



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DEL
DERECHO CONCURSAL Y SU
EFECTIVIDAD PARA PROTEGER LOS
INTERESES DE LOS ACREEDORES Y
DEUDORES. CASO DE ESTUDIO ESPAÑA Y
ECUADOR.**

Autor:

Matías José Enderica Castillo

Director:

Esteban Francisco Coello Muñoz

Cuenca – Ecuador

2024

DEDICATORIA

Este trabajo esta dedicado para mis abuelos José, María, Víctor y Vilma, a quienes siempre quiero llenar de orgullo por su eterno cariño y apoyo.

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis padres, por haberme guiado y apoyado a lo largo de la carrera, sin su ayuda el finalizar esta etapa no habría sido posible.

RESUMEN

El Derecho concursal, es una rama que trata de solucionar el régimen de insolvencia de tanto empresas como personas naturales, tomando en consideración a la insolvencia como la falta de capacidad de pago o de cumplimiento de obligaciones. Esta rama se basa en seguir el procedimiento concursal o un concurso de acreedores, el cual tiene mecanismos, como lo son el convenio de acreedores y la liquidación, para los cuales se tiene que hacer un análisis previo de la viabilidad del patrimonio del deudor para saber cuál aplicar y así asegurar su efectividad para proteger tanto los intereses de los deudores como de los acreedores que estén inmersos en un concurso.

Estos mecanismos, en el caso de Ecuador, no tienen una amplia regulación, en comparación a su desarrollo en España, por lo que se analizó tanto la regulación ecuatoriana como española para analizar la efectividad de estos mecanismos en estos países, así como para determinar qué decisión tomar a la hora de estar en un procedimiento concursal basado en la viabilidad, con el fin de evitar un error concursal y procurar la máxima efectividad. Después del análisis realizado, se sugiere que en Ecuador se debe intentar desarrollar más la normativa concursal tomando como referencia a la legislación española para tener mejores resultados y que estos sean efectivos al momento que se inicia un concurso de acreedores.

Palabras clave: concurso de acreedores, convenio de acreedores, derecho concursal, liquidación, viabilidad.

ABSTRACT

Bankruptcy law addresses the insolvency regime of both companies and individuals, defining insolvency as the inability to pay or meet obligations. This branch aims to resolve insolvency by following either an insolvency procedure or an arrangement with creditors. These procedures use mechanisms such as creditors' agreements and liquidation, requiring a prior analysis of the debtor's asset viability to choose the most suitable approach. By doing so, the law seeks to effectively protect the interests of both debtors and creditors involved in an insolvency proceeding.

In Ecuador, these mechanisms lack comprehensive regulation compared to their more advanced development in Spain. To evaluate the effectiveness of these mechanisms, this study examines both Ecuadorian and Spanish regulations. The analysis aims to determine the best decisions to make during bankruptcy proceedings based on asset viability, avoiding errors and ensuring maximum effectiveness. After completing the analysis, this study recommends that Ecuador further develop its bankruptcy regulations, using Spanish legislation as a model, to achieve better and more effective outcomes when initiating bankruptcy proceedings.

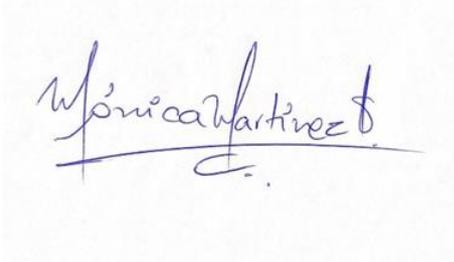
Keywords: bankruptcy proceedings, creditors' agreement, bankruptcy law, liquidation, viability.

Matías José Enderica Castillo

matias.enderica@es.uazuay.edu.ec

Celular: 099 513 3182

Approved by

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598

ÍNDICE

Contenido	
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN.....	iv
ABSTRACT	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO CONCURSAL	3
1.1 Obligaciones.....	3
1.2 Insolvencia	4
1.3 Definición de Derecho concursal	6
1.4 Finalidad del Derecho concursal	7
1.5 Presupuestos del Derecho concursal	8
1.5.1 Presupuesto Subjetivo	8
1.5.2 Presupuesto Objetivo.....	9
1.6 Antecedentes e historia del Derecho concursal	9
1.7 Mecanismos del Derecho concursal	11
1.7.1 Concurso de acreedores.....	11
1.7.2 Convenio de acreedores o concordato.....	12
1.7.3 Liquidación.....	12
1.8 Derecho concursal en el Ecuador	13
1.8.1 Regulación en cuerpos normativos.....	13
CAPÍTULO 2 DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA	17
2.1 Nociones Generales.....	17
2.2 Texto Refundido de la Ley Concursal.....	18
2.3 El juzgador competente para el concurso y la administración concursal	19
2.3.1 Juez competente del concurso	19
2.3.2 Administración Concursal.....	20
2.4 Presupuestos formales del concurso.....	20
2.5 Regulación de los mecanismos del Derecho concursal en la legislación española	22
2.5.1 Convenio de acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal.....	22
2.5.2 Liquidación en el Texto Refundido de la Ley Concursal.....	23
2.6 Prelación de créditos	25
2.7 Derecho preconcursal y sus mecanismos	26
2.8 Desarrollo del Derecho concursal en España en comparación a Ecuador.....	27
CAPÍTULO 3 EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DEL DERECHO CONCURSAL Y ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE EMPRESAS O DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR. 29	
3.1 Viabilidad de las empresas o del patrimonio.....	29
3.2 Efectividad de los mecanismos del Derecho concursal.....	31

3.3 Error concursal	34
3.4 Recomendaciones.....	36
CONCLUSIONES	39
REFERENCIAS	42

INTRODUCCIÓN

El presente estudio se realiza en virtud de la falta de desarrollo del Derecho Concursal en Ecuador en comparación a su avance y desarrollo en España. Esta rama del Derecho está dotada de mecanismos y herramientas que ayudan a los deudores en un estado de insolvencia o de una posible insolvencia y a sus acreedores, con la posibilidad de llegar a un acuerdo materializado en un convenio de acreedores con disposiciones de quitas y esperas en los créditos o a una liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor de una forma ordenada con una correcta clasificación de créditos para definir el orden de pago a los acreedores.

Los mecanismos del Derecho concursal son los mencionados en líneas anteriores, el convenio de acreedores y la liquidación de la masa activa, los dos posibles resultados de un concurso de acreedores. Los mismos son analizados y como cada uno beneficia de diferentes formas tanto a los intereses del deudor concursado como de sus acreedores. En general estos responden a la necesidad de salvar ciertas deficiencias que se pueden presentar en un incumplimiento generalizado de un deudor.

Existe el problema que en el Ecuador no existe un suficiente desarrollo del Derecho concursal, esto haciendo una comparación con el caso de España, donde si se toma una especial consideración a esta rama por sus beneficios para los intervinientes en un procedimiento concursal ya que los mecanismos que brinda el Derecho concursal pueden ser de gran ayuda para la reestructuración empresarial y el fiel cumplimiento de obligaciones.

En Ecuador, el poco desarrollo se evidencia con escasos artículos en un cuerpo normativo adjetivo de materia civil que es Código Orgánico General de Procesos, la Ley de Concurso Preventivo dirigida a empresas específicamente, la Ley de Apoyo Humanitario que tiene artículos derogados y la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Por otro lado, en España se tiene un Texto Refundido de Ley Concursal, con contenido de más de 700 artículos que regulan muchas más situaciones y posibilidades que en Ecuador, como los órganos del concurso como la administración concursal, las clasificaciones de crédito, la liquidación, las competencias del juez concursal, entre otras.

El presente trabajo de investigación tiene por objetivos analizar los mecanismos y características del Derecho concursal existentes en el Ecuador, contrastar lo que establece la legislación española con lo que establece la ecuatoriana en cuanto al Derecho

concurzal y por ultimo analizar la efectividad de los mecanismos de Derecho concurzal analizados, para el beneficio de tanto acreedores como deudores, partiendo de un análisis de viabilidad empresarial y del patrimonio del deudor para en base a dicho análisis, tomar una decisión acertada sobre que mecanismo aplicar a cada caso en concreto y así evitar un error concurzal.

La metodología que se aplicó en este trabajo tiene un enfoque cualitativo, el cual utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación. Se tomó en cuenta tanto doctrina como legislación de Ecuador y España para el desarrollo del mismo, haciendo una comparación entre lo aplicado en estos dos países, siempre tomando en consideración el mayor desarrollo que tiene España.

CAPÍTULO 1

NOCIONES BÁSICAS DEL DERECHO CONCURSAL

1.1 Obligaciones

Previo a analizar el Derecho concursal, se tiene que entrar en el análisis de las obligaciones y su cumplimiento, principalmente las obligaciones de dar dinero, en virtud de que el Derecho concursal y sus mecanismos tienen una finalidad patrimonial. Las obligaciones son una parte esencial en el desarrollo de relaciones jurídicas. Cabanellas de las Cuevas (2011) define a la obligación como aquel vínculo legal, voluntario o de hecho que impone una acción u omisión.

Para el Derecho de obligaciones hay que resaltar las llamadas obligaciones civiles, que para Castillo (2014) son aquellas que generan un vínculo para su cumplimiento o ejecución; vínculo que debe existir entre personas determinadas, estas generan el derecho que tiene el acreedor de deuda o acreencia, el cual es un derecho subjetivo el cual le permite exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación.

Según el Código Civil ecuatoriano (2005), en su artículo 1453 las obligaciones nacen ya sea del concurso real de voluntades, como en los contratos; de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en los cuasicontratos; de un hecho que cause injuria o daño, como en los delitos y cuasi delitos; por disposición de la ley, como el deber que tiene un padre con los hijos de familia.

El mismo Código Civil (2005) establece en su artículo 1454 que hay tres tipos de obligaciones, se hace mención a las obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. En palabras de Castillo (2014) las obligaciones de dar consisten en la entrega de un bien o una cantidad de dinero; las de hacer, en la ejecución de un hecho; y las de no hacer, en una abstención de una acción o conducta.

Los tipos de obligaciones principalmente relacionadas con el Derecho concursal son las obligaciones de dar dinero, en las que generalmente existen dos partes, el acreedor, que es el titular de un derecho subjetivo de crédito, y, por otro lado, el deudor, que es el obligado de cumplir con lo debido o la prestación a la que se comprometió pagar. El acreedor al ser el titular del derecho subjetivo, está facultado a exigir al deudor el cumplimiento de la obligación, en el caso de un incumplimiento el acreedor está investido de una serie de facultades para defender sus intereses y cobrar sus acreencias. Otra consecuencia de este incumplimiento, es que se genera una presunción de insolvencia del

deudor, lo cual es un requisito indispensable para los procedimientos concursales (Castillo, 2014)

1.2 Insolvencia

La insolvencia según el Diccionario de la Real Academia Española (2023) significa “Falta de solvencia, o incapacidad de pagar una deuda”, esta situación, en palabras del autor, Moreno Buendía (2021), presupone un fallo en el mercado y en el sistema jurídico, errando así los mecanismos societarios de control de la estabilidad financiera y patrimonial. Lo que evidencia un error o un mal manejo de los administradores de patrimonios ajenos o de las personas naturales de sus propios patrimonios para evitar o prevenir situaciones de crisis económica.

En este contexto, cuando el patrimonio del deudor, es insuficiente o se cree que va a ser insuficiente para cubrir todas las deudas con sus acreedores, se genera una situación de insolvencia, que afecta tanto al propio deudor, a sus acreedores e incluso a terceros interesados en los créditos debidos.

