

Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas (IIDF)



Working Paper Series 4/2016

Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador

Fabricio Dávila Lazo¹

9 de mayo de 2016

¹ Fabricio Dávila Lazo es Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Máster en Derecho de Empresas por el Centro de Estudios Garrigues, y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Email: fdavilalazo@gmail.com

Resumen

La nota característica de las últimas dos décadas en materia concursal ha sido las múltiples reformas que han sufrido los ordenamientos jurídicos europeos y de algunos países de Sudamérica. Hemos visto como las legislaciones más modernas se han ido apartando del principio máximo que era el interés de los acreedores y se ha ido orientando hacia un Derecho concursal enfocado en la empresa en crisis. Las últimas reformas concursales han dotado de más y mejores instrumentos para enriquecer el kit y que de esta manera el deudor cuente con las herramientas necesarias para hacer frente a una crisis. Dentro de esta distinción de empresa en crisis creemos que es conveniente saber diferenciar la empresa en crisis pero viable financieramente y la empresa en crisis económica, ésta última debe morir en el mercado y permitir que exista ese traslado de dinero y recursos hacia una actividad que genere valor y active la economía. Ecuador cuenta con una Ley de Concurso Preventivo del año 1997, la Ley introdujo ciertos instrumentos pre-concursales de la época y fue pensada para que las empresas la usen como herramienta para poder reestructurar sus deudas y firmar un acuerdo o concordato con sus acreedores. Consideramos que en la actualidad la Ley, por su falta de actualización, no cumple con su ratio legis, es por ello que proponemos que se conforme una Comisión de expertos para que estudien la Ley actual y bajo los principios del Derecho concursal moderno y la influencia de las legislaciones de la región, reformen o deroguen la antigua y promulguen una Ley Concursal que esté de acorde con realidad social y económica del país.

Sumario

I. Introducción	4
II. Evolución del Concurso de Acreedores	5
1. El interés de los acreedores	5
2. La empresa en crisis.....	7
III. Los nuevos mecanismos del Derecho Concursal: Institutos Preconcursoales	9
1. La “pars conditio creditorum”	10
2. Comunicación de negociaciones en el derecho preconcursal Español	10
3. Acuerdos de refinanciación y reestructuración en el Derecho preconcursal Español.....	11
4. Acuerdos de refinanciación homologados	12
5. Desjudicialización de los procesos concursales	13
IV. Ley de Concurso Preventivo Ecuador	13
1. Ámbito de Aplicación	15
2. El presupuesto objetivo de la Ley de Concurso Preventivo	15
3. El Supervisor de la sociedad concursada	16
4. De las mayorías y los acreedores.....	17
5. Carácter general de las decisiones.....	18
6. Ausencia de los acreedores.....	18
7. Superintendencia de Compañías o Jueces de lo Civil y Mercantil.....	19
V. Recomendación	20
VI. Bibliografía:	22

I. Introducción

Los hechos nos demuestran que las crisis han sido una constante en la historia universal. Desde los orígenes de la sociedad moderna hasta la presente fecha las crisis económicas se han dado más de lo deseado y los comerciantes han buscado las formas de regularlas o mitigarlas. Uno de sus aportes ha sido la aplicación de las normas concursales.

En esta sinergia crisis/Derecho Concursal ha originado la mutación y expansión de sus disposiciones. Ahora, no obstante, los progresos de la norma Concursal, se puede decir que en Ecuador, la evolución no se ha dado del todo eficiente. En Ecuador si bien contamos con disposiciones concursales, como las del Código Orgánico General de Procesos que regula el concurso de acreedores de personas naturales sean comerciantes o no y la Ley de Concurso Preventivo dirigida a empresas. Esta última falla en mencionar aspectos importantes del Derecho Concursal moderno.

Identificamos, entonces, que en Ecuador no tenemos concentrado en un solo cuerpo normativo todos los procedimientos concursales o de insolvencia. Esto representa un claro desconocimiento a las recomendaciones y guías legislativas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Esta Comisión ha establecido los principios a seguir en la creación de normas concursales. Uno de ellos: unidad de norma. Sin embargo, en Ecuador existen dos cuerpos legales que regulan lo mismo: la insolvencia del deudor.

El Derecho Concursal enfocado hacia el tratamiento de la empresa deudora ha tenido grandes avances en las legislaciones modernas, reformado, debatido y sentenciado en el mundo entero. Mas, nuestro país ha sido ajeno a todo el enriquecimiento doctrinario y legislativo de las últimas dos décadas. Asimismo, el legislador ecuatoriano falla en dotar de más y mejores instrumentos a las empresas para que puedan afrontar los problemas de una mejor manera y dentro de un marco normativo más amplio, completo y actual. Esto se consigue con modernas normas que estén en consonancia con la realidad social y económica del país. Como por ejemplo las normas paraconcursoales: los acuerdos de refinanciación (5 bis español), *el scheme of arrangement* del derecho inglés, la categorización de acreedores italiana, los mediadores concursales, *chapter XI* del derecho estadounidense, etc.

