comercio corren el riesgo, como es obvio, de entrar a una crisis eventualmente. Por este motivo, no existe razón lógica para privar a empresas que pueden contraer obligaciones y por ende verse inmersas ante una eventual situación de crisis independiente de la especie societaria legal que se les quiera dar.

Quizá lo que inspiró dicha limitación es el intentar reservar el concurso preventivo para empresas que comprendan cierta magnitud y por ende su crisis implique una verdadera afección a la sociedad, sin embargo, si uno analiza las condiciones con respecto al monto del pasivo, o número de empleados que una empresa debe tener para poder solicitar un concurso dispuestas en el mismo artículo uno de la LCP, las mismas no son exigentes. Es decir, una EURL fácilmente puede cumplir esos presupuestos, así como una compañía en nombre colectivo o también una comandita, significando esto que la magnitud no necesariamente se mide por el tipo societario bajo el cual se rige una empresa, sino bajo parámetros más objetivos como son un pasivo, plazas de trabajo creadas, ventas, exportaciones, entre otros. Por este motivo, a opinión de este autor, el primer artículo de la LCP es absolutamente atentatorio contra el principio de conservación de la empresa, pues reiterando lo antedicho, existen otras empresas consagradas por la legislación ecuatoriana que no se rigen por la Superintendencia de Compañías pero que igualmente pueden verse afectadas por crisis como es obvio.

3.1.3.1 Empresas Sujetas a Concurso Preventivo o *Chapter 11* en la Legislación Norteamericana.-

En esta línea, existen legislaciones que permiten incluso que empresas e instituciones del sector público soliciten un procedimiento preventivo para evitar la quiebra. Así es el caso del Capítulo Noveno del Título 11 del *US Code*¹⁷¹, el cual

¹⁷⁰ *Ley Orgánica de Empresas Públicas*. Registro Oficial No. 48 -Suplemento: 18-oct.2009.

¹⁷¹ *U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 9: Municipality Bankruptcy.*

regula la crisis de Municipios, por ejemplo. Solo por el hecho de que estas instituciones generalmente cuentan con fondos públicos para subsistir, no las hace necesariamente eficientes y económicamente viables, sino que simplemente subsisten por dichos ingresos, pero de igual manera representan una carga para el Estado. Una reestructuración adecuada de las mismas permitiría que superen, a largo plazo, la constante problemática sobre el déficit que sufren para desarrollar con naturalidad sus actividades. La diversidad de instituciones distintas en naturaleza existentes es irrelevante para la aplicación de medidas preventivas puesto que, en lo que sí coinciden todas, es que éstas necesitan de capital y dinero para realizar sus actividades indistintamente de cuales fueren, y sin excepción alguna. Incluso, todas requieren de una administración en cualquier figura que se la implemente, que son quienes deberán contar con herramientas suficientes para afrontar las distintas situaciones que se pueden presentar.

En consecuencia con lo dicho anteriormente sobre los Municipios, el Código de Quiebras de EE.UU. tiene una organización bastante interesante, la cual parte de la naturaleza misma del negocio y no de la naturaleza del sujeto en sí. Es decir, cada capítulo rige el procedimiento a seguirse y los que incumben a la reorganización o concurso preventivo son los capítulos 9, 11, 12, 13 y 15¹⁷². Como ya se mencionó, el capítulo 9 trata sobre la reorganización de Municipios, que por su naturaleza debe ser tratado distinto que una compañía privada o una persona natural. El capítulo 11 es el más conocido y el que más semejanzas tiene con un procedimiento de concurso preventivo ecuatoriano o argentino, pues está dedica principalmente a empresas y grandes corporaciones, sin embargo, esto no excluye que una persona natural, comerciante o no, pueda solicitar una reorganización a través de dicho capítulo, es decir, no es exclusivo para personas jurídicas y peor para solo cierto tipo de ellas, sino que es aplicable a cualquier sujeto de derecho que crea conveniente una reorganización bajo los preceptos y condiciones que dicho capítulo brinda. El capítulo 12 consiste también en la reorganización pero para empresas dedicadas

¹⁷² Cfr. *U.S. Courts. Bankruptcy Basics*. Consultado en octubre 25 de 2009. Disponible en: <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics.html>

específicamente a la pesca y a la agricultura. Esta es una diferenciación demás interesante puesto que parte de la lógica que al tratarse el giro de dichas empresas sobre productos perecibles y de temporadas, no puede tratárseles de igual manera que una compañía que no depende de dichos factores. Por este motivo, los plazos y condiciones varían para estas empresas para brindarles mayores facilidades tomando en cuenta la naturaleza de su actividad económica. El capítulo 13 consagra la posibilidad de reorganización de personas naturales no comerciantes que perciben un salario regular. Es decir, el Estado reconoce que cualquier persona natural que tenga un trabajo y perciba un salario fijo es también sujeto susceptible de enfrentar una crisis, ya sea por deudas adquiridas por tarjeta de crédito, sobregiros en el banco, hipotecas, en fin. Este capítulo en particular se estudiará a profundidad más adelante. Finalmente, existe el capítulo 15 que se refiere a procedimientos de quiebra o reorganización cuando existen interesados, bienes, empresas o personas naturales de distintos países. Es decir, dada la complejidad del caso, debe otorgársele un tratamiento diferenciado y especializado de derecho internacional privado para la homologación de la ley de quiebras o reorganización pertinente. Mediante este capítulo se busca la cooperación entre las cortes norteamericanas y cortes de los demás países involucrados para llevar a cabo de la mejor manera posible la crisis de la empresa en cuestión¹⁷³.

3.1.3.2 Empresas Sujetas a Concurso Preventivo en la Legislación Argentina.-

El artículo segundo de la ley 24.522 argentina, establece los sujetos comprendidos que pueden ser declarados en concurso preventivo. Al respecto dicho artículo dice que: “[p]ueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en las que el Estado Nacional, Provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su

¹⁷³ U.S. Courts. *Bankruptcy Basics*... op. cit. Chapter 15.

participación¹⁷⁴). Tras ser sumamente general en el encabezado, pues realmente no se entiende mucho en lo que se refiere a personas de existencia visible o las de carácter ideal, a continuación dicho artículo dice que adicionalmente a éstas, se considerarán incluidas además las siguientes: el numeral primero trata de las personas fallecidas y sus patrimonios previos a la división o liquidación del mismo por la sucesión. Y, el segundo numeral trata de los deudores que se encuentran domiciliados fuera de la República Argentina pero cuyos bienes se encuentran dentro del país. Visto esto, se entiende que toda empresa, sociedad, o compañía, independientemente de que se dedique al comercio o no, incluso personas naturales, podrían ser sujetos de concurso preventivo pues son personas de existencia visible o de carácter ideal.

Las únicas entidades o empresas que se ven excluidas por esta ley son las de las excepciones del artículo antes citado. La ley claramente excluye a las personas naturales o jurídicas que se rigen por las leyes 20.091, 20.321 y la 24.241 que son sobre el Régimen de los Aseguradores y su Control, Ley Orgánica de Asociaciones Mutuales y del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, respectivamente. A parte de éstas, se entiende que cualquier otro tipo de sujeto o persona legalmente capaz para contratar podría sujetarse a dicho procedimiento.

3.1.4 El “Pequeño Concurso” como Alternativa al Concurso Preventivo.-

En Argentina la legislación implementa una figura alternativa al concurso preventivo dedicado específicamente a pequeñas y medianas empresas (PYMES) entendiendo que sus necesidades son distintas a las de grandes empresas. Esta figura se la conoce como la del “pequeño concurso”. ESCUTI Y JUNYENT dicen que la “la ley regula lo que se ha dado en llamar pequeño concurso o pequeña quiebra, para el caso de deudores que, por la escasa envergadura de su empresa o negocio, requieren un procedimiento abreviado y más sencillo que el ordinario¹⁷⁵”.

El propósito de esta figura es el de ayudar a empresas que no cumplen necesariamente con los requisitos patrimoniales impuestos por la ley para poder

¹⁷⁴ Ley 24.522 sancionada: 20-jul-1995. *Ley de Concursos y Quiebras*. Art. 2.

¹⁷⁵ I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS. ,... op. cit. p. 31.

solicitar un concurso preventivo, pero que aún así, estén atravesando una crisis. Como bien dicen los autores antes citados, estas empresas necesitan de un procedimiento expedito pues generalmente carecen de recursos para soportar una crisis prolongada. Adicionalmente, un concurso preventivo es un procedimiento costoso y muchas veces estas PYMES podrían quebrar con el solo hecho de tener que cancelar las costas requeridas.

Dadas las facilidades que presenta esta figura, la legislación argentina, para que la mala fe no sea un factor de incidencia en este “pequeño concurso”, le ha otorgado la potestad a los jueces para realizar un análisis de oficio y ver si la solicitud del deudor aduciendo la pequeña empresa, es consecuente con la realidad, para así tomar una decisión final sobre el procedimiento a seguir. Existen empresarios que pueden tomar medidas atentatorias contra terceros para que su empresa cumpla con los requisitos para un pequeño concurso, como por ejemplo, despedir empleados evitando así la aplicación del concurso preventivo ordinario¹⁷⁶. Ahora, si bien este es un procedimiento que se encuentra dentro de la legislación argentina, el mismo no está desarrollado plenamente como se podrá observar a continuación en el análisis respectivo de la norma pertinente, sin embargo, parte de la doctrina considera que es un elemento fundamental y que debería dársele más importancia en virtud de las facilidades que implica haciendo honor al principio de conservación de la empresa.