En el Ecuador, tenemos situaciones reguladas por la ley, que hacen presumir el estado de insolvencia de un deudor, las cuales se encuentran en el artículo 416 del Código Orgánico General de Procesos (2015), el cual establece:

Art. 416.- Presunción de insolvencia. Se presume la insolvencia y como consecuencia de ella se declarará haber lugar al concurso de acreedores o a la quiebra cuando:

1. Requerido la o el deudor con el mandamiento de ejecución, no pague ni dimita bienes.
2. Los bienes dimitidos sean litigiosos. No estén en posesión por la o el deudor. Estén situados fuera de la República, o consistan en créditos no escritos o contra personas de insolvencia notoria.
3. Los bienes dimitidos sean insuficientes para el pago, según el avalúo practicado en el mismo proceso o según las posturas hechas al tiempo de la subasta. Para apreciar la insuficiencia de los bienes, se deducirá el importe de los gravámenes a que estén sujetos, a menos que se haya constituido, para caucionar el mismo crédito (...).

Con estas presunciones de insolvencia se puede dar inicio al procedimiento concursal, el cual inicia por esa presunción de que el deudor no tiene la capacidad para pagar a todos sus acreedores. Principalmente se suele llegar a esta necesidad en virtud de que el deudor incumplió un mandamiento de ejecución emitido por una autoridad judicial o un juzgado de coactivas, generalmente por no contar con la liquidez suficiente en la masa activa de su patrimonio o por no haber dimitido bienes, lo que significa poner a disposición de sus acreedores los bienes de su propiedad, en este punto hay que aclarar que si el deudor tiene bienes pero no los suficientes para cubrir el monto de la obligación pendiente de pago en virtud del mandamiento de ejecución, se le presumirá insolvente de igual forma que si no tuviera ningún bien disponible para la dimisión (Gaspar-Santos et al., 2022).

También el Código Orgánico General de Procesos (2015), hace referencias a las clases de insolvencia, las cuales son la insolvencia fortuita, que es la que proviene de casos fortuitos o de fuerza mayor, basado en lo establecido en el artículo 30 del Código Civil ecuatoriano; la insolvencia culpable, que es ocasionada por una conducta imprudente o dispada del deudor; y, la insolvencia fraudulenta, que es aquella en la que ocurren actos maliciosos del deudor para perjudicar a sus acreedores intencionalmente, la cual está tipificada en el Código Orgánico Integral Penal (2014). Como un delito en su artículo 205, el cual tipifica también como delito cuando una persona en calidad de representante legal, administradora, apoderada o empleada de una empresa simule el estado de insolvencia de su representada.

El estado de insolvencia genera determinados efectos, entre ellos el primero es que las personas no pueden tener manejo sobre sus bienes, perdiendo así la facultad de enajenar los mismos y la posibilidad de tener cuentas ya sea de ahorro o corrientes en instituciones del sistema financiero; el segundo efecto es el nombramiento de un síndico, que es una persona que actúa en representación de los acreedores para encargarse de que las obligaciones y deudas pendientes por la persona insolvente sean pagadas; el tercer efecto que se puede presentar es una reparación de daños generados por el cumplimiento (Gaspar-Santos et al., 2022).

En respuesta a esta situación de insolvencia, surgen varios mecanismos legales los cuales pueden ser ejecutados principalmente por el acreedor con el fin de proteger sus intereses o después de diez años el deudor puede rehabilitarse, sin embargo, la repuesta

óptima para este problema, la encontramos con el Derecho concursal, rama la cual encuentra su justificación en la solución de conflictos que se pueden llegar a generar por la insolvencia del deudor mirando los intereses de tanto la masa de acreedores como del propio deudor (Moreno Buendía, 2021), siempre tomando en cuenta que para que se pueda iniciar un concurso de acreedores el requisito es que la persona concursada, ósea la persona deudora, sea insolvente.

1.3 Definición de Derecho concursal

Podemos definir al Derecho concursal como aquella rama del Derecho que trata de solucionar los estados de insolvencia de empresas y personas naturales, intentando establecer acuerdos entre el deudor insolvente y sus acreedores, en el caso de que un acuerdo no sea posible, se procederá con la liquidación de la masa activa del patrimonio para cubrir las obligaciones pendientes con los acreedores. En el caso de que ninguna de las opciones sea posible para así satisfacer los créditos pendientes de pago se declarara como definitivo el estado de insolvencia (Alvargonzález, 2020).

Analizando la definición y lo que abarca esta rama, se puede deducir que uno de los principios del Derecho concursal es fortalecer las relaciones mercantiles y garantizar dentro de las relaciones jurídicas un estado de seguridad financiera, lo que pretende brindar seguridad jurídica tanto a acreedores como a deudores para que en una situación de insolvencia no se den situaciones aleatorias (Unir, 2021).

Los procedimientos regulados por el Derecho concursal dan la posibilidad a los acreedores de cobrar efectivamente sus créditos sin tener que llegar a un proceso de ejecución forzosa en el caso de que se llegue a un acuerdo o concordato, lo cual es un beneficio para los intereses de los acreedores en el ahorro de tiempo y recursos. Además, estos procedimientos dan la posibilidad a los deudores de intentar buscar alternativas de pago para evitar una insolvencia definitiva o interdicción (Alvargonzález, 2020).

En base a estas afirmaciones, se puede concluir que la finalidad esencial del Derecho concursal es patrimonial, al intentar cumplir con el pago de obligaciones dinerarias con mecanismos que se dan en el concurso de acreedores como lo son los acuerdos o concordatos y la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor (Moreno Buendía, 2021).

1.4 Finalidad del Derecho concursal

Como se mencionó anteriormente, esta rama del Derecho tiene una finalidad concentrada en el área patrimonial, en palabras de los autores Nicolás Augostatos y Manuel Dorado (2023) el Derecho concursal responde a la necesidad de establecer un sistema que permita salvar ciertas deficiencias que suscita un incumplimiento generalizado de un deudor.

Cuando se presenta un incumplimiento por parte de un deudor, en virtud de una situación de insolvencia, los acreedores se encuentran en una posición supeditada a circunstancias aleatorias y en mucho de los casos injustas, de igual forma el deudor se puede encontrar en una situación de estancamiento sin tener opciones viables para la subsistencia de su actividad económica, en estas situaciones en donde las opciones “concursoales” se tornan viables, ya que ofrece alternativas de cobro eficientes a los acreedores de una forma ordenada y al deudor le ofrece opciones de “quita” y “espera”, la quita, refiriéndose a la condonación ya sea de intereses pendientes de pago o parte del capital de la deuda por medio de un acuerdo con los acreedores; y, la espera, refiriéndose al aplazamiento de las fechas de vencimiento de los créditos para que así el deudor pueda obtener más recursos para poder llegar a cumplir sus obligaciones (Augostatos et al., 2023).

Además, lo que se pretende al iniciar un procedimiento concursal, es la subsistencia de la empresa concursada o el patrimonio del deudor y la posibilidad que se pueda continuar con su actividad económica, sin embargo, esto debería tener cierto límite basado en la viabilidad del patrimonio de la persona o empresa concursada.

Al intentar reestructurar mediante acuerdos concursoales el patrimonio de un deudor o una empresa, el cual no es viable, se causa el mismo daño jurídico que liquidando el patrimonio viable de un deudor, porque si no es un patrimonio viable no se garantiza el que pueda cumplir con obligaciones futuras. A esto se le denomina el *error concursoal*, por lo que es clave analizar la viabilidad económica de la empresa o patrimonio para saber que mecanismo escoger, ya sea el concurso de acreedores para llegar a un acuerdo o concordato; o por otro lado la liquidación de la masa activa del patrimonio del deudor (Carrasco Delgado, 2020).

1.5 Presupuestos del Derecho concursal

1.5.1 Presupuesto Subjetivo

Cuando hablamos del presupuesto subjetivo del concurso de acreedores, nos referimos a quienes pueden iniciar y quienes pueden ser parte del concurso. Por el lado del concursado, debemos tomar en cuenta que puede ser cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, comerciante o no. En el Ecuador, en la Ley de Concurso Preventivo (1997) tiene un presupuesto subjetivo especial, en el primer inciso de su artículo 1 se establece:

Art. 1.- Sujetos.- Las compañías constituidas en el país, sujetas a vigilancia y control por la Superintendencia de Compañías, que tengan un activo superior a diez mil quinientos quince 60/100 (10.515,60) dólares de los Estados Unidos de América o más de cien trabajadores permanentes, con un pasivo superior a cinco mil doscientos cincuenta y siete 80/100 (5.257,80) dólares de los Estados Unidos de América, no podrán ser declaradas en quiebra sino cuando previamente hayan agotado los trámites del concurso preventivo (...).

En las Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo (H. Congreso Nacional, 1999), en su artículo 1 se evidencia igualmente este presupuesto subjetivo especial, ya que se establece que son sujetos de concurso preventivo las sociedades sometidas al control de la Superintendencia de Compañías que se encuentren en los supuestos contemplados en el Art. 1 de la Ley de Concurso Preventivo. De igual forma, en el caso ecuatoriano, nos encontramos con otro presupuesto subjetivo en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (2020), en su artículo 50, se regula una protección concursal para los emprendimientos que estén en un estado de reestructuración conforme a esta ley y que estén bajo el control de una de las superintendencias. Con lo que esta protección concursal solo podría aplicarse a emprendimientos, y con un presupuesto objetivo que sería que estén en un proceso de reestructuración.

En el caso español, el concurso de acreedores procede respecto de cualquier deudor, sea este persona física o jurídica según el artículo 1.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020), no obstante, para los deudores que sean microempresas se establece en su Libro III un procedimiento especial. Incluso la legislación española permite que puedan ser parte del concurso realidades que carecen

de personalidad jurídica como la herencia sin que esta haya sido aceptada pura y simplemente (Augostatos et al., 2023).

1.5.2 Presupuesto Objetivo

La mayoría de legislaciones, como es el caso de la ecuatoriana y la española, coinciden en este punto, ya que establecen que el presupuesto objetivo es que el concurso procede en el caso de insolvencia. Esto lo establece el artículo 2.1 del texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020), como el Código Orgánico General de Procesos (2015), el cual en su artículo 414 establece:

Art. 414.- Concurso de acreedores. Tiene lugar el concurso de acreedores, en los casos de cesión de bienes o de insolvencia.

Si se trata de comerciantes matriculados, el proceso se denominará indistintamente concurso de acreedores o quiebra.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, por insolvencia debemos entender que es la imposibilidad del deudor de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, por otro lado, hablamos de cesión de bienes cuando los deudores se ven en la necesidad de ceder o dar en dación en pago sus bienes para lograr satisfacer las acreencias debidas (Aguirre, 2017).

1.6 Antecedentes e historia del Derecho concursal

Existen antecedentes del Derecho concursal que datan desde la antigua Roma, lo que permite entender la evolución de esta rama del derecho hasta nuestros días. Esta evolución varía dependiendo de cada ordenamiento jurídico, en ciertos países, como es el caso español la historia del Derecho concursal es muy amplia, está llena de cambios y actualizaciones recientes en las que principalmente regula la insolvencia de los deudores frente a sus acreedores y las diversas situaciones que se pueden presentar a la hora de enfrentar esta situación (Peláez, 2024).