Finalmente, es la intención del presente ensayo invitar a los Asambleístas Nacionales a que revisen la legislación vigente sobre la materia y formen una Comisión Especializada para el Desarrollo de una Ley Concursal. Lo anterior con el objetivo de que, por un lado, crear la norma en relación con la realidad económica actual. Esto es, que guarde consonancia con las legislaciones de la región, doctrinas y pensamientos de la rama. Sin duda alguna esto constituiría un paso grande pero necesario para el desarrollo del Derecho Concursal y sobre todo, para hacer frente a una crisis ya presente y que debe combatirse de la mano de la ley.

II. Evolución del Concurso de Acreedores

1. El interés de los acreedores

El Derecho Concursal se lo puede definir como “el conjunto de normas jurídicas que regulan tanto (i) las consecuencias del estado de insolvencia del deudor, como (ii) las diversas vías para remediar la situación, y todo ello para tutelar los intereses de los acreedores, del propio deudor, y del interés económico general.”²

Tomando como referencia el concepto propuesto por Holdert podemos apreciar que el Derecho Concursal ha existido para regular las consecuencias del estado de insolvencia del deudor y tradicionalmente para tutelar los intereses de los acreedores. Desde sus orígenes ha cumplido en primer lugar con una función solutoria, identificada con la satisfacción de los acreedores,³ y en segundo lugar y más recientemente ha tenido una función de conservación con la finalidad de mantener la empresa, los trabajos y el crédito. Más adelante trataremos sobre esto último.

Durante el siglo XIX y XX el bien jurídico tutelado por el concurso, fue el interés de los acreedores, la *pars conditio creditorum*, fue la nota característica de los procesos concursales hasta hace poco. Durante estos siglos el crédito fue el interés máximo del concurso y proteger este crédito ha sido su finalidad.

En ciertas legislaciones aún se mantiene que el interés del concurso se ve reflejado en el interés de los acreedores. Protegiendo a los acreedores se protege indirectamente a

² Horst Antonio Holdert, Introducción al Derecho Concursal, Editorial Tiranto Lo Blanch, Valencia 2010, pag. 21.

³ Gurrea A., “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores”. Rojo/Quijano/ Campuzano, La liquidación de la masa, Civitas, 2014, pgs. 829-848 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400128)

la empresa y al mercado, ya que si la finalidad no fuera maximizar el grado de satisfacción de sus créditos, éstos pudieran encarecer el crédito o reducirlo, y esto traería como consecuencia un incremento en costes de proyectos de inversión que dificultarían la creación de plazas de trabajo y de la economía.⁴

El profesor Douglas G. Baird en su ensayo "Bankruptcy's Uncontested Axioms"⁵ nos expone de una manera brillante cuales son los puntos de vista defendidos por los denominados "procesalistas" en la doctrina americana. Para los "procesalistas", las normas concursales sólo deberían estar dirigidas hacia las empresas que se encuentren en problemas financieros pero que son viables. Sostienen que si a esta empresa con problemas financieros pero viable, le eliminamos sus deudas la empresa alcanzará el éxito inmediatamente. Para esto usan el siguiente ejemplo: *"La empresa paradigmática es un restaurante en una ciudad grande. Cuando el restaurante cierra, los trabajadores pierden su empleo, pero pueden conseguir trabajo en otro lado. Un nuevo restaurante o una empresa se puede mover a ese espacio ahora desocupado. Si el restaurante malo es reemplazado por uno bueno, los niveles de desempleo de la ciudad pueden bajar. Mantener a un restaurante malo pospone lo inevitable y atrasa el deseable cambio de trabajo y capital hacia otro lugar donde podría ser usado de mejor manera. Por lo tanto, el derecho concursal sirve solo cuando el restaurante es bueno y va a ser capaz de sobrevivir en el mercado."*⁶

Lo que sostienen los procesalistas es que se debe diferenciar a la empresa que está sobreendeudada pero sigue generando ingresos positivos, sigue generando valor, de la empresa que está sobreendeudada y no genera ingresos, por que su producto es malo. Su problema es estructural no financiero y una mejor solución para esta empresa sería una liquidación ordenada de su patrimonio. Si las normas concursales intentan beneficiar en su mayoría a la sociedad, velando por los intereses de los acreedores, manteniendo en marcha a las empresas y perservando el empleo, éstas normas deberían estar dirigidas única y exclusivamente a las empresas que sean viables económicamente y se encuentren tan solo en problemas financieros, sólo éstas y no las demás empresas deberían poder acceder al concurso. El resto de empresas no pueden ni deben esperar como lo señalaron los profesores Thomas Jackson y Douglas Baird, «una magia especial». Para estos autores, las empresas nacen en el

⁴ Gurrea A., Obra citada.

⁵ Douglas G. Baird "Bankruptcy's Uncontested Axioms," 108 Yale Law Journal 573 (1998)

⁶ Obra ya citada (6)

mercado y, de la misma manera, deben de morir en él cuando no resulten económicamente competitivas.”⁷

2. La empresa en crisis

En los últimos años el Derecho Concursal ha mutado. En la mayoría de legislaciones europeas y latinoamericanas el objetivo ha dejado de ser el interés de los acreedores y se ha enfocado más en el deudor. “El Derecho Concursal que excluía al comerciante que defraudó la confianza de sus acreedores ahora tiene otra perspectiva y es la de la protección de la empresa, y esto se debe a su reconocimiento como motor de la actividad económica”.⁸ El cristal con el que se miraba al Derecho Concursal cambió y por ende cambiaron sus prioridades, se dejó de privilegiar a los acreedores y se les pide ahora que en nombre de ese interés general hagan un sacrificio y ayuden al salvamento de la empresa. El Derecho Concursal moderno tiene por objeto que la empresa perdure. Como consecuencia de este nuevo objetivo se han introducido nuevos mecanismos para hacer frente a la crisis, mismos que serán tratados más adelante.