La ley argentina trata al pequeño concurso en su Título IV de la Ley 24.522, la cual, en términos generales entiende como pequeño concurso a todo aquel en el cual el deudor denuncie un pasivo inferior a cien mil pesos, que no existan más de veinte acreedores quirografarios y que el deudor no posea más de veinte empleados¹⁷⁷. Estas condiciones objetivas son las que calificarían a una empresa o deudor como “pequeño” para que de esta manera puede ser parte de un proceso que tiene ciertas ventajas. El artículo 289 de la misma ley norma las regulaciones generales de este “pequeño concurso” y establece que en estos procesos no será necesario presentar una información detallada y valorada del activo y pasivo, así como la nómina de

¹⁷⁶ Cfr. I.A. ESCUTI, Y F. JUNYENT BAS. ,... op. cit. p. 156.

¹⁷⁷ Ley 24.522... op. cit. Art. 288.

acreedores con toda su información detallada requeridos por el artículo 11 de la misma ley para los concursos ordinarios. Tampoco será necesario presentar la constitución de los comités de acreedores y tampoco le será aplicable lo dispuesto por el artículo 48 sobre el *cramdown power* o salvataje. Asimismo dispone que “el controlador del cumplimiento del acuerdo estará a cargo del síndico en caso de no haberse constituido comité de acreedores. Los honorarios por su labor en esta etapa serán del 1% (uno por ciento) de lo pagado a los acreedores¹⁷⁸”.

3.1.5 Personas Naturales en Calidad de Comerciantes o no Comerciantes que Pueden Solicitar Concurso Preventivo.-

El Código de Comercio ecuatoriano, como ya se vio, en su segundo artículo trata el concepto de “comerciante”. Por éste se entiende toda persona, jurídica o natural, que tiene capacidad legal para obligarse y contratar, y que hacen del comercio su profesión habitual¹⁷⁹. Como se puede observar, el Código no hace discriminación alguna en cuanto a la calidad de la personería para denominarlos comerciantes, por lo que queda claro que mientras el comercio sea su actividad principal, serán comerciantes. Partiendo de este punto, es incluso discriminatorio que el concurso preventivo sea aplicable únicamente a personas jurídicas, siendo que éstas no tienen el monopolio del comercio dentro del mercado. Las personas naturales dedicadas al comercio juegan un rol importante dentro de la economía por lo que su crisis y quiebra tiene un efecto negativo sobre la sociedad. La ley, a través del Código de Procedimiento Civil, aplica la quiebra a todo comerciante indistintamente de su personería, sería solo lógico que los mecanismos preventivos de ésta también sea aplicada a todo comerciante indistintamente de su personería.

Siendo el crédito un elemento básico de las economías actuales, hay legislaciones que incluso contemplan la posibilidad de que personas no comerciantes apliquen a procedimientos preventivos. Esta idea parte del hecho de que una persona al cumplir mayoría de edad puede contraer obligaciones, las que en su mayoría son de

¹⁷⁸ Ley 24.522... op. cit. Art. 289.

¹⁷⁹ Código de Comercio... op. cit. Art. 2.

aspecto patrimonial. Una mala administración o la mera irresponsabilidad del obligado podría acarrear en una crisis patrimonial personal que afecta a terceros tras tener acreencias para con él. Incluso, remontándose a hechos recientes, uno de los aspectos que desencadenaron la crisis financiera mundial a finales del 2008 fue justamente el manejo desmesurado o irresponsable del crédito otorgado a personas que no necesariamente lo utilizaban para el comercio que después se vieron en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones. El efecto que tuvo este incidente fue enorme. Por este motivo, la implementación de figuras preventivas para no comerciantes es tan válida como el ya implementado procedimiento de liquidación y rehabilitación conocido como concurso de acreedores.

Si la legislación ecuatoriana hace un reconocimiento expreso de que las personas comerciante y no comerciantes son susceptibles de afrontar una insolvencia, razón por la cual incorpora en su legislación las figuras del concurso de acreedores y la quiebra, reiterando lo antes dicho, no existe razón lógica alguna para privarles de un procedimiento preventivo adecuado.

3.1.5.1 El Capítulo 13 o *Chapter 13* del *US Code, Title 11, Bankruptcy Law*.

Este sea posiblemente el más conocidos de los capítulos dedicados a temas concursales en Estado Unidos. La organización de la legislación norteamericana con respecto de este tema es impecable, pues del Código de EE.UU., el cual regula o codifica varios aspectos sustanciales de la legislación, en su Título 11 regula el tema de las crisis. Este título está dividido por capítulos y cada capítulo atiende a una necesidad distinta. El primer capítulo pertinente es el siete, el mismo que trata sobre la liquidación del patrimonio del deudor, sea persona natural o persona jurídica independientemente de la naturaleza de comerciante. El capítulo nueve, como ya se vio, trata el tema de ajuste de deudas de las municipalidades. El capítulo once que es el que se refiere al tema tratado en esta tesina, trata la reorganización o lo que se entendería como concurso preventivo. Dicha reorganización también es

independiente a la naturaleza del deudor, ya sea persona natural o jurídica. El capítulo doce trata de comerciantes dedicados a la pesca o agricultura tomando en cuenta que por la naturaleza de sus actividades requieren de ciertos tratos diferenciados. El capítulo trece se refiere al ajuste de deudas de un individuo con ingresos regulares y es el que se tratará en seguida. Finalmente, el último capítulo instaurado en la ley de quiebras norteamericana fue la del capítulo quince en el año 2005. Esta trata sobre el tratamiento de casos de insolvencia en el extranjero¹⁸⁰.

Tratando el tema de individuos que no se dediquen necesariamente al comercio pero que indiscutiblemente pueden verse inmersos en una crisis, la legislación norteamericana implementó el capítulo trece¹⁸¹ en su ley de quiebras. Como ya se mencionó, éste trata sobre la insolvencia de individuos que perciben un ingreso regular y les permite reorganizar sus pagos en plazos desde tres a cinco años sin la necesidad de declararlos insolventes y proceder con su liquidación, como es el caso del concurso de acreedores en el Ecuador. El principal propósito de este capítulo es el brindar cierta seguridad a individuos que han incurrido en crisis tras tratar de salvar sus patrimonios de una eventual liquidación forzosa para cancelar sus obligaciones. Consiste en la estructuración de un plan de pago que tendrá como plazo de tres a cinco años en virtud del ingreso percibido por el deudor, sin embargo, este procedimiento nunca podrá exceder los cinco años. El deudor deberá declarar su ingreso ante la corte y una vez aprobado el plan, el deudor deberá realizar los pagos directamente, o mediante débito de su cuenta bancaria. Ahora, el monto del pago se establecerá de acuerdo a las reuniones que se mantenga entre el deudor y los acreedores en base a los ingresos que éste percibe. Obviamente, el deudor podrá mantener únicamente la parte de su salario que le permita una congrua sustentación, sin excesos ni lujos, y lo demás se destinará al pago de las deudas. Incluso, este capítulo da la oportunidad de hacer una petición conjunta entre cónyuges o uno de los dos. Al igual que en el caso de concurso preventivo, una vez que se haya admitido este procedimiento, los juicios patrimoniales en contra del deudor se suspenderán.

¹⁸⁰ *U.S. Courts. Bankruptcy Basics...* op. cit. Chapter 15.

¹⁸¹ *Ibidem*, Chapter 13.

Una vez que al deudor se le aplica el *discharge* cuando se haya cumplido el acuerdo, quedará absuelto de toda deuda patrimonial¹⁸² entendida dentro del proceso, así como de las medidas cautelares que se encontraban vinculadas con el mismo.

Finalmente, los individuos y comerciantes tienen la oportunidad de presentar una solicitud para reorganizar sus deudas a través del Capítulo once de la misma ley¹⁸³, el cual, como se ya se mencionó, es muy parecido a lo que vendría a ser en el Ecuador y otros países el concurso preventivo. A diferencia con el ecuatoriano, en éste sí pueden aplicar personas naturales, comerciantes y no comerciantes para obtener la reorganización necesaria para cumplir con sus acreedores. Como se vio, el capítulo trece es la mejor opción cuando se trata de individuos con ingresos regulares, pero cuando éste factor no existe, el capítulo once sería el paso previo a la posible necesidad de solicitar una liquidación a través del capítulo siete.

3.1.6 Flexibilización de los Privilegios Laborales en los Procesos de Concurso Preventivo en Concordancia con el Principio de Conservación de la Empresa.-

Siendo los trabajadores uno de los pilares fundamentales dentro de una empresa, éstos obviamente deben ser tomados en cuenta de manera inmediata cuando la empresa entra en una situación de crisis. Por esta razón, la legislación ecuatoriana establece en la LCP que los créditos laborales tendrán privilegio sobre los demás¹⁸⁴. Incluso, se dispone como requisito para ejecutar cualquier decisión concordataria, se deberá constituir provisiones para cancelar cualquier deuda de naturaleza laboral pendiente¹⁸⁵. Como antecedente, cabe recalcar que la ley laboral ecuatoriana, a opinión del autor de esta tesina, es exageradamente protectora de los intereses de los trabajadores dejando de lado los intereses sociales y de la empresa en sí. Vista la complejidad del tema, y siendo este suficiente para realizar un estudio en

¹⁸² Existen algunas deudas de las cuales el deudor no será absuelto, como el pago de ciertos impuestos, fianzas carcelarias, alimentos, entre otras.

¹⁸³ *U.S. Courts. Bankruptcy Basics...* op. cit. Chapter 11.

¹⁸⁴ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 17, 18.

¹⁸⁵ *Ibidem*, Art. 17, 18.

virtud del mismo, esta tesina se enfocará únicamente en el “deber ser” de los efectos de la implementación del principio de conservación de la empresa.