Para el autor, Manuel Peláez (2024) el principal antecedente histórico del Derecho concursal lo encontramos en el derecho romano, con la *Lex Poetelia Papiria*, esta ley se promulgó con el fin de que se reconozca la existencia de una prenda general sobre todos los bienes del deudor, con el fin de proteger los intereses de los acreedores

principalmente, se establecieron además distintos mecanismos legales para la satisfacción de créditos en caso de un estado de insolvencia de la persona deudora.

Saul Argeri (1983) en su obra *Manual de Concursos*, nos habla que el concurso de acreedores como tal, nace igualmente en Roma con la *Bonorum Venditio*, una institución que consistía en un procedimiento de ejecución de los bienes de los deudores en situación de insolvencia, o en el caso de que el deudor haya fallecido. En este procedimiento se citaba a todos los acreedores para que cobren sus créditos y así se dividan los activos del patrimonio del deudor.

A la vez se instauró la *Cessio Bonorum*, institución la cual permitía que el deudor insolvente ceda sus bienes a los acreedores con el fin de que queden autorizados para su venta con el fin de que así cobren sus créditos o que se los adjudiquen entre ellos, en este proceso el deudor tenía un derecho inherente a reservarse los bienes indispensables para la alimentación suya y de su familia (Argeri, 1983).

La *Cessio Bonorum*, además de ser un beneficio para los intereses de los acreedores, tiempo después abría una gran posibilidad al deudor para el pago de sus deudas, ya que otorgaba el tiempo de espera de cinco años para que el deudor pueda pagar las deudas contraídas siempre y cuando el deudor tenga buena fe, requisito indispensable para la prórroga (Zambrana, 2001).

En el Ecuador, no contamos con una referencia histórica muy basta del Derecho concursal a diferencia de países como España, el cual tiene un amplio desarrollo doctrinal e histórico del Derecho concursal. En el caso español, tenemos como primera referencia a la etapa preconcursal que se dio durante la Edad Media hasta el siglo XIX aproximadamente, periodo en el cual se reconocía dos procesos ante una situación de insolvencia, la cesión de bienes del deudor a sus acreedores de forma voluntaria o la quiebra, que significaba un embargo y venta forzosa de los bienes del deudor para que los acreedores cobraran según el orden ya preestablecido de prelación de créditos (Peláez, 2024).

Desde el siglo XIX comenzó la etapa codificadora, en el año de 1829 con el Código de Comercio, se instauró un proceso único para la quiebra de comerciantes, basada en los principios de unidad, universalidad y publicidad, el cual tenía tres fases, en primer lugar, la declaración de quiebra; la segunda fase, el concurso de acreedores; y, la

tercera fase era la liquidación en el caso de ser necesaria para la satisfacción de deudas (Peláez, 2024). Posteriormente se siguió desarrollando eficazmente esta rama del Derecho, llegando hasta la etapa actual del Derecho concursal, la cual empezó en el año 2003 con la Ley 22/2003 Concursal, que tenía el objetivo de satisfacer tanto los intereses de los acreedores como los del concursado. La última actualización de la normativa concursal española fue con la ley 16/2022 del 5 de septiembre con la Reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal (Augostatos et al., 2023)

Por otro lado, en Ecuador, como se mencionó en líneas anteriores no hay un desarrollo amplio de normativa concursal, los antecedentes relacionados con el Derecho concursal en nuestro país la prohibición de encarcelamiento por deudas no pagadas contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1969, y que posteriormente fue aceptado e incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos de 8 de marzo de 1985. Posteriormente, sin la posibilidad de ir a prisión por deudas, se abrió la oportunidad de poder llegar a acuerdos con los acreedores y así buscar la satisfacción de créditos. El más notable desarrollo normativo concursal en el Ecuador fue la Ley de Concurso Preventivo, expedida en el año de 1997, dirigida a empresas principalmente para evitar su quiebra (Valarezo Bravo, 2024).

1.7 Mecanismos del Derecho concursal

1.7.1 Concurso de acreedores

El concurso de acreedores es un procedimiento mediante el cual varios acreedores buscan cobrar sus créditos concurriendo a una ejecución colectiva. Tiene un carácter patrimonial, al intentar hacer frente a la situación de insolvencia del deudor, además de un carácter colectivo, al tener un número plural de acreedores (Aguirre, 2017).

El profesor, Dr. Roberto Salgado (2002), menciona que “El concurso de acreedores no es sino la reunión de todas las personas a las cuales debe el deudor, con el objeto de por medio de la enajenación de sus bienes y de sus frutos cobrar las acreencias, a través de las acciones del síndico, que es su representante, con la aprobación del Juez, ya sea mediante convenio a que llegaren con el deudor o por adjudicación del producto de la enajenación por parte de dicho Juez si no hay tal convenio”.

Uno de los fines del concurso de acreedores, es la reestructuración patrimonial o empresarial, a la misma se llega mediante acuerdos con los acreedores, esto con el fin de

facilitar la rehabilitación económica del deudor y, en consecuencia, evitar la insolvencia definitiva y con esto la pérdida de plazas laborales. Además, se busca mantener los conocimientos técnicos y la confianza de las empresas inmersas en un proceso concursal. Con el fin de analizar si es correcto el elegir la reestructuración empresarial, y por ende optar por el concurso de acreedores, se tiene que analizar la viabilidad de la empresa o el patrimonio del deudor (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

En el caso de que, si sea viable continuar con las actividades mercantiles por que se tiene una cierta estabilidad y una buena proyección a futuro, conviene realizar un concurso de acreedores y con este una reestructuración para buscar solventar oportunamente las obligaciones, caso contrario no tendría sentido alguno el buscar cumplir con las obligaciones atrasadas si en un futuro se va a caer en la misma situación, por lo que la mejor opción en estos casos es la liquidación.

1.7.2 Convenio de acreedores o concordato

El convenio de acreedores o concordato como se lo llama en Ecuador, no es más que esa opción que se puede tomar en un concurso de acreedores que consiste en acuerdos pactados entre el deudor con sus acreedores que pueden contener quitas o esperas. Lo que se traduce en condonaciones y refinanciamientos de créditos sin necesidad de que se liquide completamente la masa activa del deudor. El convenio de acreedores es la medida estrella para la reestructuración empresarial y la mejor solución u opción de un concurso de acreedores para empresas viables (Rubio, 2022).

1.7.3 Liquidación

Para Carrasco Delgado (2020) la liquidación de una sociedad o un patrimonio implica la conclusión de sus operaciones comerciales, la venta de sus activos para cubrir el total de su pasivo, y luego la disolución de los activos restantes entre los miembros o accionistas en el caso de una empresa o persona jurídica. Esta solución en un procedimiento concursal no es frecuente en Ecuador, ya que los mismos están destinados en un convenio o concordato. Pero en la legislación en otros países, por ejemplo, en el caso del derecho español, la liquidación está entre las posibles soluciones en un caso concursal. Si una empresa ha caído en insolvencia y su función es inservible con un patrimonio inviable, la única y mejor solución que debería ser aplicada es la liquidación,

pero en la mayoría de los casos esto no sucede y cuando no se aplica ocurre un error concursal.

La liquidación es la forma ideal de terminar un procedimiento concursal cuando el patrimonio del deudor, este ya sea una persona natural o una persona jurídica, es inviable para continuar con sus actividades mercantiles, esto con el fin de evitar generar una inseguridad jurídica a los acreedores futuros, con el riesgo de nunca poder cobrar sus acreencias (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

1.8 Derecho concursal en el Ecuador

1.8.1 Regulación en cuerpos normativos

En el Ecuador, encontramos legislación concursal con un desarrollo escaso en comparación a otros países, principalmente tomando en cuenta el caso español, sin embargo, hay que resaltar que en países latinoamericanos como Chile y Colombia encontramos un amplio repertorio de legislación concursal de una forma más ordenada y avanzada a comparación que la ecuatoriana.

En Ecuador, contamos con normativa concursal en el Código Orgánico General de Procesos, en la Ley de Concurso Preventivo, en la Ley de Apoyo Humanitario, en la Ley de Emprendimiento e Innovación y en la Codificación de la Junta Política Monetaria, en su libro primero, tomo VIII. Hay que resaltar que, de los cuerpos normativos citados, solo la Ley de Concurso Preventivo tiene un enfoque principalmente en la rama del Derecho concursal, los otros textos no tienen un desarrollo normativo enfocado al Derecho concursal. Incluso donde más resalta la regulación concursal es en el Código Orgánico General de Procesos, ya que este cuerpo normativo es de carácter adjetivo para regular los aspectos procesales de las materias no penales y constitucionales en el Ecuador, mas no una rama sustantiva como sería el Derecho concursal (Alvargonzález, 2020).

La Ley de Concurso Preventivo y sus Normas de Aplicación (1997), tienen como objeto la celebración de acuerdos o concordatos entre los deudores y sus acreedores, los cuales tiendan a extinguir las obligaciones mantenidas por la compañía en estado de cesación de pagos, esto con el fin de regular las relaciones entre acreedores y deudores y poder conservar las empresas.

Entre los años 2020 y 2021, con el fin de combatir la crisis económica generada por la pandemia global ocasionada por el COVID-19 se expidieron leyes y resoluciones con el fin de combatir esta situación, entre ellas, en el suplemento del Registro Oficial No. 229, del 29 de junio de 2020, fue publicada la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, en el contenido de la misma, existían disposiciones sobre acuerdos preconcursales y concordatos preventivos excepcionales. No obstante, estas medidas ya no se encuentran vigentes, en virtud de que en el artículo 28 relativo al procedimiento para estos acuerdos pre concursales y concordatos se estableció un plazo para celebrarlos de tres años desde la publicación de esta ley en el Registro Oficial (2020).

En el año 2021, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, emitió la Resolución No. 650-2021-F, en la que se establece regulación concursal. Esto al intentar regular las tasas de interés para operaciones celebradas con deudores sujetos a acuerdos pre concursales y concordatos preventivos, figuras contenidas en la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario. Las instituciones financieras podían convenir con los deudores que aplicaban estas figuras para pactar una tasa de interés inferior a la máxima prevista para el segmento de crédito que corresponda, cuando las circunstancias así lo hayan exigido para poder lograr la rehabilitación del deudor.

En esta misma resolución, se reguló también una figura llamada “Recepción de bienes como mecanismo extraordinario para cancelación de obligaciones”, las instituciones del sistema financiero en acuerdo con el deudor, podían recibir bienes como pago parcial o total de las obligaciones. Entre los beneficios para los deudores concursados, también existe la posibilidad de otorgamiento de créditos subordinados, mientras se encuentren tramitando procesos preconcursales o concursos preventivos. Los créditos subordinados son aquellos que deben ser pagados una vez que se hayan cancelado los créditos preferentes u ordinarios (Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, 2021).

En el año 2020, se emitió la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, en la misma, en el artículo 50, contenido en el capítulo VIII denominado “Reestructuración de emprendimientos”, podemos encontrar otra figura concursal, la denominada “Protección concursal”, la cual solo es aplicable para emprendimientos que estén en un proceso de reestructuración conforme a las disposiciones de la misma ley y que estén bajo el control de una superintendencia. Esta ley reconoce el riesgo que tienen los emprendimientos de caer en una cesación de pagos, por eso se brinda esa protección

concurzal, la cual implica medidas como la suspensión de procesos judiciales, suspensión de pagos, prohibiciones de terminar unilateralmente un contrato, prohibición de la disolución, liquidación o cancelación del emprendimiento, entre otras que están contenidas en el artículo 50 de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación (2020).