El cambio de paradigma se lo atribuimos a la globalización de la economía y a las crisis. Las crisis son cíclicas y debido a este fenómeno los legisladores han tenido que buscar e inventar nuevos mecanismos que sean eficaces e idóneos para reestructurar las deudas y de ésta manera procurar el salvamento de las empresas⁹.

Este tema tiene tanta relevancia y actualidad mundial que por un lado la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o por sus siglas en inglés UNCITRAL, una década atrás le encargó a un grupo de expertos judiciales que se dediquen a investigar cuales son los principales aspectos que se deberían considerar para poder elaborar una Guía para la Cooperación, Comunicación Internacional en materia de procedimientos de insolvencia, teniendo como resultado las Guías Legislativas del 2006, 2012 y 2013;¹⁰ y, por otro lado la Comisión de la Unión Europea ha dictado Recomendaciones en materia de insolvencia para los países miembros tendientes a armonizar el derecho concursal dentro de la Unión

⁷ Cita obtenida del paper de Aurelio Gurrea, “La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del curso de acreedores”, página 14, cita obtenida de los profesores Thomas Jackson y Douglas Baird.

⁸ Rodríguez, J., “Aproximación al Derecho Concursal Colombiano”, Revista- Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007)

⁹ Ver Informe del Parlamento Europeo, 17 de octubre de 2011, A7-0355/2011, pág. 4

¹⁰ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, año 2006, 2012 y 2013. www.uncitral.com

Europea, de esta manera pretenden brindar más seguridad para los inversores dentro de la Unión que tengan la garantía de que en el país que inviertan tendrán una normativa de insolvencia que esté acorde a los principios y realidades económicas actuales.

Los esfuerzos de la CNUDMI y de la Comisión de la Unión Europea han tenido sus frutos dentro de las primeras décadas del siglo XXI, varios países Europeos y Latinoamericanos han adoptado nuevas medidas concursales tendientes a favorecer la continuidad de la empresa, preservar el empleo y proteger el crédito. El Derecho Concursal moderno se ha enfocado primordialmente en el Chapter XI del Bankruptcy Code estadounidense, países como España, Portugal, Alemania, Italia, Argentina, Colombia y Chile han reformado y actualizado su normativa concursal en los últimos 5 años.

La profesora Kristin Van Zwieten en su reciente obra "*Restructuring Law: recommendations from the European Commission*"¹¹ concluyó que son seis los principios fundamentales en los que se basan las Recomendaciones de la Comisión Europa sobre materia concursal.

1. Capacidad de recurrir a tiempo: los deudores deben de ser capaces de poder recurrir a las herramientas concursales en el tiempo adecuado.
2. Mínima intervención judicial: para acceder a la normativa concursal no debe de ser necesario que el deudor deba de presentar formalmente una solicitud de concurso.
3. El deudor se mantiene en administración de la empresa: otorgarle al deudor la posibilidad de mantenerse en la administración de la empresa lo incentivará a hacer uso de las medidas preconcursales sabiendo que no corre riesgo su puesto. No siempre una empresa se encuentra en estado de insolvencia por culpa de la administración y sería injusto castigar a los administradores profesionales y diligentes.

¹¹ Van Zwieten, K., "Restructuring law: recommendations from the European Commission", Law in transition (2015)

4. Prohibición de iniciar acciones legales: este principio puede ser uno de los más importantes del Derecho Concursal moderno, le otorga a la empresa una especie de paraguas protector que le permite negociar con sus acreedores sin tener que a la vez defender el patrimonio de la empresa de las acciones legales que puedan intentar sus acreedores. También funciona para evitar que los acreedores inicien una carrera judicial destinada a atacar el patrimonio de la empresa deudora, si esto no se protegiera, al final no existiría empresa o unidad productiva que se pueda salvar.
5. Capacidad de vincular y obligar a los acreedores disidentes al plan de reestructuración: sin duda este principio sirve para obligar a los acreedores a actuar de buena fe en las reuniones que se celebren entre ellos y la empresa deudora, ya que de no hacerlo tienen el riesgo de que un juez o una mayoría de acreedores apruebe el convenio y todos se vean obligados a cumplirlo.
6. Proteger el dinero nuevo: Con este principio lo que se pretende es otorgar una seguridad al *fresh money* que las instituciones financieras o inversionistas privados puedan aportar para la continuidad de la empresa.