Dicho esto, lo que se propone a continuación nace de la idea de que para los trabajadores siempre será preferible la estabilidad laboral a largo plazo sobre una liquidación laboral inmediata y potencialmente cuantiosa. Esto se debe a que tras la quiebra de una compañía, se ocasionaría, posiblemente, una situación de desempleo significativa, de manera que, la gran mayoría de empleados tendrían que pasar por una situación de crisis personal tras encontrarse desempleados. Ciertamente es que algunos trabajadores tendrán la facilidad de encontrar trabajo de manera inmediata, sin embargo, con seguridad éstos serían la excepción a la regla general de desempleo siendo éstos los que ocupen puestos de alta rotación y fácil reubicación., mientras que aquellos que realizaban funciones altamente especializadas, su reubicación dentro del mercado laboral se verá severamente limitada.

Actualmente el Código de Trabajo establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales¹⁸⁶ lo que implica que por más que sea decisión del trabajador optar por ciertos acuerdos concordatarios en calidad de acreedores para alcanzar un beneficio mayor a largo plazo que puedan afectar de manera inmediata, pero momentáneamente, su condición, la ley lo prohíbe. Este aspecto se ha convertido en un enorme obstáculo para lograr conservar la empresa satisfactoriamente, convirtiéndose en el talón de Aquiles de los acuerdos concordatarios y de los procedimientos preventivos en general. Por este motivo, es prudente que se implementen figuras que faciliten o flexibilicen los aspectos laborales dentro de los procedimientos concursales preventivos sin implicar un desmejoramiento de la condición laboral en sí, para satisfacer el principio de conservación de la empresa y por ende el interés común de la sociedad.

¹⁸⁶ *Código de Trabajo*. Registro Oficial-Suplemento No. 167 Codificación 17: 16-dic-2005. Art. 4.

3.1.6.1 Problemática de la Legislación Laboral Ecuatoriana para la Aplicación del Principio de Conservación de la Empresa.-

La legislación ecuatoriana en materia laboral se ha caracterizado por su indudable inclinación *pro operario* lo que en concepto general puede ser positivo, sin embargo, cuando se trata de derecho concursal, ciertas disposiciones pueden perjudicar tremendamente la posibilidad de reorganización de una empresa como son aquellas mencionadas previamente. A continuación se expondrán algunas de estas disposiciones atentatorias de manera sumaria analizándolas desde el punto de vista del principio en cuestión para entender como pueden obstaculizar la aplicación del mismo.

Puesto que la LCP ecuatoriana y prácticamente en cualquier otra legislación concursal existente, los créditos laborales son créditos de primera clase, es decir, preferenciales. Esto quiere decir que tendrán prioridad de cobro ante cualquier otro crédito existente puesto que los empleados se encuentran ante una especial posición de vulnerabilidad. Esta disposición tiene su indiscutible lógica y por ende se considera que debe ser aplicada, sin embargo, no puede permitirse que la misma se constituya en abuso perjudicando de esta forma a los demás acreedores o terceros interesados en general. El abuso referido se da puesto que el Código de Trabajo estipula prohibiciones expresas que limitan de gran manera las posibilidades de llegar a concordatos que, incluso, satisfagan las necesidades y deseos de los mismos trabajadores.

En este sentido, el primer obstáculo con el que se debe enfrentar la negociación del concordato es con lo que dispone el artículo 4 de la norma antes referida respecto de la irrenunciabilidad de los derechos¹⁸⁷. Si bien esta norma está pensada para evitar abusos por parte de los empleadores, cuando se trate de llegar a un acuerdo preventivo, ésta debería ser una situación excepcional, dándoles la oportunidad a los trabajadores de renunciar a ciertos beneficios adquiridos previos a la crisis, con una oferta a futuro de mejoramiento. Como se analizará más adelante, en

¹⁸⁷ *Código de Trabajo...* op. cit. Art. 4.

Estados Unidos cuando se trató el concurso preventivo de *Delta Airlines Inc*, posiblemente el aspecto del concordato que tuvo mayor influencia en el salvamento de la empresa fue justamente un acuerdo en el cual los pilotos, renunciaron a parte de una acreencia relacionada con beneficios ofertados previos a la crisis. Nuevamente, en estos casos cabe cuestionar las prioridades de los trabajadores, una indemnización inmediata y posiblemente cuantiosa acompañada de una posible quiebra y pérdida de trabajo, o la estabilidad laboral a cambio de disminución momentánea de beneficios con compensación futura.

Otro artículo que puede causar controversia en el tema de las crisis es el 193 del Código de Trabajo. Este artículo hace referencia a la situación de los empleados en caso de liquidación del negocio o empresa y al final establece que “[s]i el empleador reabriere la misma empresa o negocio dentro del plazo de un año, sea directamente o por interpuesta persona, está obligado a admitir a los trabajadores que le servían, en las mismas condiciones que antes o en otras mejores.”¹⁸⁸ Partiendo de la aplicación del principio en cuestión, el cual establece que una empresa podrá ser reorganizada una vez liquidada o incluso declarada en quiebra, existen casos en que la problemática que ésta sufrió y lo que le llevó a la crisis fue precisamente una mala aplicación de políticas laborales, por lo que si el empresario requiere de una reorganización en este aspecto, este artículo se lo prohibiría puesto que dice que deberán reingresar con las mismas condiciones o con condiciones mejoradas. Obviamente, en caso de no hacerlo, deberá indemnizar a los trabajadores lo que implica aumentar acreencias al pasivo y además, acreencias de primera clase. Lo que se logra es que en una situación así, la cuenta del pasivo aumente desincentivando el salvamento de la empresa.

3.1.6.2 Tratamiento a los Trabajadores en Derecho Comparado.-

Es de vital importancia contrastar lo que se expuso anteriormente con criterios de otras legislaciones, por lo que a continuación se hará referencia a jurisprudencia

¹⁸⁸ *Código de Trabajo...* op. cit. Art. 193.

argentina y norteamericana. Para este efecto, se analizarán dos sentencias ya vistas en el capítulo segundo de esta tesina, los casos de Original Metal S.A. y de *Delta Airlines Inc.* respectivamente.

3.1.6.2.1 Aspecto Laboral en el Caso de Original Metal S.A.-

En el caso de la referencia, el Juez realiza un análisis sobre la figura del “pronto pago” que se traduciría a lo que en la legislación ecuatoriana se refiere a los créditos privilegiados. El dilema recae sobre una reforma que existió con la ley puesto que se establecía que el síndico debería emitir un informe al Juez sobre los créditos laborales para que éste autorizara el pago de los mismos. Dicha autorización recibió enormes críticas pues el privilegio laboral aparentemente dependía únicamente de la consideración del Juez. La crítica se dio en virtud de que el deudor, en base a los dispuesto por el Juez, tendría la posibilidad de cancelar las demás acreencias dejando las de aspecto laboral para después perjudicando gravemente a los trabajadores. A raíz de la reforma implementada por la ley 26.086¹⁸⁹ en su artículo 3 la cual modifica el artículo 16 de la ley 24.522 con respecto de la implementación del “pronto pago”, establece que el Juez deberá ordenar el pago en vez de indicar que se requerirá de su aprobación. Adicionalmente, establece que cuando sea fundada, el Juez podrá denegar total o parcialmente el pronto pago a dichos acreedores preferenciales, opción que definitivamente no contempla la legislación ecuatoriana.

Volviendo al caso en específico, el Juez, tras haber realizado un análisis complejo sobre la prioridad de los créditos laborales y los abusos que se han dado de parte y parte, vestido de la potestad otorgado por dicha ley, llega a la siguiente conclusión:

Ante tales antecedentes, adoptaré una mirada más bien diferente de lo que literalmente fluye de la ley 26.086, y procuraré mantener una actitud tuitiva de los créditos laborales que resultaran efectivamente amparados por el pronto pago "autorizado" tras la colaboración de la sindicatura.

¹⁸⁹ Ley 24.522...op. cit. Art. 3.

Porque considero que sería hipócrita mantener una interpretación que se desentienda de la tésis concreta de la norma, y más aún, que desconociera la inutilidad del pronto pago tal cual habíaselo aplicado hasta la reforma.

Por ello no me quedaré a la espera de que se pague como una opción de la concursada, sino que exigiré que una vez reconocidos los créditos laborales (en verdad, verificados dichos créditos), sean inmediatamente pagados del modo más lógico que atienda ambas realidades: esto es, que no se desentienda del difícil estado que padece la concursada, pero que no olvide las necesidades de quienes han dedicado su esfuerzo para mantener activa a la empresa.¹⁹⁰

En este sentido, el Juez reconoce el innegable derecho de los trabajadores y su realidad, es decir, su vulnerabilidad en estas situaciones, sin embargo, tampoco desmerece la atención debida a la empresas y su situación, por lo que reconoce la preferencia, pero los pagos a la misma serán realizados en cuanto a las posibilidades de la misma empresa sin impedir o limitar la obtención de un concordato para salvarla.

3.1.6.2.2 Aspecto Laboral en el Caso *Delta Airlines Inc.*-

Como ya se dijo con anterioridad, posiblemente uno de los factores más importante que permitió el salvamento de *Delta Airlines* fue precisamente el acuerdo al que se llegó con los pilotos respecto del pago de su fondo de jubilación el cual era indudablemente un derecho laboral adquirido. Tras meses de reuniones entre los acreedores y el deudor, se llegó a la encrucijada en la cual se determinó que el pago por motivos de pensiones de jubilación otorgadas a ex pilotos de la deudora y a los futuros jubilados causaban un enorme perjuicio que ponía en riesgo la continuidad de la empresa. Por este motivo, la deudora solicitó la disminución de dichos pagos la Juez, quien a su vez debía ponerlo en consideración de la institución pública que regula dichos aspectos en Estados Unidos. El plan presentado por la deudora implicaba la cancelación del plan de pensiones actual y la creación de uno nuevo mediante el cual aún se reconocería cierta cantidad de dinero a los pilotos, sin embargo, ésta era inferior a la inicial. Indiscutiblemente hubo pilotos, en especial

¹⁹⁰ Caso No. 086880 *Original Metal S.A.*, ... op. cit. p. 4

aquellos retirados, que se opusieron rotundamente a dicha propuesta, sin embargo, hubo una gran parte que sí estuvieron de acuerdo.