Por último, tenemos regulación en el Código Orgánico General de Procesos (2015), la cual es la más utilizada y conocida, pese a que este cuerpo normativo sea de carácter adjetivo como ya se mencionó en líneas anteriores. La regulación del procedimiento concursal empieza en el artículo 414 hasta el artículo 439 del libro V, título II, del cuerpo normativo citado.

Lo más destacable de este libro del Código Orgánico General de Procesos, son la descripción del concurso preventivo, la presunción de insolvencia, las clases de insolvencia, la competencia del juzgador, el concurso voluntario y el concurso necesario. Las cuales son las instituciones generales necesarias para el procedimiento concursal. Dentro de la tramitación de este procedimiento podemos encontrar reglas establecidas para los autos iniciales de los concursos, las oposiciones, la rehabilitación, el embargo de bienes, el nombramiento de un síndico de quiebras, entre otros aspectos relativos a la tramitación como tal de un procedimiento concursal (2015).

El más utilizado en el Ecuador, es el Concurso Necesario, en esta figura, uno de los acreedores es el que hace la solicitud una vez que se cumplan los presupuestos del concurso, los cuales son la cesión de bienes o la insolvencia. Esta solicitud, dirigida al juzgador competente, que es el juzgador civil del domicilio del deudor, debe cumplir con los requisitos formales de la demanda, los cuales están establecidos en el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos. Lo más importante es demostrar el estado de insolvencia del deudor, lo cual se demuestra cumplimiento los presupuestos de presunción de insolvencia establecidos en el artículo 416 *ibidem* (2015).

Una fase del procedimiento concursal es la junta de acreedores, en la cual se puede negociar un concordato en el cual se podrá contemplar nuevos plazos y financiamientos, además de otros acuerdos que faciliten la solución de las deudas. Este concordato, debe ser aprobado por el juzgador competente en sentencia en la misma audiencia, quedando el deudor obligado a cumplirlo estrictamente. Entre las propuestas para el concordato están la espera, la remisión y la combinación de espera y remisión (2015).

Un punto a resaltar, es que en el auto inicial se dispone el embargo de todos los bienes propiedad del concursado, lo cual es importante en el caso de que exista una falta de acuerdo en la junta de acreedores, ya que en este caso se ordenara el avalúo de los bienes embargados de propiedad del concursado, se conoce el balance de los bienes, se señala un día y hora para el remate de los bienes embargados y se resuelve sobre la gradación de créditos. Una vez resuelta la prelación de créditos por el juzgador si se rematan los bienes, se distribuirá el producto en el orden establecido (Asamblea Nacional, 2015).

CAPÍTULO 2

DERECHO CONCURSAL EN ESPAÑA

2.1 Nociones Generales

En España, el Derecho concursal es una rama que, si se ha logrado consolidar con un amplio desarrollo normativo en comparación a otros países, dando como resultado que sea una completa disciplina jurídica propia, con varios abogados especializados solo en Derecho concursal (Peláez, 2024).

En la legislación española, encontramos que el Derecho concursal responde a las necesidades de instaurar un sistema funcional que permita salvar determinadas deficiencias derivadas de un incumplimiento generalizado de los deudores. Pese a que en España es muy claro el panorama de que el Derecho pone a disposición de los acreedores los bienes presentes y futuros de los deudores según el artículo 1911 del Código Civil Español (1889), esto solo resulta útil cuando los bienes presentes del deudor cubren en su totalidad o en su mayoría las deudas contraídas, si el patrimonio del deudor resulta insuficiente, los acreedores se ven inmersos a circunstancias aleatorias que pueden derivar a ser injustas en algunos casos (Augostatos et al., 2023).

Estas circunstancias aleatorias, se generan a través de una pluralidad de reclamaciones individuales, por eso el Derecho concursal reacciona y paraliza estas reclamaciones individuales para instaurar un sistema reglado que facilita un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, o como segunda opción, faculta una liquidación del patrimonio del deudor, con una normativa sobre prelación de créditos objetiva, que determina el orden en el que se pagaran los créditos, lo que descarta los elementos injustos que se pueden presentar en las reclamaciones individuales y alcanza una satisfacción objetiva de créditos en la medida que alcance el patrimonio del concursado (Augostatos et al., 2023).

En España, como principal cuerpo normativo que regula el Derecho concursal tenemos al Texto Refundido de la Ley Concursal (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020), que fue reformado en el año 2022, con la Ley 16/2022. Antes de pasar a analizar este cuerpo normativo, se debe analizar que es un texto refundido, lo cual se refiere a una técnica jurídica de creación de normas amparada en la Constitución española, que consiste en reunir o refundir en un solo cuerpo normativo o documento todas las disposiciones

legales sobre una determinada materia, en el caso que nos corresponde, el Texto Refundido de la Ley Concursal contiene todas las disposiciones legales relacionadas al Derecho concursal, lo cual facilita su aplicación, en virtud de que no hay la necesidad de acudir a diferentes cuerpos normativos para hallar legislación concursal sino se tiene todo recopilado en el texto ya citado (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020).

En la exposición de motivos del Texto Refundido de la Ley Concursal, se indica que: *la historia de Ley Concursal es la historia de sus reformas. Es difícil encontrar una ley que, en tan pocos años, haya experimentado tantas y tan profundas modificaciones (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020)*, esto en virtud de circunstancias de alto impacto económico inesperadas como la pandemia ocasionada por el Covid-19. Como antecedentes, tenemos la promulgación de la Ley Concursal en el año 2003, esta se promulgo con el fin de evitar desfases de las normas concursales que estaban repartidas entre el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Suspensión de Pagos, la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otros cuerpos normativos (Augostatos et al., 2023). La Ley Concursal entre el año 2003 y el año 2015 se modificó en más de veinte ocasiones, además de que se generaron resoluciones y decretos que igualmente contenían regulación concursal, es por eso que los legisladores, conscientes de esta variante situación promulgan el Real Decreto Legislativo 1/2020, el 5 de mayo de (2020), que aprobaba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

2.2 Texto Refundido de la Ley Concursal

Este Texto, siguiendo la premisa establecida por la Ley Concursal (2003), pretende ofrecer un sistema procesal con la premisa de la unidad, que a su vez se manifiesta en tres principios fundamentales: unidad legal, unidad de disciplina y unidad de procedimiento (Augostatos et al., 2023).

El principio de unidad legal se evidencia con la unificación de la legislación concursal en el Texto Refundido (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020), teniendo un solo texto legal que regula todo lo relacionado con el Derecho concursal, lo cual es ventajoso en comparación a países como Ecuador, donde existe una disparidad de normas que intentan regular los aspectos materiales y procesales del concurso de acreedores. El principio de unidad de disciplina se manifiesta en tramitar en un único procedimiento concursal a cualquier tipo de deudor, comerciantes y no comerciantes. Por último, el principio de unidad de procedimiento, se refiere a que el concurso se tramite en un

procedimiento único que puede tener como objetivo ya sea el convenio con los acreedores o la liquidación del patrimonio del deudor (Augostatos et al., 2023).

El Texto Refundido de la Ley Concursal, con su última reforma (Ley 16/2022, 2022), tiene un total de 755 artículos, los cuales están divididos en cuatro libros. El libro I es relativo al concurso de acreedores, es el más extenso ya que abarca desde el artículo 1 hasta el 582; el libro II, habla de la reestructuración, insolvencia y el Derecho preconcursal, desde el artículo 583 hasta el 684; el libro III, habla de del procedimiento único preconcursal y el concursal para las microempresas, desde el artículo 685 hasta el 720; y por último, el libro IV, habla de las normas de Derecho Internacional Privado, desde el artículo 721 hasta el 755. El más importante sin ninguna duda es el libro I, ya que en sus catorce títulos regula los aspectos fundamentales del Derecho concursal, como los presupuestos, órganos, efectos y resultados del concurso de acreedores (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

2.3 El juzgador competente para el concurso y la administración concursal

2.3.1 Juez competente del concurso

El Texto Refundido de la Ley Concursal configura al juzgador como el órgano rector del concurso de acreedores, uno de los objetivos primordiales de esta ley era simplificar el procedimiento concursal, para alcanzar esto solo estableció dos órganos necesarios para el procedimiento concursal, los cuales son el juez y la administración concursal.

Los jueces competentes son los que se encuentran en los Juzgados de lo Mercantil, ubicados en las Audiencias Provinciales, esto en virtud de su especialización en la jurisdicción civil y mercantil para que se atiendan todos los recursos y solicitudes que se planteen. La competencia territorial, es en base a la provincia. Este criterio parte del dato de la ubicación donde se encuentre el centro de intereses principales del deudor, generalmente el domicilio, pero no siempre coincide. Cuando es un concurso voluntario iniciado por el propio deudor este lo tiene que presentar en el centro de intereses. En el caso de que el centro de intereses y el domicilio no coincidan se concede al acreedor solicitante la facultad de elegir cualquiera de ellos. Con las personas jurídicas existe una presunción de que el domicilio y el centro de intereses coinciden, pero se considera

ineficaz a estos efectos el cambio de domicilio realizado por una persona jurídica en los seis meses anteriores a la solicitud del concurso (Augostatos et al., 2023).

En cuanto a la competencia objetiva de los jueces, el juez del concurso tiene una jurisdicción y competencia exclusiva y excluyente sobre la mayoría de materias que inciden sobre el patrimonio del deudor, incluso si son competencia de otro orden jurisdiccional, que están establecidas en el artículo 52 del Texto refundido de la Ley Concursal (Ley 16/2022).

2.3.2 Administración Concursal

El nombramiento de un administrador concursal es uno de los primeros deberes del juzgador después de que se inició un procedimiento concursal, en virtud de que es un profesional que supervisa el concurso de acreedores, estudiando la situación económica del concursado y gestionarla a beneficio objetivo de todos los intervinientes de un concurso, al no ser un órgano nombrado por una de las partes, este tiene el deber de cumplir sus funciones con imparcialidad (Augostatos et al., 2023).

En términos de la propia ley, la administración concursal es un órgano necesario para el concurso de acreedores, al que le corresponde el impulso, control y la fiscalización del proceso concursal. Es un órgano unipersonal que está sometido a una supervisión, esto en virtud a las diferentes funciones que desempeña a lo largo del proceso, entre ellas la más importante es la intervención o sustitución del deudor concursado sobre la administración de sus bienes y su patrimonio en general. Entre otras funciones relevantes están el deber de hacer un informe sobre la masa activa del concursado; ejercer las acciones de reintegración, que consisten en rescindir actos perjudiciales a la masa activa realizados por el deudor dentro de dos años anteriores a la solicitud de declaración de concurso; elaborar la lista de acreedores; enumerar los créditos y clasificar los mismos y; la realización de un informe y propuesta de calificación del concurso. Estas tareas y atribuciones están dispersas a lo largo del Texto Refundido de la Ley Concursal (2020).

2.4 Presupuestos formales del concurso

Anteriormente ya se resaltaron cuáles son los presupuestos subjetivos y objetivos para un concurso de acreedores, existen también requisitos formales los cuales son la legitimación para solicitar el concurso y el deber de solicitar el concurso. Existen también ciertos requisitos formales que se deben cumplir en la solicitud del concurso, pero la

administración de justicia española brinda la posibilidad de acceder a un “modelo oficial” de solicitud que se encuentra en la página web del Consejo general del Poder Judicial (Augostatos et al., 2023).

El procedimiento concursal responde al principio rogatorio, el concurso nunca se puede iniciar de oficio por un juez, la ley le da la legitimación para instar a un concurso de acreedores a diversos sujetos, los cuales pueden iniciar un procedimiento previo para lograr conseguir un auto de declaración del concurso.