III. Los nuevos mecanismos del Derecho Concursal: Institutos Preconcursoales

En las múltiples reformas que han sufrido las legislaciones concursales de la mayoría de los países de la Unión Europea y de algunos países sudamericanos se ha consentido en pasar del método concursal anterior a un método con nuevos mecanismos e instrumentos que le permitan a las empresas, tener en palabras de WESSEL, un “real time action”¹²

Veamos un extracto de un documento en el que la Comisión de Insolvencia Europea invita a conformar un grupo de expertos para que asistan a la Comisión en temas de procedimientos de insolvencia:

“In most Member States bankruptcy law has been modernised to fit with the new economic context: beside traditional collective insolvency proceedings decided by the court on the basis of the debtor’s insolvency, new schemes applicable to a group of

¹² Wessels, B., “Europe deserves a new approach to Insolvency Proceedings” Europe Company Law, 2007.

main creditors at a pre- insolvency stage are regarded as being more efficient for the purposes of business continuation and preservation of jobs”¹³

Europa se encuentra décadas adelantada en materia concursal y es por ello que sus países y algunos sudamericanos han buscado fortalecer y enriquecer el “kit” al que puede acceder el deudor que se encuentre en crisis. Estos nuevos mecanismos buscan primordialmente prevenir la crisis, en un segundo lugar buscan otorgarle un periodo de estabilidad al deudor para que éste pueda negociar con sus acreedores; y por último, procuran que sea el deudor una vez solicitado el concurso el que siga a cargo de la administración de la empresa. ¹⁴

1. La “pars conditio creditorum”

Uno de los mecanismos que más llaman la atención es el de la categorización de los acreedores, en Alemania e Italia por ejemplo el deudor puede subdividir en clases a sus acreedores. De esta manera se le otorga al deudor la posibilidad de hacer tantas propuestas como clases de acreedores tenga, bastando que tengan posiciones jurídicas e intereses económicos iguales o parecidos. El Doctor Ariel Dasso en su obra “El Derecho Concursal de Hoy” citando a la profesora italiana Steffania Pacchi lo que dijo en italiano “*La pars conditio e morta, me dispiace tanto*”: lo siento, pero la pars conditio ha muerto. De la oferta idéntica realizada por el deudor a todos sus acreedores hemos pasado a una pars conditio creditorum por cada clase.

Esto sin duda favorece a la empresa en crisis ya que puede organizar mejor su plan de reestructuración y subdividir a sus acreedores y de esta manera realizar ofertas distintas que sean más atractivas para cada clase de acreedores.

2. Comunicación de negociaciones en el derecho preconcursal Español

Los mecanismos de negociación han ido adquiriendo popularidad en la gran mayoría de países. Las últimas reformas concursales o bien han introducido el mecanismo o han facilitado la forma de alcanzar a un acuerdo entre deudor y acreedores.

¹³ Para más información Ver p.1 of the Terms of Reference for the EU Group of Experts on Cross-border Insolvency (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contracts/files/2012_expert-group-insolvency/terms_of_reference_group_insolvency_en.pdf) (Ingreso Febrero 28, 2016)

¹⁴ Pacchi, S., “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el Derecho Comparado y Crisis económica) La solución dictada por el Legislador Italiano, pág. 267, Aranzadi 2014.

Este mecanismo aunque para algunas legislaciones es completamente nuevo, ya existía en el derecho inglés con el conocido “*Scheme of Arrangement*” o “*London Approach*”, en el derecho español se lo conoce en la práctica como “5bis”, en referencia al artículo de la Ley Concursal que lo contiene y desarrolla.

El núcleo donde radica la importancia de este mecanismo está en los efectos que produce la comunicación de negociaciones. Al deudor que se encuentra con problemas financieros se le otorga un periodo de estabilidad en el cual éste debe intentar alcanzar un acuerdo para refinanciar o reestructurar su deuda. Uno de los efectos más importantes de la comunicación de las negociaciones es la posible homologación judicial del mismo, lo podemos asemejar al *<cramdown power>* del derecho estadounidense. El deudor que cumpliendo las mayorías establecidas por la Ley llegará a un acuerdo de refinanciación o reestructuración con sus acreedores podrá judicialmente vincular a los acreedores disidentes. Esta es una gran medida del derecho llamado *<preconcurso>*, con esta medida ningún acreedor se correrá la suerte de no acudir a las negociaciones con el deudor y una vez que acuda deberá procurar actuar de buena fe, ya que en caso que no quiera aprobar un acuerdo que si le conviene, podría verse obligado a cumplirlo por la homologación judicial del mismo.

Otro de los efectos importantes de esta medida es la inadmisión de solicitud de concursos y la posible paralización de las ejecuciones individuales. Estos son los efectos que le otorgan estabilidad al deudor para poder negociar con sus acreedores sin tener una pistola en su cabeza con el temor de que las ejecuciones individuales puedan destruir su patrimonio y sea imposible salvar a la empresa.

3. Acuerdos de refinanciación y reestructuración en el Derecho preconcursal Español

En la legislación española existen dos tipos de acuerdos de refinanciación: los ordinarios y los homologados judicialmente. El núcleo de los acuerdos de refinanciación ordinaria radica en la irrevocabilidad del mismo en un concurso que nazca luego de haberse adoptado el acuerdo. Dentro de los ordinarios encontramos los colectivos y singulares.