El Juez, analizando el bien mayor tanto para los trabajadores como para los demás involucrados, mediante sentencia de 5 de septiembre de 2006¹⁹¹, concede la solicitud a la deudora. Incluso, en una declaración de presa publicada por la misma deudora, citan lo dicho por el Juez quien dijo: “*The Bankruptcy Court previously determined that Delta could not reorganize or emerge from Chapter 11 unless the Pilot Plan was terminated*”¹⁹². Claramente se puede observar que, a pesar de que los trabajadores tienen derechos que deben ser respetados y también privilegios, en casos de crisis empresariales, éstos no son los únicos involucrados y posibles perjudicados, por lo que se tiene que velar por el interés general y no particular sea cual sea la realidad de cada acreedor. Al final, aquellos trabajadores que en un principio estaban en desacuerdo con la medida pretendida por la deudora, terminaron aceptando la misma tras analizar la importancia de conservar la empresa y la fuente de trabajo antes que el cobro realizar un cobro privilegiado que tendría como causa la quiebra de la empresa.

En el mismo sentido, el Código de Trabajo ecuatoriano establece el derecho a los fondos de reserva, que es básicamente es en lo que consistía el fondo o “plan piloto” que debieron renunciar los pilotos de *Delta*, en su artículo 196. Este artículo ratifica que el trabajador no perderá el derecho a los fondos de reserva y todo lo que esto significa por ningún motivo¹⁹³. En relación al caso *Delta*, hoy por hoy dicha empresa es una de las más importante aerolíneas a nivel mundial creando una considerable cantidad de plazas de trabajo gracias al acuerdo concordatario que se alcanzó. En caso de haberse tratado dicho caso en Ecuador, tal acuerdo hubiese sido imposible de realizar llevando potencialmente la empresa a la quiebra. Esto se debe a las prohibiciones legales existentes y a la rigidez de la ley laboral. Claramente este aspecto es absolutamente atentatorio al principio de conservación de la empresa.

¹⁹¹ Caso No. 05-17923 (ASH), 5-sep-2006. *Chapter 11 Delta Airlines Inc.*, ... op. cit.

¹⁹² Delta Airlines, *Delta, PBGC Reach Agreement on Delta Pilot Pension Plan*. Consultado en Noviembre 1 de 2009. Disponible en: <http://news.delta.com/index.php?s=43&item=659>

¹⁹³ *Código de Trabajo*... op. cit. Art. 196

Como conclusión, en virtud de lo analizado cabe reiterar la importancia de los privilegios laborales, sin embargo, es absurdo blindarlos de tal manera que puedan llegar a afectar al mismo trabajador. En casos tan particulares y especiales como son los procedimientos preventivos, sería oportuno que la legislación se flexibilice en cuanto a la renuncia o negociación de los derechos laborales ya que este factor puede conducir a un bien mayor para los mismos empleados a través de la conservación de la empresa. Se analizaron casos en derecho comparado en el cual, en el primero es el Juez quien determina la importancia del privilegio de cobro, sin embargo, nunca deja de considerar la situación real de la empresa, por lo que regula dicha preferencia y no la vuelve absoluta. Por otro lado, en el caso de *Delta* se vio que los mismos empleados optaron un sacrificio inmediato frente a un bien mayor posterior tras la reducción de sus fondos de jubilación a cambio de la conservación de la empresa y la continuidad de los pagos por reducidos que éstos puedan ser, en ves de un último pago completo.

3.2 Efectos Procesales.-

Como ya se indicó con anterioridad, a continuación se analizarán los efectos procesales que tendría la implementación del principio de conservación de la empresa en la LCP. Para comenzar, se analizará la solicitud a concurso preventivo y lo que dispone el artículo 8 de la LCP al respecto, así como la posibilidad de otorgar *ius imperium* al Superintendente en algunos aspectos del proceso. Así mismo, se analizará la posibilidad de incorporar un recurso de revisión al cual puedan acceder tanto deudor como acreedores en caso de sentir que se les ha vulnerado un derecho, en consecuencia con el derecho al debido proceso establecido en la Constitución.

3.2.1 Solicitud a Concurso Preventivo.-

En la LCP es el artículo 8¹⁹⁴ el que enumera los requisitos que deberá contener una solicitud a concurso preventivo. Éste es uno de los aspectos más controvertidos en el Ecuador puesto que existen un sin número de solicitudes que han sido

¹⁹⁴ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 8.

presentadas para ser atendidas y acogidas en este procedimiento, sin embargo, la gran mayoría han sido negadas por cuestiones de errores de forma o por falta de alguno de los requisitos establecidos en dicho artículo¹⁹⁵. En algunos casos es simplemente porque las empresas solicitantes no cumplen con los requisitos básicos, mientras que en otros casos se debe a que las mismas no guardan relación con lo dispuesto por el artículo antes referido.

Tratándose del principio de conservación de la empresa, es impensable considerar si quiera que a una empresa que se encuentre en crisis, le sea negado el derecho de someterse a concurso preventivo por cuestiones de formulación en el contenido de la solicitud. Por este motivo, cabe hacer referencia a la legislación norteamericana, la cual ha simplificado dicho trámite procesal a lo mínimo posible para asegurar que ninguna empresa quiebre por falta en la solicitud.

3.2.1.1 Solicitud a Concurso Preventivo en Estados Unidos.-

Como se puede apreciar en el anexo 1 de esta tesina, éste consiste de una solicitud oficial utilizada para solicitar cualquiera de los capítulos ya descritos que contempla la legislación norteamericana. A diferencia de los requisitos de la solicitud ecuatoriana, esta requiere de únicamente los datos generales sobre el deudor ya que los más específicos se anotarán dentro del procedimiento. Adicionalmente, no estipula ningún tipo de prohibición con respecto de las condiciones que deben cumplirse para poder aplicar, además, es la misma solicitud para cualquier caso. La simplificación de dicha solicitud permite que el deudor pueda comparecer a la brevedad posible ante la corte para ser admitido y dar inicio con el proceso, mientras que en Ecuador dicha etapa puede tardar un tiempo que podría ser determinante en la continuación de la empresa.

Se puede incluso apreciar que cuando se trata del monto de las acreencias, la solicitud no pide un monto exacto, sino un estimado, pues como ya se dijo, los datos específicos se analizarán una vez iniciado el proceso preventivo. Una simplificación

¹⁹⁵ Conversación mantenida con el Dr. Fabián Flores, Director del Departamento de Trámites Especiales y Concursos Preventivos de la Superintendencia de Compañías. 17 de noviembre de 2009.

de esta manera resguarda por completo el principio de conservación de la empresa, ya que brinda la mayor facilidad para solicitar ayuda en vez de obstaculizar la vía teniendo como consecuencia la quiebra inevitable de un sinnúmero de empresas a falta de los requisitos establecidos por la ley ecuatoriana.

Al no existir un formato preestablecido de solicitud, cada vez que un empresario desea solicitar un concurso preventivo, se encuentra en una especie de ruleta rusa, la cual, si se la redacta de manera “correcta” y cumpliendo con los requisitos establecidos por la ley sin que éstos sean difusos o confusos, la empresa tiene la oportunidad de salvarse, y si no, la misma ley ecuatoriana establece que de la decisión del Superintendente admitiendo o no la solicitud, no cabe recurso alguno¹⁹⁶. Siendo este un trámite administrativo, la única vía posible en caso de que a la empresa le sea negada la solicitud, sería el Contencioso Administrativo, sin embargo, por el tiempo que toma la sustanciación de un reclamo en dicha sede, esta opción deja de ser viable, prácticamente asegurando la quiebra de la empresa.

El hecho de que el mero trámite de la solicitud sea tan complejo es totalmente contrario al principio de conservación de la empresa, pues según ROMÁN, cuando el deudor se presenta ante sus acreedores y confiesa su mal estado financiero y el de su negocio en general, además del hecho de que presentar dicha solicitud implica que quedará sujeto a intervención por parte de un tercero llamado supervisor, que incluso, mientras la solicitud no sea aceptada los juicios patrimoniales planteados en su contra siguen activos, es entendible la devastadora situación de indefensión frente a sus acreedores así como ante su competencia, en la que se encuentre la empresa deudora. Por esta razón, la solicitud así como el concordato cuando se negocie el mismo, debe ser acogido o rechazado dentro de un corto periodo de tiempo para que de esta manera dicho tiempo de vulnerabilidad de la empresa, sea el menor posible¹⁹⁷.

¹⁹⁶ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 11.

¹⁹⁷ Cfr. J.P. ROMÁN RODRÍGUEZ, et al. ,... op. cit. p. 307.

3.2.2 Otorgamiento de *Ius Imperium* al Superintendente de Compañías.-

En relación con el principio de legalidad, el mismo que establece que en lo que a derecho público se refiere, únicamente se podrá actuar lo permitido expresamente por la ley. En la actualidad el Superintendente de Compañías tiene potestades limitadas para imponer, obligar o intervenir de manera más directa dentro del procedimiento de concurso preventivo con miras a la obtención de un concordato que permita salvar una empresa. El investir de *ius imperium*¹⁹⁸ al Superintendente permitiría que éste tenga un rol más proactivo dentro del proceso. El criterio de algunos funcionarios del ente regulador, entre los que incluyo al DR. MARCELO ICAZA, Intendente de Compañías de Quito¹⁹⁹, consideran que el propósito de la LCP se ha visto tergiversado convirtiéndose en una coraza para aquellos que pretenden evadir la obligación de pago dándoles el tiempo suficiente para salir del país y evadir responsabilidades. Por este motivo, en casos en que exista mala fe, es importante que el Superintendente tenga potestades suficientes para evitar estos percances a través de la potestad de que el mismo, sin necesidad de tener que acudir a un Fiscal, quien a su vez deberá acudir a un Juez de lo Penal, pueda dictar medidas cautelares como prohibiciones de salida del país del deudor, entre otras. Si bien la ley se puede prestar para ser mal utilizada, no por esta razón debe castigarse a los solicitantes partiendo del prejuicio de que el concurso preventivo será utilizado de mala fe para evadir obligaciones.