Como primer legitimado está el propio deudor, quien evidentemente conoce bien su estado económico y puede concluir si estado en un estado de insolvencia o que la misma es inminente, para solicitar su propio concurso. Cuando el deudor está en una insolvencia actual y no inminente, tiene la obligación de instar el concurso. Si el deudor es una persona jurídica, este deber recae sobre sus administradores o liquidadores (Ley 16/2022, 2022).

Los acreedores también pueden instar a un concurso, a excepción de aquel que hubiera adquirido su crédito por acto con título particular *inter vivos* después del vencimiento del mismo, dentro de los seis meses anteriores a la solicitud del concurso. Quedan excluidos de esta excepción los créditos adquiridos como resultado de operaciones de fusión, absorción, escisión, segregación o cesión total de activo y pasivo, en virtud de que estos actos *inter vivos* no son a título particular, sino universal (Augostatos et al., 2023).

En el caso de que exista un deudor fallecido, los herederos de este o el administrador de la herencia podrán solicitar la declaración de concurso de la herencia no aceptada pura y simplemente. En el caso de que la solicitud para instar a un concurso sea hecha por un heredero, la misma producirá los efectos de la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, esto conforme al Texto Refundido de la Ley Concursal actualizado en el 2022, (Ley 16/2022).

El deber de solicitar el concurso se presenta como una obligación solo para el deudor, siempre que la insolvencia sea actual. No es una obligación para los otros legitimados. El deudor tiene el deber de solicitar el concurso en el plazo de dos meses desde que hubiera conocido o debió conocer su estado de insolvencia actual, conforme al artículo 5.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal (Ley 16/2022). En el caso de que

la solicitud fuera presentada fuera de ese plazo constituye una presunción *iuris tantum* para que se califique el concurso como culpable.

2.5 Regulación de los mecanismos del Derecho concursal en la legislación española

Los mecanismos del Derecho concursal en la legislación española fundamentalmente son el convenio de acreedores y la liquidación, estos dos son los posibles resultados de un concurso de acreedores dependiendo de cómo se lleve a cabo el proceso y como el administrador concursal analice la factibilidad de un posible convenio si se cuenta con la posibilidad de una quita o espera en los créditos o si no hay otra salida para cubrir todos los créditos que la liquidación de la masa activa del concursado (Alvargonzález, 2020).

2.5.1 Convenio de acreedores en el Texto Refundido de la Ley Concursal

Este convenio, consiste en el acuerdo entre el concursado y el conjunto de acreedores en el que se sustituyen las deudas originales por un plan de pagos que puede incluir quitas y/o esperas. Quitas quiere decir una condonación de una parte de la deuda lo cual generalmente suelen ser los intereses y la Espera quiere decir una extensión del plazo para el cumplimiento de las obligaciones (Rubio, 2022).

En palabras del autor Rubio (2022) esta alternativa del concurso es para empresas viables afectadas por una crisis de liquidez, para enfrentar la venta o el cierre del negocio por liquidación. Para tomar esta opción, entra en juego el analizar la viabilidad del patrimonio del concursado, ya que el plan de pagos debe ser aprobado por los acreedores, y estos no lo aprobarían si no es propuesto por un deudor con un patrimonio viable, además de que se estaría cometiendo un error al intentar salvar con un convenio a un patrimonio inviable, lo que como consecuencia haría perder el sentido a la razón de ser del convenio, la cual es la conservación de los negocios y por ende todo lo que ello conlleva, como el mantenimiento de plazas de empleo, el fomentar una reestructuración empresarial positiva y el evitar trámites burocráticos.

En la ley, incluso esta contemplada la figura del “Reconvenio”, la cual tomo importancia desde la pandemia del Covid-19, donde existían muchos convenios con acreedores los cuales debieron modificarse por la crisis económica vivida. El artículo 401 del Texto Refundido de la Ley Concursal (2020), permite sin excepción alguna modificar

un convenio vigente a petición del deudor concursado siempre que se cumplan tres requisitos; el primero es que tienen que haber transcurrido dos años desde la vigencia del convenio que se pretende cambiar; el segundo es que el convenio se encuentre en un riesgo de incumplimiento por una causa que no sea imputable al deudor a título de dolo, culpa o negligencia; y el tercero es que se justifique debidamente que la modificación del convenio resulta imprescindible para asegurar la viabilidad de la empresa. Esta opción es una novedad positiva para la efectividad de este mecanismo del Derecho concursal, ya que las situaciones desde la aprobación del convenio hasta un tiempo posterior pueden ser cambiantes, y esta figura facilita una reestructuración siempre que el patrimonio del concursado sea viable (Rubio, 2022).

2.5.2 Liquidación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

La liquidación es la otra vía que se tiene para concluir un concurso de acreedores, para el legislador español no es la opción ideal por lo que significaría la pérdida de empleos y de oportunidades comerciales, pero la realidad demuestra que en algunos casos la liquidación es la mejor opción o si no se puede cometer un error concursal. Este proceso consiste en la realización del patrimonio del deudor para destinar el importe obtenido a la satisfacción de créditos de los acreedores en el orden que establezca la ley. Por lo que existen dos fases en este proceso de liquidación, las cuales son en si la liquidación de la masa activa y el pago a los acreedores (Augostatos et al., 2023).

La apertura de la liquidación se acuerda mediante resolución judicial dictada por el juez competente del concurso, por solicitud del deudor, por solicitud del administrador concursal o de oficio por el juez. Los acreedores no tienen el derecho de solicitar la apertura de la fase de liquidación, esto en virtud a su desconocimiento sobre el estado verdadero del patrimonio del deudor (Alvargonzález, 2020).

La liquidación puede ser sugerida por el deudor en cualquier fase del procedimiento, esta solicitud del deudor en algunos casos también es obligatoria, como cuando prevea que durante la vigencia de un convenio aprobado se le haga imposible cumplir con las obligaciones contraídas en el mismo, en este caso si el deudor no solicita la apertura de la liquidación cualquier acreedor gana el derecho de hacerlo frente a la existencia de algún incumplimiento (Augostatos et al., 2023).

En el caso de la administración concursal, esta tiene la facultad de solicitar la apertura de la liquidación en caso de que exista un cese de la actividad profesional o empresarial del deudor. Esta solicitud la conocerá el juez del concurso, quien previo a resolver sobre la misma correrá traslado al deudor para que se pronuncie al respecto antes de resolver sobre la apertura de la liquidación (Augostatos et al., 2023).

Con respecto a la apertura de la liquidación de oficio por el juez, el artículo 409 del Texto Refundido de la Ley Concursal reformado (2022) establece lo siguiente:

Artículo 409. Apertura de oficio de la liquidación.

1. La apertura de la fase de liquidación procederá de oficio en los siguientes casos:

1.º No haberse presentado dentro del plazo legal ninguna propuesta de convenio o no haber sido admitidas a trámite las que hubieren sido presentadas.

2.º No haberse aceptado por los acreedores ninguna propuesta de convenio.

3.º Haberse rechazado por resolución judicial firme el convenio aceptado por los acreedores.

4.º Haberse declarado por resolución judicial firme la nulidad del convenio aprobado por el juez.

5.º Haberse declarado por resolución judicial firme el incumplimiento del convenio.

2. En los casos 1.º y 2.º del apartado anterior, la apertura de la fase de liquidación se acordará por el juez sin más trámites, en el momento en que proceda, mediante auto que se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento.

En cualquiera de los demás casos, la apertura de la fase de liquidación se acordará en la propia resolución judicial que la motive y se hará efectiva una vez esta adquiera firmeza.

3. Contra el auto o la sentencia de apertura de la fase de liquidación el concursado podrá interponer recurso de apelación.

La apertura de la fase de liquidación genera determinados efectos sobre el deudor, entre los cuales están la suspensión del ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa de su patrimonio y la extinción del derecho a alimentos con cargo a la masa activa, salvo cuando fuere imprescindible para atender a las necesidades mínimas del concursado y su núcleo

familiar cercano, esto según el artículo 413 del Texto Refundido de la Ley Concursal (2020).

Además de los efectos que se generan sobre el deudor, la apertura de la liquidación genera efectos sobre los créditos y sobre la administración concursal, con respecto a los créditos, la apertura de la liquidación supone el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados. Todos los créditos adquiridos para el cumplimiento de un convenio de acreedores pasaran a tener la consideración de créditos concursales.

Por último, los efectos sobre la administración concursal es que retome sus funciones después de que cesaron con la aprobación de un convenio de acreedores o en el caso de una imposibilidad se nombrara a otro administrador concursal (Augostatos et al., 2023).

2.6 Prelación de créditos

En España, existe una clasificación detallada sobre las clases de créditos que pueden llegarse a presentar en un concurso de acreedores, existen dos clases fundamentalmente, los créditos concursales y los créditos contra la masa activa. La clasificación de los créditos cobra relevancia en cuanto condiciona las posibilidades de cobro.

La clasificación de los créditos concursales la encontramos en el artículo 269 del Texto Refundido de la Ley Concursal (2020), los mismos se clasifican en privilegiados, ordinarios y subordinados. A su vez, los créditos privilegiados se clasifican en créditos con privilegio especial cuando estos afectan a determinados bienes o derechos de la masa activa y por otro lado los créditos con privilegio general, cuando estos afectan a la totalidad de la masa activa.

Los créditos subordinados están detallados en el artículo 281 *ibidem*, entre estos están por ejemplo los créditos que clasifique como tales la administración concursal, las sanciones pecuniarias, los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía, entre otros que no fueron de prioridad para el legislador español. Los créditos ordinarios son aquellos que en la ley no tenga la consideración de créditos privilegiados o subordinados (Augostatos et al., 2023).

Los créditos contra la masa, son los que se originan tras la declaración del concurso, este tipo créditos deben seguir pagándose a su vencimiento y por esta razón se

anteponen a los concursales, por lo que la posibilidad de cobrar estos créditos es mucho mas alta en comparación a los créditos concursales. Entre los principales de estos, que se encuentran establecidos en el artículo 242 del Texto Refundido de la Ley Concursal (2020) están: Los créditos por salarios correspondientes a los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional; Los créditos por alimentos a los que tuviera derecho el deudor y los que este último tuviera deber legal de prestar conforme a lo dispuesto en esta ley devengados antes o después de la declaración de concurso; Los créditos por costas en caso de declaración de concurso a solicitud del acreedor o de los demás legitimados distintos del deudor, entre otros establecidos en el artículo 242 ibidem.

2.7 Derecho preconcursal y sus mecanismos

La finalidad del Derecho preconcursal seria salvar al deudor de una situación de insolvencia, con mecanismos extrajudiciales para potenciar un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, con la reforma al Texto Refundido de la Ley Concursal (Ley 16/2022, 2022) se introdujeron modificaciones que sustituyeron a las dos figuras que existían hasta septiembre de 2022, las cuales eran los acuerdos de refinanciación y los acuerdos prejudiciales. Ahora la institución es el precurso, el cual fundamentalmente se basa en planes de reestructuración empresarial y en la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores (Rivas, 2023).

En España, si se da una importancia relevante al Derecho preconcursal a diferencia de Ecuador, el cual puede ayudar a los deudores a evitar una situación de insolvencia y perder la facultad de disposición sobre sus bienes o negocios, además se crea una protección preconcursal que puede suspender la ejecución sobre bienes del deudor, siempre y cuando se cumpla con la institución de la “comunicación”, la cual es una notificación dirigida al juzgador competente del concurso detallando el número de acreedores con los que se ha iniciado las negociaciones y las actividades que realizara el deudor para que sea publicada en el Registro Público Concursal (Ley 16/2022, 2022).