En los acuerdos colectivos se suelen pactar nuevas condiciones, se otorgan nuevas garantías y este acuerdo se encuentra blindado por la Ley Concursal siempre que se cumpla con unos mínimos como por ejemplo la ampliación del crédito disponible, la modificación o extinción de obligaciones, ya sea mediante prórroga de su plazo de

vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo.¹⁵

Los acuerdos singulares se diferencian de los colectivos en que la por ser más ventajosos para el deudor la Ley no exige de mayorías especiales para su aprobación, y aún así se concede a los acreedores que lo suscriben el blindaje necesario en un eventual concurso.¹⁶

4. Acuerdos de refinanciación homologados

El acuerdo de refinanciación homologado en España se vio influido por la legislación inglesa con su tan conocido <<*schemes of arrangement*>>, en los que se permite que se extiendan los efectos del acuerdo de refinanciación a los demás acreedores, ya sea que éstos no hayan querido aprobar el convenio o sean disidentes. De igual manera lo podríamos asemejar al *cramdown power* del derecho concursal estadounidense, con la salvedad que en el derecho americano el acuerdo es ratificado e impuesto por el Juez a los acreedores sin necesidad que se cumpla ninguna mayoría, a diferencia de la homologación judicial de España que si requiere de unos porcentajes, mismos que se han ido reduciendo con las varias reformas concursales.

Esta figura fue introducida en el Derecho Español en el año 2009 y a partir de ese año ha sufrido varias reformas en sentido favorable para el deudor. A partir de la ley 38/2011, de 10 de octubre se puede imponer las esperas a los acreedores disidentes; con la reforma introducida por el Real Decreto Ley 4/2014 de 7 de marzo se introduce una novísima figura que es la de permitir que se extiendan los efectos del acuerdo a los acreedores con garantía real, en las siguientes reformas se le otorgó legitimación a los acreedores para que éstos puedan solicitar la homologación judicial ante el juez competente.¹⁷

Los acuerdos de refinanciación tienen dos grandes efectos que son: el blindaje frente a acciones de rescisión y la extensión de los efectos a los acreedores disidentes.

¹⁵ Artículo 71 bis de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁶ Para ver los requisitos revisar el apartado segundo del artículo 71 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁷ Ver <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15938> para la reforma de la ley 38/2011, de 10 de octubre; https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2485 Real Decreto Ley 4/2014, de 30 septiembre; Ver https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9896 Ley 17/2014 en la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

Se deben cumplir los requisitos de los acuerdos ordinarios colectivos con la excepción que se necesita la aprobación del 51% del pasivo financiero y esta mayoría varía en caso de acreedores con garantías reales.

5. Desjudicialización de los procesos concursales

En las legislaciones de los países vecinos y europeos han ganado popularidad los mecanismos de negociación de acuerdos extrajudiciales por parte de los deudores dirigidos a primordialmente a los acreedores financieros. La tendencia es evitar tener que entrar a un proceso concursal tradicional. Algunos consideran que esto tiene su origen en Inglaterra con el famoso *London approach*¹⁸, pero el profesor Adolfo Rouillon manifiesta que ya existía mucho antes en Argentina y que se uso por primera vez en 1889.¹⁹

El profesor Rouillon también hace referencia a los procesos de reorganización abreviada que existen en Argentina, Brasil, Uruguay y Colombia, se refiere a estos como híbridos entre acuerdos preconcursales y concursos preventivos. Estos acuerdos como los de la legislación Española, también obligan a los disidentes.

En España existe una figura que va hacia la desjudicialización del proceso concursal, ésta cuenta con un mediador concursal y está dirigida a situaciones que no sean de especial complejidad. Se la conoce como acuerdo extrajudicial de pagos.²⁰

Sin duda todos los mecanismos que hemos comentado brevemente son de gran ayuda y sirven como verdaderas herramientas para las empresas que se encuentran en crisis y son viables económicamente. No debemos olvidar que el interés es el de mantener a las empresas viables, que éstas sigan generando valor, sigan aportando a la economía y de esta manera se protege el crédito y el empleo.

IV. Ley de Concurso Preventivo Ecuador

¹⁸ *London approach* o *London rules* son un conjunto de principios no vinculantes creados por el *Bank of England* para manejar la insolvencia. Estos principios buscan evitar la liquidación de activos. Para más información ver: <http://www.bankofengland.co.uk/archive/Documents/historicpubs/qb/1993/qb93q1110115.pdf>

¹⁹ Rouillon, Adolfo, <<El cambio del paisaje concursal a comienzos del siglo XXI>>, 27 de septiembre de 2006.

²⁰ Ver artículos 231 y siguientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

La Ley de Concurso Preventivo fue introducida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por primera vez en el año 1997, fue publicada en el Registro Oficial Número 60 del 8 de mayo de 1997.²¹ La Ley, como analizaremos más adelante, solo es de aplicación para las compañías que se encuentran bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías. La Superintendencia de Compañías expidió las Normas de procedimiento del concurso preventivo en Ecuador.

Es importante mencionar que antes de la expedición de la Ley de Concurso Preventivo no existía en el país lo que doctrinalmente se conoce como Derecho paraconcursal o preconcursal. Las empresas en el Ecuador que se encontraban en crisis tenían que vender su patrimonio por separado para poder cumplir con sus acreedores, existía más que nada la figura de un Concurso Solutorio o liquidativo más no un concurso preventivo.