El autor IVO S. GAGLIUFFI PIERCECHI, quien trata el *Ius Imperium* sobre el derecho de competencia, hace una importante reflexión la cual es plenamente aplicable en el tema que se está tratando. El dice:

Si bien es cierto que los agentes económicos en teoría deberían rechazar cualquier propuesta de funcionarios públicos o autoridades políticas destinadas a restringir la competencia, lo cierto es que existe una relación de innegable verticalidad y “temor jerárquico” que compromete en algunas

¹⁹⁸ Para motivos de este estudio, entiéndase *ius imperium* como el poder otorgado por el Estado al Superintendente de Compañías para actuar proactivamente teniendo la potestad de dictar medidas cautelares entre otras.

¹⁹⁹ M. ICAZA; Intendente de Compañías de Quito. Conferencia sobre “*La Superintendencia de Compañías*” sostenida en la Universidad San Francisco de Quito. Marzo de 2009.

oportunidades la supervivencia misma de los agentes empresariales en el mercado, dependiendo del mayor o menor grado de poder que ejerza el funcionario o político, así como su racionalidad en el ejercicio de dicho poder²⁰⁰.

Al igual que el derecho de competencia, la conservación de la empresa es un tema de importancia social y general, por lo que es importante que prime el interés de éstos sobre el del empresario. Es decir, siendo las empresas entes económicos que, como ya se vio, tienen un efecto directo e indirecto en muchas personas o sujetos, el Estado debe otorgar la potestad al funcionario público competente, en es caso el Superintendente de Compañías, para que de manera racional pueda velar por lo intereses comunes, aún cuando eso implique sobreponiéndose a decisiones privadas del empresario. Siendo el salvamento la principal intención de un procedimiento preventivo, el Superintendente debe tener la potestad de poder iniciar acciones y tomar decisiones de oficio con miras a ese objetivo, o incluso, si se llegase a determinar que el salvamento no es viable o económicamente inconveniente, poder llevar a la empresa a un ágil proceso de quiebra para evitar que empeore la situación evitando la dilatación del proceso. Por este motivo, el otorgar *Ius Imperium* al Superintendente de Compañías, podría dar nuevas oportunidades de supervivencia a las empresas.

3.2.2.1 Potestad del Superintendente de Compañías de Obligar la Comparecencia.-

Un aspecto importante, es la posibilidad de otorgar poder de convocatoria al Superintendente en los casos que sea pertinente. Es decir, como ya se vio en el caso de Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda., una de las causales de terminación del concurso preventivo es la falta de concurrencia del deudor o de los acreedores²⁰¹. Al vestir al Superintendente de poder de convocatoria le permitiría obligar a la

²⁰⁰ I. S. GAGLIUFFI PIERCECHI, *¿Por Qué el Largo Brazo de la Ley de Libre Competencia no Alcanza a los Políticos y Funcionarios Públicos?* Archivo digital. p. 14.

²⁰¹ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 31.

conurrencia de las partes ya que ni el deudor ni los acreedores son los únicos interesados dentro del proceso. Si bien se requerirá de la voluntad libre de vicio de éstos para celebrar el concordato, en caso de que dicha convocatoria haya tenido que ser obligada, deberá analizarse las propuestas de concordato para intentar satisfacer a la mayoría y entender los motivos del desinterés de las partes para concurrir. En el caso de la empresa antes mentada, es claro que los acreedores desistieron a las convocatorias en virtud del largo tiempo que había tomado dicho proceso en particular sin que se haya alcanzado un concordato, por lo que al desistir, el trámite sería concluido de oficio por el Superintendente dándoles a los acreedores la facultad de ejercer sus derechos de cobro respectivos. Esta es una situación inadmisibles que deriva justamente de la falta de *ius imperium* que posee el Superintendente para conllevar el procedimiento a la obtención rápida y eficiente de un concordato que permita el salvamento de la empresa.

El Abogado ROBERTO CAIZAHUANO VILLACRÉS, quien es funcionario de la Superintendencia de Compañías, elaboró un Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo, y respecto de este punto, en un oficio dirigido al Doctor Roberto Salgado Valdez, ex Intendente de Compañías de Quito, dice:

Adjunto se servirá encontrar una copia auténtica del ANTEPROYECTO DE LEY DE CONCURSO PREVENTIVO [...] con la aspiración de [los legisladores] [...] entiendan la urgencia de expedir una nueva Ley, [...] [s]eguro estoy de no ser una obra perfecta, pero he pretendido que la autoridad encargada de la tramitación no sea solamente un conciliador entre el acreedores y deudores, sino que tenga la potestad de dirigir y decidir la tramitación, así como de dictar providencias cautelares y preventivas para proteger el crédito, así como las empresas que han tenido la desgracia de caer en crisis patrimonial²⁰².

Resulta interesante analizar la perspectiva de un funcionario público dedicado al manejo de concursos preventivos en el Ecuador, y el simple hecho se que éste

²⁰² R. CAIZAHUANO VILLACRÉS. *Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo*. Oficio No. ICG.DCPyTE.2001.116: Superintendencia de Compañías. Guayaquil, 8 de agosto de 2001.

ratifique la necesidad de otorgar *Ius Imperium* al Superintendente, refleja la enorme necesidad que existe de que éste tenga un papel proactivo dentro del procedimiento.

3.2.2.2 *Ius Imperium* en Estados Unidos.-

Como ya se vio cuando se analizó el *cramdown power* en Estados Unidos, éste es un claro ejemplo de la potestad o el poder que tiene el Juez para tomar medidas incluso en contra de ciertos sujetos procesales en busca de un bien superior. Es decir, en ese caso, el Juez tiene la potestad de obligar a los acreedores a aceptar determinados acuerdos siempre y cuando se consideren “justos y equitativos”. Adicionalmente, al ser un Juez quien lleva el proceso, de por sí ya tiene potestades judiciales para tomar ciertas medidas cautelares en contra del deudor o de los acreedores con el fin de conservar la empresa.

3.2.3 Fortalecimiento del Principio de Oficiosidad del Superintendente de Compañías.-

En esta misma línea, en el que se considera que el Superintendente debe tener mayor influencia dentro de los procedimientos concursales y de concurso preventivo específicamente, éste debe tener mayores potestades que las otorgadas actualmente por la legislación para actuar de oficio. Como ya se ha visto, existen algunos supuestos dentro de los cuales el Superintendente puede dar por terminado el concurso preventivo, sin embargo, la oficiosidad no puede ser limitada únicamente a la terminación del procedimiento, sino a varios aspectos que conlleven a la satisfacción de todos o la mayoría de interesados dentro del proceso.

ESCUPI Y JUNYENT oportunamente se refieren a la oficiosidad como “una especial articulación de los órganos jurisdiccionales que se encuentren entre el deudor y los acreedores, sustituyendo en gran medida el impulso privado por el impulso de oficio²⁰³”. En este sentido, el principio de conservación de la empresa tendría como consecuencia que en general el procedimiento preventivo no dependa en su totalidad

²⁰³ I.A. Escuti, y F. Junyent Bas.,... op. cit. p. 72.

de la voluntad e intereses de la mayoría de los acreedores o el deudor, sino que el Superintendente de oficio, y, como en el caso norteamericano considerándolo “justo y equitativo”, pueda tomar decisiones que sean obligatorias para las partes prevaleciendo así el interés común.

3.2.4 Incorporación del Recurso de Revisión.-

Visto ya que la LCP establece reiteradamente que las resoluciones del Superintendente de Compañías no serán susceptibles de recurso alguno²⁰⁴, cabe recalcar que esta medida atenta directamente el principio de conservación de empresa, puesto que si dicha autoridad dictara resolución que atente contra la existencia misma de la empresa, nada se podrá hacer dentro del mismo procedimiento para apelarla. La alternativa que brota de la legislación ecuatoriana es el acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo, lamentablemente, dicho proceso puede ser exageradamente extenso, lo que podría ocasionar perjuicios irreparables para la empresa y los interesados en su subsistencia.

Partiendo de este punto, La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 76 las normas del debido proceso, más específicamente en su numeral séptimo, literal “m”, dispone que: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones, los administrados podrán recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos²⁰⁵. Dicho esto, lo dispuesto por la LCP sería contrario a esta disposición constitucional. Para remediar este aspecto, sería pertinente agregar un recurso de revisión dentro del mismo procedimiento que se trate el caso de manera expedita para tomar las medidas necesarias a tiempo. En otros países como son el caso de Estados Unidos o Argentina, al llevarse estos procesos ante un Juez, por la sola naturaleza del proceso, éste ya cuenta con recurso de apelación de las decisiones que se tomen en primera instancia. Esta medida simplemente otorga mayor seguridad a los interesados y a la

²⁰⁴ *Ley de Concurso Preventivo...* op. cit. Art. 11.

²⁰⁵ *Constitución de la República del Ecuador...* op. cit. Art. 76, num. 7, lit. m.

empresa en sí visto que son procesos en los que se discuten y se tranza el futuro, la existencia de estos sujetos de derecho.

CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se ha tratado la importancia de la implementación del principio de conservación de la empresa dentro de la Ley de Concurso Preventivo ecuatoriana tras haber analizado el tratamiento que actualmente recibe la crisis en el Ecuador. A través del entendimiento del principio de conservación de la empresa y tras haberse realizado un análisis comparado del derecho con legislaciones que efectivamente contemplan este principio, se ha podido concluir diversos efectos de carácter sustancial y procesal que dicha implementación tendría en el ordenamiento jurídico local, brindando herramientas suficientes a las empresas y acreedores para afrontar una crisis.