Esta obligación de comunicar recae sobre los deudores, ya sea una persona física o jurídica que lleve a cabo un actividad empresarial o profesional, con lo que se evidencia un requisito subjetivo, ya que un deudor que sea una persona física no empresaria no podría ser beneficiaria de la protección preconcursal que brinda la comunicación para que se pueda realizar la reestructuración (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

Además del requisito subjetivo citado, este tipo de deudores pueden hacer uso de la comunicación cuando se encuentren en una probabilidad de insolvencia, en un estado de insolvencia inminente o cuando exista una insolvencia actual, lo cual diferencia del Derecho concursal en vía judicial, en el cual se tiene como requisitos para que inicie un procedimiento concursal, el ya estar en un estado de insolvencia o que esta sea inminente (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

La reestructuración empresarial, que es también uno de los fines del Derecho preconcursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal, es un mecanismo que tiene por objeto la modificación de la composición, condiciones y estructura del activo y pasivo del deudor, con el fin de una mejor administración de los fondos propios para realizar los cambios operativos necesarios para evitar la insolvencia o salir de ella.

Este proceso se inicia con las negociaciones y la comunicación, cuando ya se tenga un plan de reestructuración, este puede extender sus efectos incluso a acreedores que no hayan votado a favor del plan, ya que el contenido de estos planes de reestructuración se busca que sean más amplios en comparación a un simple acuerdo extrajudicial con un acreedor (Rivas, 2023).

En este plan, además, se debe establecer una relación entre las clases de créditos para evitar conflictos. En el caso de que la reestructuración empresarial se torne compleja, el Texto Refundido de la Ley Concursal prevé la figura de un experto en reestructuraciones, el cual asiste al deudor y a sus acreedores durante todo el proceso, teniendo como objetivo principal el facilitar las negociaciones (Rivas, 2023).

2.8 Desarrollo del Derecho concursal en España en comparación a Ecuador

Es claro que en España existe un mayor desarrollo de la rama del Derecho concursal en comparación a su desarrollo en Ecuador. Esto en primer lugar se evidencia con la amplia regulación en el Texto Refundido de la Ley Concursal, en donde está acumulada la regulación sobre todos los aspectos del concurso de acreedores y procedimientos concursales en general. Existen ciertos puntos donde se nota más el mayor desarrollo normativo en comparación a Ecuador, como en el ámbito orgánico del concurso.

En España, la regulación en torno al juzgador competente para conocer el concurso de acreedores es muy amplia, en la ley se detallan todas las competencias y facultades del juzgador las cuales son más completas, como la posibilidad incluso de tramitar juicios laborales y disolver la sociedad conyugal del concursado, situaciones que son complejas y afectan a la masa activa del patrimonio, a diferencia de los juzgadores en Ecuador, que no tienen la competencia sobre la totalidad de situaciones que pueden afectar a la masa activa del deudor (Augostatos et al., 2023).

En Ecuador, el Código Orgánico General de Procesos (2015) en el artículo 433 se trata sobre el síndico de quiebras, un aspecto orgánico relevante para el concurso de acreedores, el citado artículo establece que dentro del régimen concursal, el síndico representará a la masa concursal, quien estará facultado para realizar aquellas diligencias necesarias para precautelar los derechos de las o los acreedores y recaudar los haberes, lo que se queda corto en comparación a la regulación sobre las facultades y obligaciones del administrador concursal en el Texto Refundido de la Ley Concursal (2020).

Los mecanismos del Derecho concursal, siendo estos el convenio y la liquidación, también tienen un mayor desarrollo en España. En el caso del convenio se evidencia esto con la figura del reconvenio, el cual no está previsto en Ecuador. Además, que hay que resaltar que en el Ecuador no es fácil llegar a un convenio de acreedores, generalmente el concurso de acreedores en Ecuador es utilizado para obtener más medidas reales como el embargo de bienes y personales como la prohibición de salida del país sobre el deudor, lo que desnaturaliza este procedimiento (Rubio, 2022).

La liquidación está reconocida como un mecanismo y una forma de terminar el concurso en España, mientras que en Ecuador no es una solución como tal al concurso de acreedores. La apertura de la fase de liquidación en España genera efectos distintos al de apertura del concurso, siendo el más importante el vencimiento anticipado de los créditos a los que estaba sujeto el deudor, para que así puedan entrar en la lista de prelación de pagos y pueden ser satisfechos según la clasificación de créditos. Algo que no pasa en Ecuador, donde no se generan efectos distintos cuando se rematan los bienes, solo se resuelve la prelación de créditos y a su vez el orden de pago a los acreedores, por que como tal no hay efectos que afecten a los créditos como si ocurre en el caso español (Lara González & Pérez Moriones, 2023).

CAPÍTULO 3

EFFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DEL DERECHO CONCURSAL Y ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD DE EMPRESAS O DEL PATRIMONIO DEL DEUDOR

3.1 Viabilidad de las empresas o del patrimonio

Al momento de que se constituye una empresa o se inicia un negocio siempre pueden existir riesgos económicos, así que por eso antes de establecerlos hay que hacer un análisis si va a ser viable o no, la viabilidad económica determina el potencial que tiene un proyecto para un retorno de inversión o mantenerse en el tráfico jurídico y mercantil (Bonilla & Perez, 2021).

En el mundo de los negocios realizar un análisis sobre la viabilidad de un proyecto tiene varios propósitos, entre ellos esta, el para obtener un financiamiento de o créditos de instituciones del sistema financiero, ya que la viabilidad de un proyecto es el indicativo para estas instituciones a la hora de otorgar créditos. Otro propósito que tiene realizar un análisis de viabilidad es el estimar el rendimiento económico de una iniciativa empresarial o un emprendimiento, ya que la idea principal de un negocio es obtener ganancias, para obtener las mismas es importante que el proyecto sea viable (Bonilla & Perez, 2021).

La viabilidad en base al concepto citado, en resumen, es el punto de referencia para determinar si una empresa se debe mantener dentro del tráfico jurídico, por lo que previo a hacer un análisis sobre que opción tomar dentro de un concurso de acreedores, es vital hacer un análisis de viabilidad del patrimonio del deudor concursado o de la empresa concursada.

Esto en base a las opciones o resultados que pueden tener el concurso, que son los mecanismos del Derecho concursal, como lo son el convenio de acreedores y la liquidación. El convenio de acreedores significa que existirá una reestructuración empresarial pero que el concursado y su actividad comercial van a continuar, esto en el caso de que sea viable, por otro lado, la liquidación implica la terminación de actividades comerciales del deudor o en el caso de empresas y personas jurídicas su disolución, liquidación y cancelación en la mayoría de casos, en el caso de que no sea viable.

Para las autoras Bonilla & Perez (2021), existen cuatro puntos de vista para analizar la viabilidad, desde un punto conceptual, operacional, de mercado y económica. Al hablar de viabilidad conceptual se tiene que realizar un análisis sobre las posibilidades de éxito de la idea el negocio, tomando en cuenta el concepto en si del negocio, su competencia y los clientes o posibles clientes o consumidores que puede llegar a tener el mismo. Un fallo dentro del análisis de la viabilidad conceptual puede significar un fracasado de no atender las necesidades reales de los clientes o consumidores.

Dentro de la viabilidad operacional se hace un análisis de recursos y sus costos, ya sea para la inversión inicial o para el mantenimiento de la empresa a lo largo del tiempo. Entre los aspectos y cosas por analizar están los recursos humanos, servicios profesionales, infraestructura, distribuidores, suplidores, materiales, entre otros recursos (Bonilla & Perez, 2021).

La viabilidad de mercado es importante para determinas la continuidad de una empresa o un negocio. En este análisis de analizan los mercados potenciales y su participación proyectada de la forma más realista posible. En este análisis se realizan estimados de ventas y otros pronósticos que ayudan a determinar la viabilidad. Es importante para la permanencia de un negocio, tomar en cuenta la existencia de un mercado real para el producto o servicio que se pretende brindar, ya que es de los factores más importante para el rendimiento y desempeño del negocio o empresa (Bonilla & Perez, 2021).

Por ultimo y la con mayor relevancia para las autoras, en virtud de que hay un análisis de los puntos de vista ya citados y una mezcla de aspectos más complejos, es la viabilidad económica. Para determinar la viabilidad económica de un negocio o empresa se tienen que analizar fuentes, usos de fondos, el punto de empate, proyecciones de ingresos y gastos, el flujo de efectivo, cumplimiento de obligaciones o créditos, entre otros factores importantes. Para que el negocio funcione y perdure tiene que existir viabilidad económica, la misma se puede perder en un determinado periodo donde puede existir un estado de cesación de pagos, donde puede existir la posibilidad de un concurso de acreedores (Bonilla & Perez, 2021).

Los análisis de viabilidad son la medida correcta que se deben tomar antes de tomar una decisión a la hora de estar inmersos en un concurso de acreedores, la viabilidad

es la condición determinante para la efectividad de los mecanismos del Derecho concursal y así satisfacer tanto los intereses del concursado como de sus acreedores.

3.2 Efectividad de los mecanismos del Derecho concursal

Al hablar de efectividad de un mecanismo legal, es la capacidad del mismo para lograr sus objetivos previstos, por lo que se hace referencia a que medida el mecanismo protege los intereses y derechos de las personas que los aplican o aceptan sus consecuencias. En el caso del Derecho concursal son el convenio de acreedores y la liquidación, los cuales son posibles resultados del procedimiento llamado concurso de acreedores que para ciertos autores es un mecanismo legal como tal (Argeri, 1983).

Antes de analizar la efectividad para tener definido que mecanismo se debe aplicar en un determinado caso o procedimiento, se tiene que examinar la viabilidad de la empresa o patrimonio del deudor. En el caso de que sea inviable a futuro la decisión adecuada es optar por la liquidación del activo, pero en el caso de que sea viable y se puede lograr una reestructuración empresarial lo mejor es optar por intentar llegar a un convenio de acreedores.

Para hacer un análisis sobre la efectividad de los mecanismos, se tiene que hacer una revisión sobre los objetivos que tienen los mismos, los cuales tienen que estar alineados a la finalidad del Derecho concursal. Existen dos tipos de objetivos en el Derecho concursal, los cuales son la rehabilitación del deudor y por otro lado la satisfacción de los acreedores, pero en muchos casos no se puede llegar a estos dos simultáneamente. Por ejemplo, con la liquidación, no sería posible la preservación de empleos y la continuidad del negocio, pero si se logra la recuperación de activos y muchas veces un ahorro de tiempo y costos (Augostatos et al., 2023).

En cuanto a los objetivos de los mecanismos como tal, del convenio de acreedores encontramos como principal objetivo la reestructuración empresarial y de créditos para que la empresa o negocio sigan funcionando, con este mecanismo lo que se desea es mantener el negocio a pesar de haber caído en un estado de cesación de pagos, si es un negocio viable el mismo se podrá recuperar. El objetivo principal de la liquidación es el maximizar el valor de los activos del concursado para su venta o cesión y así poder satisfacer a los acreedores (Carrasco-Delgado, 2018).

El convenio de acreedores es un mecanismo de gran ayuda para los intereses tanto de los acreedores como para los del concursado, conlleva el cumplimiento total o parcial de las obligaciones pendientes lo cual es el interés principal de los acreedores, y para el concursado se puede generar la rehabilitación y el poder continuar con su actividad económica, manteniendo plazas de empleo e ingresos necesarios para su subsistencia (Augostatos et al., 2023).