El Código de Comercio en su Libro IV contiene la figura jurídica de la suspensión de pagos. En palabras del Doctor Roberto Salgado Valdez, la suspensión de pagos es la autorización que, bajo ciertas circunstancias, concede un juez competente a un deudor comerciante para que se constituya en ese estado por un tiempo determinado. Es decir durante ese tiempo puede dejar de pagar a sus acreedores.

Esta figura la podemos comprender dentro de lo que se conoce como concordato preventivo potestativo. Esta figura jurídica era lo único que contenía nuestra legislación con respecto al derecho preconcursal.

El aporte realizado por el Doctor Roberto Salgado Valdez en ese entonces Director General Jurídico de la Superintendencia de Compañía fue clave para que nazca la Ley de Concurso Preventivo en Ecuador. La sugerencia que éste le dio a la Superintendente de Compañías la economista Teresa Minuche de Mera sirvió para que se conforme una Comisión especializada y viajen al país vecino de Colombia y asistan a la Superintendencia de Compañías colombiana y conozcan como operaba la figura del concurso preventivo.²² Es el mismo Doctor Roberto Salgado Valdez, junto con el gran aporte del doctor Jesús María Sanguino, quienes elaboraron el proyecto de la Ley de Concurso Preventivo para nuestro país.

²¹ Para más información sobre la historia del nacimiento del Concurso Preventivo en Ecuador, revisar la Gaceta Societaria No. 23, páginas 71 y 72 de la Superintendencia de Compañías.

²² Salgado R. Tratado de Derecho Empresarial, Tomo IV, páginas 225- 226.

1. Ámbito de Aplicación

Lo primero que debemos analizar de la Ley de Concurso Preventivo de Ecuador es sin duda su ámbito de aplicación. El artículo 1 de la Ley señala que sólo las compañías que estén bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías y cumplan con ciertos parámetros de activos y pasivos o números de trabajadores, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites del concurso preventivo.²³

La ley en su primer artículo cierra el ámbito de aplicación y le otorga un tratamiento especial a las compañías que están sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de compañías. De esta manera se deja fuera de la protección de las normas concursales por ejemplo a la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada o a las personas naturales comerciantes que fácilmente pueden emplear a un gran número de personas, éstas empresas y personas naturales comerciantes o no, no están inmunes a las crisis y no deberían ser excluidas de las normas concursales preventivas. En el Ecuador se debe unificar la normativa concursal como bien lo ha recomendado la CNUDMI en sus Guías Legislativas.

El artículo 2 de la Ley de Concurso Preventivo señala que “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, regular las relaciones entre los mismos y a conservar la empresa.”²⁴ Como podemos ver se busca celebrar un acuerdo y que éste sirva para extinguir las obligaciones, regular las relaciones y mantener la empresa.

El artículo 1 y 2 de la Ley de Concurso Preventivo no guardan relación con el objetivo del Derecho Concursal moderno (salvar a la empresa en crisis y al comerciante). El artículo 2 de la Ley habla de mantener la empresa, pero únicamente las empresas que estén bajo el control y vigilancia de la Superintendencia de Compañías, dejando de lado a las unipersonales de responsabilidad limitada o a los comerciantes.

2. El presupuesto objetivo de la Ley de Concurso Preventivo

²³ Ver Artículo 1 de la Ley de Concurso Preventivo, Registro Oficial Suplemento 422 de 21 de diciembre 2006.

²⁴ Ver Artículo 2 de la Ley de Concurso Preventivo, Registro Oficial Suplemento 422 de 21 de diciembre de 2006.

El artículo 3 de la Ley contiene cual es el presupuesto objetivo del Concurso, la ley señala que “las compañías que teman encontrarse o se encuentren en estado de cesación de pagos, deberán tramitar un concurso preventivo ante la Superintendencia de Compañías...”

Queda definido entonces que el presupuesto objetivo del concurso es la cesación de pagos, y por cesación de pagos entendemos que es un estado patrimonial del deudor que incurra en los presupuestos establecidos en el artículo 4²⁵ de la mencionada Ley. Su literal A señala lo siguiente “el incumplimiento por más de sesenta días de una o más obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más del valor del pasivo total”

El artículo 7 de la Ley habla del plazo que tiene el deudor para presentar la solicitud del concurso, y les otorga un plazo de 60 días siguientes de producidas cualquiera de las causales previstas en la Ley. Es decir, la empresa puede presentar un concurso 120 días después de haber conocido su situación de insolvencia y estar dentro de la ley.

En España es algo similar, la declaración del concurso procede en caso de insolvencia actual y voluntariamente en caso de insolvencia inminente, y se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles.