Dicho esto, el estudio empieza por la introducción del mundo de las crisis de empresa y su tratamiento en la legislación ecuatoriana brindando conceptos fundamentales para su entendimiento. De éste se desprende la confusa y compleja aplicación de las limitadas figuras que dicho ordenamiento ofrece. Por este motivo, fue de vital importancia el analizar el estado actual de la legislación ecuatoriana y sus procedimientos concursales para concluir que se está perjudicando enormemente a ciertos agentes económicos en virtud de su naturaleza jurídica así como a los demás sujetos de crédito, por la falta de herramientas brindadas por el ordenamiento para afrontar efectivamente una crisis. Lo grave de esta situación es que de esta manera no

se perjudica únicamente a las empresas, sino también a los acreedores, trabajadores y al propio Estado el cual debería tener un interés directo en el salvamento de las empresas ya que éstas crean plazas de trabajo, contribuyen al fisco, promueven el mercado local y fomentan la inversión.

Adicionalmente se pudo concluir que el actual sistema concursal ecuatoriano tiene grandes limitaciones en cuanto al ámbito de aplicación y sobre los sujetos que puede recaer. Siendo la crisis un fenómeno económico que puede afectar a todo sujeto de crédito, sea éste persona natural o jurídica, comerciante o no, el “remedio” no puede ser exclusivo para unos dejando de lado a los demás. Sin embargo, actualmente, en Ecuador se da esta discriminación. Por ejemplo, empresas como Tame, la cual está situada en el puesto 74 dentro de la lista de las quinientas mayores empresas del Ecuador²⁰⁶, facturó en el año 2008 USD 113 millones y empleó a 1,066 personas. Al ser ésta una empresa estatal, por su naturaleza jurídica, no podría solicitar bajo la legislación actual un concurso preventivo. Cabe recalcar que por más que sea estatal, esto no previene que la misma pueda verse inmersa en una crisis, y al no poder acceder a un sistema de reestructuración como el concurso preventivo, el Estado se vería obligado a inyectar capital para tratar de remediar las pérdidas. Eso sí, bajo ningún precepto esa es una alternativa económicamente eficiente porque únicamente implica pérdida para el Estado.

En busca de una solución a la problemática antes descrita, se introdujo y analizó el principio de conservación de la empresa. Como se pudo apreciar, este particular principio ve a la empresa como un factor de interés general y no uno propio o personal del empresario. Es decir, el principio de conservación de la empresa parte del hecho de que una empresa afecta a varias personas y no únicamente al empresario y sus acreedores. Como ya se mencionó, otros afectados son los trabajadores e incluso el mismo Estado. Por este motivo, este principio establece una serie de parámetros y conceptos a seguir para que prime la continuidad del giro económico de la empresa sobre la disolución, liquidación y cancelación de

²⁰⁶ Cfr. P. VELASCO, et. al. “500 Mayores Empresas del Ecuador en 2008” *Vistazo* Septiembre 24, 2009: p. 72.

ésta. Tras haber estudiado todos los aspectos que lo involucran, se pudo llegar a la evidente conclusión de que la legislación ecuatoriana atenta directamente a este principio a través de disposiciones legales establecidas principalmente en la Ley de Concurso Preventivo y en las Normas de Procedimiento para la Aplicación de esa ley.

Cabe recalcar que incluso se hizo referencia a dos casos de concurso preventivo, el de Molinos La Unión S.A. y Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda. En ambos se pudo constatar con claridad permitiendo llegar a la conclusión de que el motivo por el cual éstas fracasaron fue precisamente por la inobservancia del principio de conservación de la empresa. Posteriormente se los contrastó con tres casos de legislación comparada, un caso argentino de la compañía *Original Metal S.A.*, y dos casos norteamericanos de las compañías *Delta Airlines Inc.* y *Kmart Corporation* las mismas que se salvaron de la quiebra gracias a la aplicación directa de figuras concursales que eminentemente consagran el principio de conservación de la empresa.

Adicionalmente a los casos analizados, la Superintendencia de Compañías presentó un informe interno que establece las ventajas del concurso preventivo actual, en el cual se puede apreciar un listado de diecisiete compañías que solicitaron concursos preventivos y donde además se señala el monto de las acreencias²⁰⁷. El monto total en dólares americanos que suman todas las acreencias es de USD 332'818,105.40. De las diecisiete compañías concursadas, hasta diciembre de 2009, subsisten apenas cuatro. Todas las demás están disueltas o canceladas. Cabe aclarar que de las cuatro que persistieron, dos de ellas son Artefacta y Pinturas Wesco, y la tercera es Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda. la cual se fusionó por absorción tras haber fracasado su concurso preventivo. Restando las acreencias de aquellas compañías que subsistieron del monto total, fueron USD 304'350,496.10 millones los que se perdieron. Cuando apenas el 23.53% de las compañías concursadas en una lista ínfima e irreal de tan solo diecisiete empresas en crisis subsisten, asumiendo que

²⁰⁷ Cfr. Superintendencia de Compañías. *Finalidad del Concurso Preventivo*. Listado de Compañías Concursadas. p. 4. Anexo 2.

esto se debe al concurso preventivo, fácilmente se puede llegar a la conclusión de que la legislación actual no satisface las necesidades reales de las empresas en crisis.

Habiéndose ya entendido la importancia y el propósito de este principio, cabía analizar los efectos que tendría su correcta aplicación por parte de los encargados de aplicar la norma así como su homologación en la Ley de Concurso Preventivo, por lo que se consideró tendría dos tipos de efectos de naturaleza distinta: efectos sustanciales y procesales. Dentro de los efectos sustanciales, se listó una serie de procedimientos y reformas que mediante su aplicación se estaría implementando implícitamente el principio de conservación de la empresa. Estas figuras fueron obtenidas tras realizar un análisis de derecho comparado de las legislaciones argentina y norteamericana concluyendo que a través de ellas, las empresas ecuatorianas e incluso los sujetos de crédito, contarían con las herramientas necesarias para afrontar una inminente crisis de la manera más eficiente posible dentro de un proceso de concurso preventivo.

En cuanto a los efectos procesales, la implementación del principio de conservación de la empresa hace obvio concluir que éste simplificaría el proceso existente actualmente, volviéndolo asequible y brindando la oportunidad de tener un tercero imparcial, llamado Superintendente de Compañías, quien tendrá potestades que le permitirían velar por los intereses de todos los involucrados y no únicamente por los acreedores o deudor. Compaginando ambos efectos, sustanciales y procesales, estos permitirían a las empresas y los interesados en sus crisis, optar finalmente por un trato efectivo que brinde soluciones a éstas dándoles la importancia que merecen. Proporcionaría un concurso preventivo con real vista al salvamento de todo tipo de empresas y sujetos de crédito, sin discriminación alguna, y finalmente tomando en consideración a todos los que la crisis afecta.

En conclusión, el concurso preventivo como tal, es una herramienta jurídica valiosísima y verdaderamente útil, sin embargo, el registro de empresas que han sobrevivido gracias a este procedimiento sigue siendo escaso. Como se puede apreciar en las notas de prensa anexas, las cuales fueron redactadas por las compañías

ecuatorianas Artefacta²⁰⁸ y Pinturas Wesco²⁰⁹ tras haber superado su crisis y haber subsistido, resaltan la gratitud emanada por éstas al procedimiento en cuestión. Si bien éstas pudieron salvarse a pesar de la enorme cantidad de trabas existentes actualmente, resulta inaudito no implementar el principio de conservación de la empresa el cual fomentaría y haría de este procedimiento la herramienta más eficiente que posea el ordenamiento jurídico ecuatoriano para solventar crisis empresariales.

Recomendaciones Finales.-

Haciendo puntuales algunas recomendaciones que permitirían la totalidad de la aplicación del principio de conservación de la empresa en toda la legislación ecuatoriana y no únicamente en la Ley de Concurso Preventivo, se toman en consideración las siguientes:

1. Se debería reformar la ley de manera inmediata para que la misma admita a cualquier persona natural o jurídica, comerciante o no a trámites de concurso preventivo. Repitiendo lo dicho, es inaudito discriminar a empresas o sujetos que atraviesan por crisis y privar de un procedimiento que podría ayudar con su recuperación, únicamente porque no cumplen con requisitos de forma. En relación a este punto, en cuanto al Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo elaborado por el ABOGADO CAIZAHUANO, éste trata la importancia de incluir a las personas naturales y demás especies de compañías como sujetos activos dentro de la ley²¹⁰, tras considerar éste un factor importante justamente por la discriminación que se ha ocasionado con la presente ley.

²⁰⁸ L.A. SALVADOR ALBÁN; *Ley de Concurso Preventivo y Rol de la Superintendencia de Compañías: Trámite de Concurso Preventivo de Artefactos Ecuatorianos para el Hogar S.A. Artefacta*. Nota de Prensa. S.f. Anexo 3

²⁰⁹ M. FREUND RUF; *Una Nueva Oportunidad para Mantener los Negocios y el Empleo*. Nota de Prensa. S.F. Anexo 4.

²¹⁰ Cfr. R. CAIZAHUANO VILLACRÉS... op. cit. Art. 2, inc. 2.