Por otro lado, la liquidación parece ser solo beneficiosa para los acreedores porque conllevaría a un pago seguro con el activo del deudor. Sin embargo, para el concursado también tiene beneficios, como lo son la eliminación de la deuda, incluso en algunos sistemas legales el concursado queda liberado del pago de una parte del pasivo no satisfecho, a lo que se le conoce como la exoneración de deudas. Otro beneficio para el deudor es el evitar el riesgo de insolvencia continuada, un estado de insolvencia inminente o de cesación de pagos prolongado puede significar más pérdidas para el concursado, por lo que la liquidación puede significar una salida ordenada para este problema (Carrasco-Delgado, 2018).

La reducción de la carga administrativa y de gasto de recursos también es una ventaja de la liquidación, en virtud de su ventaja en el aspecto temporal, al ser un mecanismo más veloz que esperar el cumplimiento de un convenio. Con esto, de igual forma se evita la erosión o reducción del valor de los activos, ya que los mismos se evaluarán al momento de la liquidación (Carrasco-Delgado, 2018).

Al hablar de la efectividad como tal de estos mecanismos, en líneas generales, el convenio de acreedores es efectivo cuando logra satisfacer a la mayoría de acreedores y logra mantener el negocio del deudor, con medidas de quitas y esperas adecuadas a la situación del concursado, así como a la del entorno de en donde se desenvuelva su actividad económica. La liquidación es eficiente cuando se han obtenido los mejores precios posibles, tanto en una venta como en una cesión.

Sin embargo, hay que analizar otros factores para medir la efectividad de los mecanismos. La tasa de aceptación por parte de los acreedores en el caso del convenio es algo clave, si existe una baja tasa de aceptación esto solo demuestra que el convenio no es viable y favorable para que pueda ser ejecutado (Carrasco-Delgado, 2018).

Otro indicador de la efectividad del mecanismo aplicado, es la duración del proceso, no es factible alargar el proceso intentando buscar un convenio de acreedores cuando la opción más rápida y efectiva va a ser la liquidación, un proceso mucho más ágil y rápido va a ser beneficioso tanto para el concursado como para todos los acreedores. En este punto, se tiene que analizar la factibilidad de llegar a un concurso entre el concursado y sus acreedores, si el mismo es posible basado en la viabilidad del patrimonio del concursado se debe procurar llegar al mismo lo más rápido posible, en el Ecuador el procedimiento para esto es la convocatoria a la junta de acreedores.

Resultados ex post, son la evidencia más fácil y determinante a la hora de medir la efectividad del mecanismo que se aplicó en un determinado procedimiento concursal. Estos resultados pueden ser el cumplimiento del convenio, el resultado financiero y el impacto del proceso en los acreedores.

La medición del cumplimiento del convenio de acreedores es clave para determinar si el mismo fue efectivo o no, en España existe un indicador legal para esta revisión, con periodicidad semestral, desde la fecha de la sentencia que aprueba el convenio de acreedores, el deudor debe presentar al juzgado un informe sobre su cumplimiento, de igual forma, una vez que el deudor estime que ha cumplido cabalmente presentara al juez un informe final justificativo solicitando además la declaración judicial de cumplimiento del convenio, transcurridos quince días desde la puesta en conocimiento, el juez si estima cumplido el convenio lo declarara mediante un auto, ejecutoriado este auto de cumplimiento y habiéndose cumplido todos los términos para los recursos previstos el juez dictara el auto de conclusión del concurso (Augostatos et al., 2023).

Medida la cual no está prevista en Ecuador para la verificación del cumplimiento del concordato, incluso el Código Orgánico General de Procesos no establece nada sobre el cumplimiento de un posible concordato o las consecuencias de su incumplimiento. Por otro lado, en España, un acreedor que estime que se ha incumplido el convenio de acreedores, puede solicitar al juez la declaración de incumplimiento del concurso. Esta declaración supone la resolución del convenio y la desaparición de los efectos previstos en él sobre los créditos. Por lo que se podría continuar con la ejecución individual de garantías (Augostatos et al., 2023).

En la legislación española se prevé además que el incumplimiento del convenio de acreedores lleva a la apertura de oficio de la fase de liquidación, lo que es efectivo en virtud de que si no sirve uno de los mecanismos del derecho concursal el otro su puede servir con mayor facilidad ya que todos los acreedores tienen conocimiento del proceso. Existe la posibilidad de rescindir actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor, lo cual hace a estos mecanismos medidas con mayor efectividad, los actos perjudiciales rescindibles son los realizados durante los dos años anteriores a la solicitud de declaración de incumplimiento del convenio o en el caso de imposibilidad de cumplimiento, de la solicitud de apertura de la fase de liquidación (Augostatos et al., 2023).

3.3 Error concursal

El Derecho concursal organiza varios procedimientos u opciones, que están a disposición de acreedores, deudores o de los órganos encargados de la quiebra en determinadas legislaciones, entre estas opciones están los nombrados mecanismos del Derecho concursal como el convenio de acreedores o la liquidación de la masa activa, en la mayoría de casos, tanto deudores como acreedores se encuentran con la interrogante de cuál es la mejor opción en sus determinados casos. Los errores cometidos al optar por un procedimiento pueden tener una serie de consecuencias negativas, como costes mucho más elevados en tiempo y recursos, pérdida del valor de los activos y deterioro de los créditos, entre otros (Carrasco Delgado, 2019).

El error concursal sería cuando un deudor insolvente con un patrimonio o negocio inviable es reorganizado a través de un convenio de acreedores o un concordato; o cuando un deudor con un patrimonio o negocio viable que se puede recuperar de la insolvencia o cesación de pagos sufre de una liquidación de la masa activa de su patrimonio. Se puede dar este error por no prestar la debida atención a las características financieras y económicas del deudor, lo cual lleva a una conclusión errática sobre la viabilidad del mismo (Carrasco Delgado, 2019).

En un análisis que hace el autor Carrasco Delgado (2019), se debe tomar como parámetro a la viabilidad, una empresa es viable cuando tiene utilidades operacionales no negativas y el valor presente de estas utilidades no es inferior al valor de la liquidación de la empresa. El mismo autor, explica los elementos del concepto citado para una mejor comprensión. Las utilidades operacionales son los ingresos obtenidos ya con la deducción

de costes y gastos por la ejecución de una actividad económica. Cuando los ingresos superan o igualan a los gastos nos encontramos frente a una utilidad operacional no negativa.

Otro concepto importante a tomar en cuenta, es el Valor Neto Presente (VPN), el cual refiere un procedimiento que nos permite calcular el valor presente de los flujos de caja futuros originados por una inversión, el cual se obtiene en descontar al momento actual, todos los flujos de caja futuros del proyecto. Al valor obtenido en esa operación, se resta la inversión inicial de tal modo que lo obtenido sea el valor actual neto de la inversión (Carrasco Delgado, 2019).

El último valor a tomar en cuenta, es el valor de la liquidación, que se obtiene después de obtener el precio por el cual se pueden vender o ceder los activos del deudor concursado. Lo más eficiente en este punto como ya se ha mencionado en líneas anteriores es el intentar obtener el mejor precio de los bienes del patrimonio del concursado, para así obtener una mayor efectividad.

Thomas Eger (2011), plantea cuatro opciones dentro de un procedimiento concursal, tomando en cuenta los ingresos actuales del deudor, sus obligaciones, el valor de liquidación en insolvencia y su valor como entidad reorganizada. Cuando el valor como entidad reorganizada es mayor o igual al valor de liquidación en insolvencia se dan dos opciones: 1) Si los ingresos actuales son mayores o iguales a las obligaciones la compañía es solvente y debe continuar; 2) Si los ingresos actuales son menores a las obligaciones la compañía es insolvente y debe continuar. Por otro lado, cuando el valor como entidad reorganizada es menor a al valor de liquidación en insolvencia de dan las otras dos opciones: 1) Si los ingresos actuales son mayores o iguales a las obligaciones la compañía es solvente y debe ser liquidada; 2) Si los ingresos actuales son mejores a las obligaciones la compañía es insolvente y debe ser liquidada.

Hay que recalcar que este análisis está en manos del propio deudor, de los acreedores o de la administración concursal o el síndico de quiebras en la mayoría de países, no se le puede atribuir un error concursal al juzgador competente del concurso. Generalmente los acreedores son los que sugieren que mecanismo tomar. Se debe realizar una mejoría en la regulación sobre los órganos especializados en el concurso como son la administración concursal o el síndico de quiebras para que se tomen en consideración estos análisis y así obtener un proceso efectivo (Carrasco Delgado, 2019).

El autor Carrasco Delgado (2019), menciona que hay que saber diferenciar entre un error concursal y un error judicial, este último, se genera por una equivocación en materia procesal concursal, lo que en el caso ecuatoriano será desatender a lo que establece el Código Orgánico General de Procesos, por ejemplo, omitiendo una orden u oficio en el auto inicial del concurso. Un error judicial se puede dar en las diferentes etapas de un procedimiento concursal, mientras que el error concursal se da al momento de tomar la decisión si se procede con la reestructuración con un convenio de acreedores o con la liquidación. La especialización en el sistema judicial y en los órganos necesarios para el concurso pueden reducir la tasa de errores.

La viabilidad es un parámetro adecuado para este análisis, sobre el cual se puede juzgar el error en la elección del procedimiento concursal y diferenciar de un error judicial. Un error concursal va a afectar a la eficiencia de los mecanismos del Derecho concursal en sí, mientras que un error judicial puede afectar al tiempo al que tome la tramitación del concurso (Carrasco Delgado, 2019).

Nunca se va a poder obtener una respuesta certera si en el caso de una reestructuración se va a cumplir a cabalidad los acuerdos o que no pase ningún imprevisto de impacto económico como lo fue la pandemia del COVID-19, pero si hay presunciones sobre si la decisión que se tomo es la óptima basada en aspectos financieros y económicos del patrimonio del deudor. Las legislaciones no se deben inclinar más a una de las opciones que a la otra, ya que no todas las personas o empresas se pueden rehabilitar y se puede dar un error concursal que a la larga va a tener mayores consecuencias que una liquidación acertada (Carrasco Delgado, 2019).

3.4 Recomendaciones

En consideración de todo lo que se ha analizado en líneas anteriores, los puntos en los que se puede mejorar el sistema concursal con el fin de obtener una mayor efectividad en los resultados de los mecanismos aplicados en determinados casos. El punto de partida es hacer un análisis correcto sobre la viabilidad del patrimonio del concursado.

Se recomienda que exista una exigencia legal para realizar este análisis de la viabilidad, lo que se puede materializar en un informe realizado por un especialista financiero, o el mismo sindico de quiebras o administrador concursal. Con la ausencia de

un buen análisis de viabilidad se puede seguir un procedimiento con un resultado encaminado directamente a un error concursal.

Otra alternativa para evitar errores, es la especialización, tanto de juzgadores como de abogados. En Ecuador, el Derecho concursal es una rama a la cual no se le da la importancia suficiente y no se la aplica de la manera correcta. En Ecuador, es muy utilizado el concurso necesario en virtud de las medidas que el auto inicial otorga, como lo son el embargo de los bienes del deudor y la orden de prohibición de salida del país, instituciones abusadas generalmente por un solo acreedor que inicia el concurso necesario para obtener más medidas reales y personales sobre el deudor. Debe existir una mayor capacitación en temas concursales, para que se tramiten todos los procedimientos de una forma uniforme no solo con miras a llegar a un convenio de acreedores, sino a tomar en cuenta una liquidación a tiempo.