3. El Supervisor de la sociedad concursada

Uno de los inconvenientes que desincentiva el uso de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador es que una vez admitido el mismo, en la resolución que se dicte por el Superintendente de Compañías, se dispondrá el nombramiento de uno o más supervisores de la sociedad concursada, los cuales serán designados por éste elegidos de una terna que presenten los acreedores.²⁶

Pongamos un ejemplo:

La Sociedad A tiene una estructura de capital sólida; mayor relación de capital que de deuda, se encuentra sana financieramente y no tiene problemas económicos, vende

²⁵ Art. 4 Ley de Concurso Preventivo: Cesación de pagos.-

²⁶ Art. 12 Ley de Concurso Preventivo, literal e)

todo lo que produce. Uno de los mayores clientes de ésta sociedad es el Estado. Debido a la crisis en el país el Estado se ha atrasado en el pago y mantiene varias obligaciones vencidas con sus proveedores. La Sociedad A empieza a experimentar ciertos problemas de liquidez pero debido a su salud financiera no se ha atrasado en sus pagos, pero el Director Financiero le ha advertido al Administrador que de seguir así la situación la Sociedad A va a experimentar mayores problemas en sus flujos y la podrá llevar en un mediano plazo a un estado de cesación de pagos. El Administrador de la Sociedad siendo un profesional precavido decide adelantarse a la situación y busca asesoría legal para tramitar una solicitud de concurso preventivo con el fin de renegociar sus deudas y evitar caer en estado de cesación de pagos. El asesor legal le manifiesta que una vez sea admitido el trámite de concurso preventivo, según la Ley, el Superintendente le impondrá un supervisor escogido dentro de una terna conformado por sus acreedores. Veamos entonces, si ésta Sociedad A que está siendo diligente decide usar las medidas concursales terminará con un supervisor. Lo que se traduce en la práctica es que el artículo 12 literal E se convierte en un obstáculo para todos esos administradores diligentes hagan uso de las medidas concursales, porque nadie quiere perder el control de la compañía a la cual le han conferido su administración, cuando el posible estado de cesación de pagos tenga su origen en factores externos ajenos a su responsabilidad. Lo que probablemente sucederá es que el administrador no solicitará el concurso.

Es en este ejemplo que hemos desarrollado donde la legislación concursal ecuatoriana falla, al no dotar al deudor con mejores mecanismos para evitar la solicitud del concurso. Como hemos explicado estos mecanismos pueden ser un acuerdo extrajudicial de pagos o una comunicación de negociaciones homologada judicialmente.

Recordemos lo expuesto por la profesora asociada de Oxford Kristin Van Zwieten, uno de los principios fundamentales de un derecho concursal moderno y eficaz es otorgar la posibilidad al deudor que se mantenga en la administración, más aún cuando ha sido un deudor diligente y quiere evitar una crisis financiera que pueda convertirse en crisis económica, y ahí si que el Derecho Concursal no cuenta con los mecanismos para salvar a esa empresa.

4. De las mayorías y los acreedores

El artículo 30 de la Ley de Concurso Preventivo señala en su literal b) la mayoría que se requiere para adoptar las decisiones del concordato. Se necesita el voto favorable del acreedor o acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por ciento del valor de los créditos admitidos.

Sobre este punto conviene comentar que la tendencia internacional ha sido la de disminuir las mayorías necesarias para adoptar las decisiones del concordato. Así por ejemplo en España la mayoría requerida es del 51% de los pasivos financieros, en Italia ocurre lo mismo necesitando tan solo del 51% para adoptar las decisiones.

En Estados Unidos existe la figura del cramdown power, que prácticamente le otorga la potestad al Juez de destruir las mayorías de los acreedores y de aprobar él el acuerdo.

5. Carácter general de las decisiones

El mismo artículo 30 en su literal c establece que las decisiones deberán tener carácter general y tomarse respetando la prelación de créditos establecida por la ley y los convenios. La Ley así mismo otorga la posibilidad para que los acreedores renuncien a sus preferencias en beneficio de la empresa. Parece un poco kafkiano que el mismo acreedor renuncie a sus preferencias en beneficio de la empresa, no somos tan buenos los participantes del mercado y por lo general velamos por nuestro interés propio antes que el común.

La Ley de Concurso Preventivo pudiera ser reformada de igual manera como lo hizo Italia con su *Ley Falimentare* y otorgar al deudor la posibilidad de categorizar a los acreedores que mantengan créditos similares o situaciones jurídicas homogéneas. El derecho estadounidense funciona así, el deudor subdivide su oferta en tantas clases de acreedores tenga.

6. Ausencia de los acreedores

El artículo 31 de la Ley de Concurso Preventivo es sin duda increíble que exista dentro de una norma que pretende salvar a la empresa en crisis y no guarda relación en absoluto con el derecho concursal moderno. En concreto, el precepto establece que “*De no concurrir los acreedores que representen por lo menos el setenta y cinco por*

ciento del valor de los créditos admitidos, se convocará a una nueva reunión que deberá celebrarse dentro del término de cinco días subsiguientes. Si a esta reunión tampoco concurren dichos acreedores, el Superintendente dará por terminado el trámite concursal.”

Con el artículo 31 de la Ley, el legislador ecuatoriano deja la suerte y el futuro de las empresas en crisis en manos de sus acreedores. Bastaría prácticamente con que un acreedor financiero no asista a las reuniones para que se termine el trámite concursal. ¿Dónde queda el objetivo de la Ley? ¿Dónde queda el querer salvar a la empresa viable para que siga funcionando, generando empleo y siga creando valor y riqueza para la sociedad? Si la presente Ley pretendía en algún momento tratar de equiparar la balanza entre acreedores y deudores, con el artículo 31 claramente inclina la balanza a favor de los acreedores y podríamos intuir que lo hace debido a que su verdadero fin fue y sigue siendo el interés de los acreedores más no el de las empresas en crisis financiera que sean viables económicamente.