2. Cambiar el actual procedimiento preventivo administrativo que lo lleva la Superintendencia de Compañías por un proceso judicial que sea llevado ante un tribunal especializado en derecho mercantil y derecho de quiebras. Esta figura permitiría la especialización de la materia y sobre todo, la posibilidad de aplicación de cualquier persona natural o jurídica que atravesase una crisis. Adicionalmente, en casos en que no se llegue a un acuerdo o el Juez no apruebe algún aspecto particular del juicio, el deudor o acreedor tendrá la potestad de apelar dicha decisión al superior especializado en el tema en vez de tener que acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, prevaleciendo de esta manera su derecho constitucional al debido proceso.
3. El aspecto medular que provocaría sin duda alguna un cambio positivo, sería la creación de la Ley Concursal. El propósito de esto sería facilitar el acceso a las empresas o personas para que conozcan sus derechos y sepan precisamente donde encontrar una solución a su situación de crisis. Lo ideal sería realizar la recopilación de toda la legislación concursal actual, agregar las nuevas figuras y dividir la ley por especialidades tal y como lo hizo el sistema norteamericano. Un capítulo que trate del concurso liquidativo, otro aplicable a empresas del sector público y a las empresas que se rigen por la nueva Ley Orgánica de Empresas Públicas, un capítulo dedicado al concurso preventivo y a la reorganización, un cuarto capítulo dedicado a la reorganización exclusiva de PYMES que involucre un procedimiento sumario como el del “pequeño concurso”; otra sección dedicada exclusivamente a Instituciones del Sistema Financiero, y finalmente, la reorganización de empresas o personas naturales dedicadas a la agricultura y pesca²¹¹.

²¹¹ Por ejemplo, en el caso de EEUU, la Código de Quiebras o *Bankruptcy Code*, que como ya se vio está dividido en capítulos, cada capítulo está asignado a un tratamiento específico. Por ejemplo, el *Chapter 7* trata los concursos liquidativos, sea de personas naturales o jurídicas, comerciantes o no; el *Chapter 9* las crisis de las municipalidades, específicamente reestructuración de municipios; *Chapter 11* hace alusión al concurso preventivo para empresas y personas naturales, comerciantes o no que no tienen un salario fijo; *Chapter 12* trata el concurso preventivo de empresas dedicadas específicamente a la agricultura y a la pesca tomando en consideración la naturaleza misma del negocio por la perecibilidad y demás factores inherentes al producto en sí; *Chapter 13* consiste en la reorganización y

En este sentido y haciendo referencia nuevamente al anexo 2, de las diecisiete empresas concursadas que figuran en la lista, seis tienen como objeto social la pesca o el desarrollo agropecuario. Curiosamente, son las acreencias de éstas las más cuantiosas, sumando un total de USD 226'908,681.00 millones. Es precisamente por esa razón, que no se puede pretender darles un tratamiento igual a una empresa en la cual el producto o servicio que ofrece no se sujeta a las mismas situaciones de complejidad que las de la industria agropecuaria y pesquera, más aún cuando estas actividades representan ingresos importantes para el país.

4. Debe incluirse la figura de la quiebra dentro del concurso preventivo, de manera tal, que si se llegase a determinar dentro del proceso que la empresa concursada es ineficiente y por ende inviable, el Juez (asumiendo que el concurso preventivo se convierta en proceso judicial haciendo referencia a la segunda recomendación) puede de oficio iniciar el procedimiento de quiebra inmediatamente para evitar el aumento de costos tanto para el deudor como para los acreedores e incluso el propio Estado. De esta manera se estaría evitando lo que sucede actualmente, es decir, que primero se debe declarar terminado el concurso preventivo para que cada acreedor, por su propia cuenta, acceda a un nuevo proceso en el cual no se tomará en cuenta lo actuado durante el concurso preventivo, haciendo de éste una enorme pérdida de tiempo.

Siendo el principio de conservación de la empresa uno de los pilares fundamentales en otras legislaciones como se pudo apreciar, su aplicación en la legislación ecuatoriana sería el primer paso a dar para brindar a las empresas, acreedores y demás interesados, la posibilidad de velar correctamente por sus intereses en el momento de afrontar una crisis. Las figuras y reformas que se

pago de acreencias de la persona natural que percibe un salario fijo y que al ser sujeto de crédito es susceptible de enfrentar una crisis; finalmente el *Chapter 15* trata la crisis de empresas extranjeras con intereses en territorio norteamericano en colaboración con la legislación pertinente al domicilio de la empresa concursada. Disponible en: <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics.html>

proponen simplificarían el sistema preventivo local facilitando su acceso y por ende fomentando su aplicación.

En Ecuador, desde 1997 que fue el año de promulgación de la Ley de Concurso Preventivo, se han llevado a cabo una mínima cantidad de concursos preventivos, sobresaliendo como exitosos los dos que se mencionaron previamente, mientras que en Estados Unidos, específicamente en el Distrito Oeste de Washington, hasta octubre del presente año se han solicitado 164 concursos preventivos²¹². En todo Estados Unidos, desde junio 2008 a junio 2009, se han solicitado, entre empresas y personas naturales, 13,951 concursos preventivos²¹³. Eso quiere decir que si en apenas en el plazo de un año o diez meses en el caso de Washington, existen esas cifras relacionadas a solicitudes, las empresas y demás interesados confían plenamente en su sistema concursal.

Por otro lado, en el Ecuador, según datos de la Superintendencia de Compañías²¹⁴, hasta el año 2008 eran 26,314 las compañías que se encontraban en proceso de disolución y liquidación. Para el año 2009 la cifra aumentó a 29,308 empresas, es decir, que en este último año han entrado a procesos de disolución y liquidación 2,994 empresas. Además de aquellas en proceso de disolución y liquidación, se han cancelado²¹⁵ hasta el año 2009, 42,915 empresas, y a diferencia con el año 2008, sólo en el 2009 se han cancelado 1,815 empresas. Tras revisar estas cifras, surge la duda sobre la cantidad de concursos preventivos que actualmente se estén llevando a cabo en la actualidad, y sorprendentemente la respuesta es: ninguno²¹⁶. Habiéndose visto que apenas dos de las trece causales de disolución expresamente señaladas en la ley de compañías hacen relación directa a una crisis,

²¹² United States Bankruptcy Court Western District of Washington; *Filing Statistics Analysis: Calendar Year 2008 vs. 2009*. PDF. <http://www.wawb.uscourts.gov/view.htm?f=3&id=556&v=5>

²¹³ United States Bankruptcy Courts. *Business and Nonbusiness Cases Commenced, by Chapter of the Bankruptcy Code, During the 12-Month Period Ending June 30, 2009*. XLS. http://www.uscourts.gov/Press_Releases/2009/bankrupt_f2table_jun2009.xls

²¹⁴ *Compañías Disueltas o Liquidadas*. Superintendencia de compañías. Consultado el: 28 de noviembre. Disponible en: <http://www.infoempresas.supercias.gov.ec/cognos8/cgi-bin/cognosisapi.dll#>

²¹⁵ *Compañías Canceladas*. Superintendencia de compañías. Consultado el: 28 de noviembre. Disponible en: <http://www.infoempresas.supercias.gov.ec/cognos8/cgi-bin/cognosisapi.dll#>

²¹⁶ Conversación mantenida con el Dr. Fabián Flores... op. cit

sería tema de otro estudio el analizar específicamente lo que motivó la disolución, liquidación e incluso cancelación de cada una de las compañías antes referidas. Sin embargo, en esa línea, cabría cuestionarse si sería posible que ninguna de dichas disoluciones, liquidaciones y cancelaciones haya sido motivada en consecuencia de una crisis. Asumiendo que al menos un bajo porcentaje de esas compañías sí fue disuelta, liquidada o cancelada debido a una crisis, ¿cómo es posible que no se esté llevando a cabo ningún concurso preventivo en la actualidad? Es por esto que una vez demostrado el innegable efecto positivo que el concurso preventivo tiene en otras legislaciones, no hay duda alguna que la implementación de este principio en la legislación ecuatoriana, tras crear nuevas herramientas y alternativas, lograría que poco a poco la gente y el medio conozcan y confíen en una figura tan valiosa para afrontar sus eventuales crisis económicas y finalmente conservar las empresas.

BIBLIOGRAFÍA

Auto de Insolvencia. Voto Salvado del Dr. Bolivar Vergara Acosta. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil publicada en el Registro Oficial No. 712 el 26 de noviembre de 2002.

BARBIERI, PABLO C.: *Contratos y Procesos Concursales*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 2001.

BONFANTI, MARIO ALBERTO Y GARRONE, JOSÉ ALBERTO; *Concursos y Quiebra*. 3ra edición, 2da reimpresión. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1983.

CABANELLAS DE LA TORRE, GUILLERMO: *Diccionario Jurídico Elemental*. Décimo quinta edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires 2001.

CAIZAHUANO VILLACRÉS, ROBERTO: *Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo*. Oficio No. ICG.DCPyTE.2001.116.0010821: Superintendencia de Compañías. Guayaquil, 8 de agosto de 2001.

Codificación del Código de Comercio, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 el 20 de agosto de 1960.

Codificación del Código de Procedimiento Civil, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 58 el 12 de julio de 2005.

Codificación del Código de Trabajo, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 167 Codificación 17, el 16 de diciembre de 2005.

Codificación de la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial No. 312 el 5 de noviembre de 1999.

Codificación de la Ley de Concurso Preventivo, publicada en el Registro Oficial No. 60 del 8 de mayo de 1997.

Codificación de la Ley de Empresas Unipersonales de Responsabilidad Limitada, publicada en el Registro Oficial No. 196 del 26 de enero de 2006.

Codificación de la Ley Orgánica de Empresas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 48 el 18 de octubre de 2009.

Codificación de las Normas de Procedimiento para la Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo, publicadas en el Registro Oficial No. 170 el 15 de abril de 1999.