En Ecuador, se debe mejorar la regulación sobre el síndico de quiebras, figura que se asimila al administrador concursal en España, donde es un órgano especializado del concurso muy útil y con competencias definidas y amplias. El síndico de quiebras debería realizar un análisis de la viabilidad del patrimonio o empresa del concursado. Además, se debería mejorar la verificación del cumplimiento del concordato o convenio de acreedores, con lo que el síndico de quiebras podría informar el juzgador sobre como avanza el cumplimiento el mismo y de igual forma informarle el cumplimiento total del convenio.

Otra recomendación, es el considerar a la liquidación de la masa activa como una opción efectiva para el concurso, en ciertas legislaciones, como es el caso de la ecuatoriana existe una inclinación mayor al convenio de acreedores, por el hecho de que salva empleos y mantiene negocios y empresas en el tráfico jurídico a través de una reestructuración, pero no siempre es la mejor opción, además de que en ciertos casos la liquidación puede traer mayores beneficios para el propio deudor que continuar con una idea de negocio inviable (Carrasco-Delgado, 2018).

Con respecto a la clasificación de créditos, se debe realizar una clasificación especial para créditos concursales, un buen indicador para estas herramientas lo encontramos en el caso español, donde la clasificación de créditos en contra la masa y créditos concursales, y a su vez los tipos de créditos concursales, son un apoyo para las personas inmersas en el concurso y los órganos del mismo, como lo son el juez y el síndico

de quiebras y la administración concursal. Una correcta clasificación de créditos evita arbitrariedades a la hora de clasificar a los acreedores y su orden de pago.

Se debe implementar nuevamente acuerdos preconcursales, los cuales tienen como objetivo salvar al deudor de un estado de insolvencia con mecanismos extrajudiciales, los mismos deben ser basados en planes de reestructuración empresarial, pero a la vez deben estar dotados de protección concursal para el deudor, la cual tiene que ser brindada por la ley, y así se lograría tener un sistema preconcursal eficiente para los intereses de tanto deudores como acreedores

CONCLUSIONES

Una vez que se ha realizado el desarrollo suficiente de la investigación, se puede concluir que el Derecho concursal es una rama de mucha utilidad en los casos de una insolvencia o una inminente insolvencia, ya que tanto en su finalidad como en sus mecanismos se prevé salvaguardar tanto a los intereses del concursado como los intereses de sus acreedores, al intentar establecer un procedimiento ordenado y con una amplia comunicación para conocer el estado del patrimonio del concursado.

Los mecanismos del Derecho concursal, como lo son el convenio de acreedores y la liquidación de la masa activa, llegan a tener una mayor efectividad solo si se hace un análisis debido sobre la viabilidad del patrimonio o de la empresa concursada antes de tomar una decisión sobre cual aplicar.

Este análisis debe ser realizado tanto por el deudor, acreedores y un órgano especializado en el concurso, en el caso español es la administración concursal, en el caso ecuatoriano este análisis lo debería realizar el síndico de quiebras. Esto con el objetivo de evitar el denominado error concursal. Liquidar una empresa con un patrimonio viable o reestructurar una empresa con un patrimonio inviable tienen graves consecuencias tanto para deudores como para acreedores.

La liquidación en este caso, puede implicar la pérdida de valor de la empresa y responsabilidad personal para los dueños de la empresa, en el caso de que el deudor sea persona natural significaría en el caso de que tenga un patrimonio viable la pérdida de bienes y efectos en la reputación e historial crediticio.

En el caso de reestructurar y salvar mediante un procedimiento concursal un patrimonio o empresa inviable, se estaría dando la oportunidad de que nuevamente el concursado entre en un estado de insolvencia o de insolvencia inminente, lo cual significaría una pérdida de recursos y tiempo que se hubieran ahorrado con la liquidación del patrimonio activo.

El desarrollo del Derecho concursal en el Ecuador es escaso, esto se evidencia con la falta de doctrina ecuatoriana y el poco desarrollo normativo que tiene esta rama. Se debería priorizar más el progreso del procedimiento concursal, más aún cuando han existido situaciones de impacto económico inmediato como la pandemia ocasionada por el Covid-19 que causó en muchos deudores un estado de cesación de pagos apresurado. Si hubiese existido una buena estructura y trabajo sobre los procedimientos de este tipo,

los procesos de insolvencia hubieren sido ordenados y se hubieran evitado errores concursales.

En España, existe tanto doctrina, jurisprudencia y un amplio desarrollo normativo sobre el Derecho concursal. Al contar con un avance elevado de esta rama, es muy utilizada, tanto la parte orgánica, sustantiva y como la procedimental de los concursos de acreedores están detalladas en el Texto Refundido de la Ley Concursal, lo cual es una ventaja que todo lo relacionado a una rama del Derecho se compile en un solo cuerpo normativo, como es el caso de los Textos Refundidos, ya que estos evitan contradicciones normativas y simplifican la búsqueda de información y de normativa.

La regulación de los mecanismos del Derecho concursal esta mejor detallada en el caso de la legislación española, lo que se debería tomar como referencia en Ecuador, sobre todo para una mejor comprensión y aplicación de la liquidación de la masa activa, con el fin de hacer un proceso de liquidación mas ordenado y eficaz, con el asesoramiento de expertos y con un juzgador especializado en el tema.

Otro punto a considerar para tener una mayor efectividad de los mecanismos del Derecho concursal y sus procedimientos como tal, es una correcta clasificación de créditos, la clasificación que existe en España, sobre los créditos contra la masa activa y los créditos concursales vuelve más ágil al proceso por brindar una mayor facilidad al clasificar a los acreedores y el orden en que deben ser considerados, tanto para que tengan consideración especial en el convenio de acreedores como para su orden de pago en el caso de la liquidación de la masa activa.

Sin embargo, lo más importante para alcanzar la mayor efectividad de estos mecanismos, es un debido análisis de viabilidad, tomando en consideración además el valor de liquidación del patrimonio. Sin este análisis previo no se va a poder obtener un resultado eficiente de un procedimiento concursal, se considera indispensable que este análisis sea establecido por la ley, para evitar procedimientos concursales con resultados negativos.

Se contrastó lo establecido tanto en la legislación ecuatoriana como en la española, con el fin de obtener una respuesta adecuada sobre como los mecanismos del Derecho concursal cuidan los intereses de los acreedores y del deudor, se obtuvo una respuesta sobre como los mecanismos llegan a ser efectivos y que se tiene que hacer para que los mismos sean correctamente aplicados y se realizaron las recomendaciones necesarias para

mejorar la aplicación del Derecho concursal en Ecuador, y que no sea una rama del Derecho inoperante y desconocida, ya que su aplicación trae beneficios para las dos partes, no se priorizan solo los intereses de acreedores o los del deudor. Se tiene que tomar en cuenta además las oportunidades de salvar recursos que brinda las negociaciones y acuerdos preconcursales, en estos se llega a un acuerdo con los acreedores, pero teniendo el deudor cierta protección de carácter concursal para evitar la ejecución individual y desordenada en un proceso de reestructuración.

REFERENCIAS

- Aguirre, J. (2017). *El Concurso de Acreedores: Aspectos generales y su tratamiento en el Código Orgánico General de Procesos*. Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Alvargonzález, A. (2020). *¿Para qué sirve el Derecho concursal?* <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-mercantil/concursal/para-que-sirve-el-derecho-concursal-2018-02-19/>.
- Argeri, S. (1983). *Manual de Concursos*. In *Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma*.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código orgánico Integral Penal*.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*.
- Asamblea Nacional. (2020a). *Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*.
- Asamblea Nacional. (2020b). *Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación*.
- Asamblea Nacional. (2020c). *LEY ORGÁNICA DE EMPRENDIMIENTO E INNOVACIÓN*.
- Augostatos, N., Dorado, M., & Luceño, J. (2023). *Compendio de Derecho Concursal* (2nd ed., Vol. 2). Editorial Tecnos.
- Bonilla, L., & Perez, L. (2021). *Análisis de Viabilidad: Herramientas de Investigación Empresarial Disponibles*. Departamento de Administración de Empresas, Universidad de Puerto Rico-Mayaguez.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (2011). *Diccionario jurídico elemental*. *Heliasta*.
- Carrasco Delgado, N. (2019). *Los costos del error concursal: una visión dogmática*.
- Carrasco Delgado, N. (2020). Los costos del error concursal: una visión dogmática. *Revista de La Facultad de Derecho*, 48, 1–42. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n48a4>
- Carrasco-Delgado, N. I. A. (2018). TRES RAZONES PARA LA UTILIZACIÓN DE LA EFICIENCIA EN EL DERECHO PROCESAL CONCURSAL. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 30, 55–85. <https://doi.org/10.4067/s0718-80722018000100055>
- Castillo, M. (2014). Sobre las obligaciones y su clasificación. *Themis*, 66.
- Eger, T. (2011). *Bankruptcy Regulations and the New German Insolvency Law from an Economic Point of View*. *Universidad de Kassel*.
- Gaspar-Santos, M. E., Cajas-León, B., Vinueza-Mariño, H., & García-Cerezo, F. (2022). Análisis jurídico sobre la insolvencia en el Ecuador. *IUSTITIA SOCIALIS*, 7(2), 1145. <https://doi.org/10.35381/racji.v7i2.2367>
- H. Congreso Nacional. (1997). *Ley de Concurso Preventivo*.
- H. Congreso Nacional. (1999). *Normas de Aplicación de la Ley de Concurso Preventivo*.
- H. Congreso Nacional. (2005). *Código Civil*.
- Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. (2021). *Resolución No. 650-2021-F*.
- Lara González, R., & Pérez Moriones, A. (2023). Hacia una reestructuración preventiva de empresas viables en el derecho español de insolvencia. *Foro: Revista de Derecho*, 40, 105–124. <https://doi.org/10.32719/26312484.2023.40.6>
- Ley 16/2022. (2022). *Texto Refundido de la Ley Concursal reformado*.
- Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). *Código Civil Español*.
- Moreno Buendía, F. J. (2021). *Las funciones del Derecho concursal*.
- Peláez, M. (2024). *Historia del derecho concursal en España*. <https://cerverapelaezabogados.es/historia-del-derecho-concursal/>.
- Real Academia Española. (n.d.). *Diccionario de la Real Academia Española*. In 2023.
- Real Decreto Legislativo 1/2020. (2020). *Texto Refundido de la Ley Concursal*. In *BOE, Legislación Consolidada*.
- Rivas, M. de las A. (2023). *¿En qué consiste el Derecho Preconcursal?*

- Rubio, J. (2022). EL NUEVO CONVENIO TRAS LA REFORMA CONCURSAL. ¿UNA ALTERNATIVA PARA LA REESTRUCTURACIÓN? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 59, Pp. 170-190.
- Salgado, R. (2002). *Voces Conceptuales de Derecho Societario*.
- Unir, V. (2021). *Derecho concursal: ¿en qué consiste y cuál es su ámbito de aplicación?* <https://Www.Unir.Net/Derecho/Revista/Derecho-Concursal/>.
- Valarezo Bravo, L. I. (2024). El concurso de acreedores en el Código Orgánico General de Procesos: un análisis jurídico y doctrinario. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades*, 5(3). <https://doi.org/10.56712/latam.v5i3.2153>
- Zambrana, P. (2001). Derecho Concursal Histórico. *Trabajo de Investigación Histórico*.