Es por estas razones que en las legislaciones modernas las mayorías requeridas no son tan altas y en otras existen figuras como la ya repetida *<cramdwon power>*, de estas maneras los acreedores se toman en serio el concurso de las empresas y saben que si no asisten a las reuniones y no tienden a dar soluciones para mantener viable la empresa, se corren el gran riesgo de que un juez apruebe el concurso o de que una mayoría no tan alta lo apruebe y se extiendan los efectos del acuerdo a los acreedores disidentes.

7. Superintendencia de Compañías o Jueces de lo Civil y Mercantil

La Ley de Concurso Preventivo le otorga a la Superintendencia de Compañías a través de sus representantes la potestad para admitir y tramitar las solicitudes de concurso preventivo de las compañías en el Ecuador.

En la gran mayoría de países esta facultad ha sido otorgada a Jueces especiales en la materia, en España, se crearon los Juzgados de lo Mercantil que conocían de causas mercantiles, societarias, concursales y entre otras. Las recomendaciones legislativas realizadas por la CNUDMI han ido en el sentido de que estas causas deberían ser tratadas en Juzgados especializados en Derecho Concursal y de ésta manera unificar el Derecho Concursal. En el Ecuador como hemos visto una compañía debe presentar

el trámite ante la Superintendencia de Compañías y las personas naturales comerciantes o no antes los Jueces de lo Civil y Mercantil.

Los problemas en que radica que sea la Superintendencia de Compañías la encargada de gestionar los trámites concursales, es que por un lado se limita su ámbito de aplicación y por el otro no cuenta con toda las atribuciones necesarias para hacer del procedimiento concursal un proceso eficaz y eficiente con miras a conservar la empresa.

Si el legislador ecuatoriano desea mantener el proceso concursal de las empresas ante la Superintendencia de Compañías, debería adoptar una serie de medidas: (i) permitir que las empresas unipersonales de responsabilidad limitada también puedan hacer uso de las medidas concursales preventivas (así éstas no estén bajo su control y vigilancia); (ii) dotar de *imperium* al Superintendente de Compañías para que éste pueda homologar los acuerdos a los que hayan llegado deudor y acreedor con las mayorías requeridas para así extender sus efectos a los acreedores disidentes; (iii) en el mismo sentido dotar de poder al Superintendente de Compañías para que éste en contra de los acreedores, pueda aprobar un acuerdo que considere, previo el análisis financiero y económico respectivo, sea el medio viable para mantener a una empresa en el mercado.

V. Recomendación

Por último se necesita conformar una Comisión Especializada conformada por expertos en la materia, para que éstos estudien las reformas que se han introducido en los países de la región, en los de la Unión Europea, en el derecho estadounidense y sigan las Guías Legislativas elaboradas por expertos de la CNUDMI y elaboren una nueva Ley Concursal que comprenda a todos los sujetos que operan en el comercio sin distinción, se necesita una ley para todos, y que cuente con las herramientas y mecanismos necesarios para afrontar las crisis.

Así mismo se debe fomentar el debate en el foro, en las Facultades de Derecho de las Universidades del país, fomentar Congresos, Seminarios, para que los alumnos y próximos abogados del país se preparen en esta materia. Como todo debe ser un engranaje perfecto se debería estudiar la posibilidad de quitarle la competencia a la Superintendencia de Compañías y crear Juzgados especializados en Derecho Mercantil, Societario y Concursal, y que sean estos quienes conozcan de los

procedimientos, de esta manera tendremos jurisprudencia de un nivel técnico jurídico que nos servirá para el continuo desarrollo de esta materia

VI. Bibliografía:

- Baird, D.. (1998). *Bankruptcy's Uncontested Axioms*. USA: Yale Law Journal
- Baird, D.. (2015). *Elements of Bankruptcy* (6th Edition). USA: Foundation Press
- Guías Legislativas sobre el Régimen de Insolvencia, según la UNCITRAL https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf
- Gurrea, A.. (2014) *La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores* (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2400128)
- Holdert, A.. (2010). *Introducción al Derecho Concursal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Jiménez, G.. (2010). *Lecciones de Derecho Mercantil (decimocuarta edición)*. Madrid: Tecnos.
- Memento, (2014). *Sociedades Mercantiles* Madrid: Francis Lefebvre
- Pacchi, S.. (2014). *Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial (Reformas en el derecho comparado y Crisis económica)*. La solución dictada por el Legislador Italiano. Navarra: Aranzadi.
- Rodríguez, J.. (2007). *Aproximación al Derecho Concursal Colombiano*. Revista Mercatoria, 6, 1-27.
- Rouillon, A.. (2007). *El cambio del paisaje concursal a comienzos del siglo XXI*. Anuario de Derecho Concursal, 11, 253-261
- Salgado, R.. (2015). *Tratado de Derecho Empresarial y Societario (Tomo IV)*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Van Zwieten, K.. (2015). *Restructuring law: recommendations from the European Commission*. abril, 1, 2016, de The European Bank for Reconstruction and Development (EBRD) Sitio web: <http://www.ebrd.com/downloads/research/law/lit114e.pdf>
- Wessels, B., (2007) *Europe deserves a new approach to Insolvency Proceedings*. European Company Law.