Compañías Canceladas. Superintendencia de compañías. Consultado el: 28 de noviembre. Disponible en: <http://www.infoempresas.supercias.gov.ec/cognos8/cgi-bin/cognosisapi.dll#>

Compañías Disueltas o Liquidadas. Superintendencia de compañías. Consultado el: 28 de noviembre. Disponible en: <http://www.infoempresas.supercias.gov.ec/cognos8/cgi-bin/cognosisapi.dll#>

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Acta de Acuerdo Concordatorio Dentro del Trámite de Concurso Preventivo Planteado por Mármoles Andinos Cia. Ltda. 29 de enero de 1999.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: “Extracto de Publicación”, Superintendencia de Compañías, 30 de junio de 1998.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Oficio No. SC.IJ.DJCPTE.2000.294.09909, Dr. Fabián Flores Paredes. Superintendencia de Compañías. Quito, 29 de junio de 2000.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Resolución No. 02.Q.IJ.1172. Dr. Xavier Muñoz Chávez, Superintendente de Compañías. 25 de marzo de 2002.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Resolución No. 98.1.2.1.00154. Dr. Alberto Chiriboga Acosta, Intendente de Compañías de Quito. 26 de junio de 1998.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Resolución No. 98.1.2.1.002084. Econ. Gilberto Novoa Montalvo, Intendente de Compañías de Quito. 21 de agosto de 1998.

Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.: Resolución No. 98.1.2.1.003025. Dr. Alberto Chiriboga Acosta, Intendente de Compañías de Quito. 7 de diciembre de 1998.

Concurso Preventivo Molinos “La Unión S.A.”: Comunicación presentada al Superintendente de Compañías, Dr. Gonzalo Merlo, el 19 de noviembre de 2007 por parte de Banco del Pichincha y Produbanco.

Concurso Preventivo Molinos “La Unión S.A.”: Resolución No. 08.Q.IJ.1700: emitida por el Dr. Gonzalo Merlo Pérez, Superintendente de Compañías el 19 de mayo de 2008.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 el 20 de octubre de 2008.

DELTA AIRLINES INC.: Caso No. 05 17923 (ASH) (Pilot Plan), 5-sep-2006. Chapter 11 United States Bankruptcy Court: Southern District of New York.

DELTA AIRLINES INC.: Caso No. 05 B 17923 (ASH), 3-nov-2006. Chapter 11 United States Bankruptcy Court: Southern District of New York.

El Juicio de Quiebra no es de Conocimiento. Jurisprudencia de Casación publicada el 16 de julio de 1998 en la Gaceta Judicial # 15, Serie # 16.

ESCUTI, IGNACIO A. Y JUNYENT BAS, FRANCISCO: *Derecho Concursal*. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2006.

FERMANDOIS V., ARTURO: *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I, Segunda Edición. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago, 2001.

FLAIBANI, CLAUDIA CECILIA: *Concursos y Quiebras: La Quiebra*. Tomo II. Editorial Heliasta. 1era edición. Buenos Aires 1991.

FLAIBANI, CLAUDIA CECILIA: *Concursos y Quiebras: Los Concursos en General; El Concurso Preventivo*. Tomo I. Editorial Heliasta. 1era edición. Buenos Aires 1991

FLORES PAREDES, FABIÁN: “*Comentarios y Sugerencias al Anteproyecto de Ley de Concurso Preventivo Presentado por el Doctor Roberto Caizabano, Asesor General de la Intendencia de Compañías de Guayaquil*.” Memorando No. IJ.DJCPTE.2001.351 Superintendencia de Compañías. Quito, 2 de octubre de 2001.

FLORES PAREDES, FABIÁN: *Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.*: Memorando No. IJ.DJCPTE.2000.12.0000379, Superintendencia de Compañías. Quito, 6 de enero de 2000.

FLORES PAREDES, FABIÁN: Director del Departamento de Trámites Especiales y Concursos Preventivos de la Superintendencia de Compañías. Conversación mantenida el 17 de noviembre de 2009.

FLORES PAREDES, FABIÁN: “*Sugerencias de Esta Dirección Jurídica de Concurso Preventivo Sobre Posibles Reformas a la Actual Ley de Concurso Preventivo*”. Memorando No. S.C.I.J.DJCPTE.2003.179 Superintendencia de Compañías. Quito, 16 de abril de 2003.

FREUND RUF, MARIO: “*Una Nueva Oportunidad para Mantener los Negocios y el Empleo*”. Nota de Prensa. s.f.

GAGLIUFFI PIERCECHI, IVO S.: *¿Por Qué el Largo Brazo de la Ley de Libre Competencia no Alcanza a los Políticos y Funcionarios Públicos?* Archivo digital.

GARCÍA BETANCOURT, JOSÉ ARTURO: *El Manejo de las Crisis en las Empresas*. McGraw Hill y Universidad Católica de Colombia. Bogotá 1999.

GUTIÉRREZ PERDOMO, GILBERTO A.: *La Sentencia de Quiebra y sus Efectos*. Borrador Capítulos LIX – LXVII. Caracas, 2006.

IBÁÑEZ JIMÉNEZ, JAVIER: *Crisis de la Empresa: Insolvencia, Suspensión, Quiebra y otras soluciones concursales*. Dykinson, S.L., Madrid 1997.

ICAZA, MARCELO: Intendente de Compañías de Quito. “*La Superintendencia de Compañías*” Conferencia sostenida en la Universidad San Francisco de Quito. Marzo de 2009.

KMART CORPORATION.: Caso No. 04 B 22350 (ASH), 10-may-2005. Chapter 11 United States Bankruptcy Court: Southern District of New York.

Ley 24.522 “Ley de Concursos y Quiebras” Argentina: sancionada el 20 de julio de 1995.

Ley 25.589 “Ley de Concurso y Quiebras” Argentina: Sancionada el 15 de mayo de 2002. Modificatoria a las leyes 24.522 y 25.563.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO: *Tratado de Concursos y Quiebras*. Tomo I. Ediciones Desalma, Buenos Aires 1998.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO: *Tratado de Concursos y Quiebras*. Tomo II-A. Ediciones Desalma, Buenos Aires 1998.

ORIGINAL METAL S.A.: Concurso Preventivo Caso No. 086880. Juzgado Nacional No. 10 Primera Instancia en lo Comercial de la Capital Federal. Buenos Aires, Argentina; 2 de junio de 2006. Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Quilmas. Consultado el 3 de noviembre de 2009, Disponible en: <http://www.caq.org.ar/shop/detallenot.asp?notid=1469>

PISANI RICCI, MARÍA AUXILIADORA: *La Quiebra: Derecho Venezolano*. Departamento de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2005.

Principio de Subsidiariedad. Diccionario Económico. Disponible en: http://www.ecofinanzas.com/diccionario/P/PRINCIPIO_DE_SUBSIDIARIEDAD.htm. Consultado el 25 de noviembre de 2009.

Proyecto de Ley 047: 10-may-2007. Ley 24.522 “Ley Concursos y Quiebras” Argentina: Modificación del Artículo 253. Expediente 2153-D-2007.

ROCCO, UGO: *De la Naturaleza del Proceso de Quiebra y de la Sentencia que Declara la Quiebra*. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2000.

ROMÁN RODRÍGUEZ, JUAN PABLO et al: *Salvamento de las Empresas en Crisis*. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago 2001.

ROMO-LEROUX, GALO et. al. *Concurso Preventivo Mármoles Andinos Calcita Cia. Ltda.*: Escrito presentado a la Superintendencia de Compañías el 3 de junio de 1998.

SALVADOR ALBÁN, LUÍS ALBERTO: “*Ley de Concurso Preventivo y Rol de la Superintendencia de Compañías: Trámite de Concurso Preventivo de Artefactos Ecuatorianos para el Hogar S.A. Artefacta.*” Nota de Prensa. s.f.

Superintendencia de Compañías. *Finalidad del Concurso Preventivo*. Listado de Compañías Concursadas.

Superintendencia de Quiebras; *Síndico Transparente: Nómina Nacional de Síndicos*. Chile; Consultada en 5 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.squiebras.cl/sindicotransparente/nomina_sindicos.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 7: Liquidation. Consultado el 9 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_7.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 9: Municipality Bankruptcy. Consultado el 9 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_9.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 11: Reorganization. Consultado el 10 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_11.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 12: Family Farmer Bankruptcy or Family Fisherman Bankruptcy. Consultado el 10 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_12.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 13: Individual Debt Adjustment. Consultado el 10 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_13.html

U.S. Code: Title 11 Bankruptcy. Chapter 15: Ancillary and Other Cross-Border Cases. Consultado el 11 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/uscode/usc_sup_01_11_10_15.html

U.S. Courts. Bankruptcy Basics. Consultado en octubre 25 de 2009. Disponible en: <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics.html>

United States Bankruptcy Courts: *Business and Nonbusiness Cases Commenced, by Chapter of the Bankruptcy Code, During the 12-Month Period Ending June 30, 2009.* Consultado el 3 de noviembre de 2009. Disponible en: http://www.uscourts.gov/Press_Releases/2009/bankrupt_f2table_jun2009.xls

United States Bankruptcy Courts: *Official Form 1 (10/06).* Consultado el 17 de septiembre de 2009. Disponible en: www.uscourts.gov/rules/BK_Forms_06_Official/Form_1_1006.pdf

United States Bankruptcy Court Western District of Washington; *Filing Statistics Analysis: Calendar Year 2008 vs. 2009.* Consultado el 3 de noviembre de 2009. Disponible en: <http://www.wawb.uscourts.gov/view.htm?f=3&id=556&v=5>

VELASCO, PAMELA et. al.: “500 Mayores Empresas del Ecuador en 2008” *Vistazo* Septiembre 24, 2009.

WHITE, MICHELLE J.: *Economics of Corporate and Personal Bankruptcy Law.* Consultado el 15 de agosto de 2009. Disponible en: www.econ.ucsd.edu/~miwhite/palgrave-bankruptcy-3.pdf

ZAMBRANO, FREDDY: *Curso de Atraso y Quiebra.* Segunda Edición. Editorial Atenea. Caracas 2007.

