

Propuestas societarias y concursales para mitigar el impacto económico del covid-19 en Ecuador*

Societary and Concursals Proposals to mitigate the economic impact of the COVID-19 in Ecuador*

Esteban Ortiz Mena^{1†}, Paúl Noboa Velasco²

Fecha de recepción: 01/04/2020, Fecha de aceptación: 30/04/2020

RESUMEN

La propagación mundial del coronavirus, además del incalculable costo social, ha impactado severamente a la economía global. Bajo este contexto, el arcaísmo de la regulación societaria y concursal ecuatoriana no se compadece con la necesidad de asegurar, por un lado, la supervivencia de aquellas sociedades mercantiles que afrontaren dificultades transitorias que, por una u otra razón, surgieren durante su devenir operacional; y, por otro, de mejorar sus procesos de cierre cuando su extinción fuere, operacionalmente, la única opción existente. Por este motivo, existen varias reformas legales que deben ser efectuadas urgentemente con el objeto de mitigar los efectos adversos que el brote del coronavirus ha causado en el Ecuador. El presente ensayo busca presentar una serie de propuestas societarias y concursales tendientes a minimizar los impactos económicos adversos del COVID-19 en Ecuador.

Palabras claves: Covid-19, Derecho Concursal, Derecho Societario

ABSTRACT

The international spread of the coronavirus is affecting the global economy as a whole. That said, the current Ecuadorian legislation, due to its archaic nature, will certainly not contribute to ensure the survival of those companies who are facing financial difficulties as a result of this global pandemic. In addition, the liquidation proceedings, in times of COVID-19, require some adjustments to ensure an adequate and unobstructed legal extinction in favor of those companies who do not have another operational alternative. For these reasons, this paper will analyze some corporate and insolvency proposals, suggested to mitigate the economic impact of COVID-19 in Ecuador.

Key words: Covid-19, Insolvency Law, Corporate Law

¹ Autor de Correspondencia. Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador), Abogado. Universidad Andina Simón Bolívar (Quito, Ecuador). Postgrado en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros. Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Curso de Postgrado en Derecho Civil. Representante del Ecuador ante la Organización de Estados Americanos para el desarrollo de la Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificadas, estebanortizmena@gmail.com.

² Pontificia Universidad Católica del Ecuador (Quito, Ecuador), Abogado. University College London (Londres, Reino Unido), Máster en Derecho (LLM with Distinction), pnoboav@gmail.com.

† Autor de correspondencia

* Los criterios vertidos en el presente ensayo reflejan, de manera exclusiva, nuestra postura y opinión personal respecto al tema analizado. En consecuencia, los mismos no podrán ser atribuidos a ninguna otra persona o institución con la cual mantengamos (o hubiéremos mantenido) una relación académica, profesional, o de cualquier otra índole.

I. INTRODUCCIÓN

Las compañías se han utilizado, comúnmente, como un mecanismo idóneo para hacer negocios. Las personas jurídicas, a través de las compañías, han influido en el mundo moderno y han posibilitado, qué duda cabe, el progreso y desarrollo de los negocios a nivel mundial, al estar estrechamente vinculadas con la generación de riqueza y el crecimiento de la economía de cada nación. Estas herramientas, al generar riqueza, influyen de manera determinante en el comportamiento de la sociedad: dan trabajo, pagan impuestos, contratan proveedores, dinamizan la economía, generan utilidades para sus inversionistas y, en el mundo moderno, prosperidad. Sin embargo, al ocurrir catástrofes como la que estamos viviendo, todas estas bondades se ven alteradas si las compañías dejan de producir, afectando en mayor o menor medida, a todo el sistema económico que dinamiza.

Es imposible ocultar la realidad: todos los negocios (de todos los tamaños) en todos los sectores de la economía están sintiendo el impacto del COVID-19.³ Por eso, para que podamos seguir funcionando como humanidad y viviendo plenamente en sociedad, y ante una crisis cuyas consecuencias son impredecibles e incalculables, es necesario pensar en mecanismos que puedan permitir a las compañías, cuyas actividades estén en riesgo, reestructurar sus negocios para que se mantengan como sociedades mercantiles viables⁴ y minimizar el impacto de esta pandemia en la economía y en la generación de trabajo; o, en su defecto, para asegurar su liquidación ordenada cuando su giro del negocio deviniere inviable⁵.

Bajo este contexto, la Ley ecuatoriana no se compadece con la necesidad de asegurar, por un lado, la supervivencia de aquellas sociedades mercantiles que afrontaren dificultades que surgieren durante su devenir operacional (como la que nos encontramos afrontando actualmente)⁶; y, por otro, de mejorar sus procesos de cierre cuando su extinción fuere, operacionalmente, la única opción existente. Ante esta realidad, es inminente pensar en una reforma que modernice nuestra legislación y, por supuesto, saque de apuros a las compañías en problemas.

El sistema de reestructuración de deudas para compañías en el país no ha dado resultado porque la norma nunca sintonizó con la realidad. Desde el año 1997, este procedimiento está regulado por la Ley de Concurso Preventivo. Sin embargo, han sido poquísimos los casos que se han presentado a concurso en estos más de 20 años de vigencia de la ley. Las compañías no utilizan este sistema por estar inadecuadamente estructurado. Por su parte, las reformas en materia de disolución, liquidación, reactivación y cancelación de compañías son de las más urgentes en el contexto nacional actual. Bajo el marco vigente, la crisis derivada del brote de coronavirus conduciría a un creciente número de compañías ecuatorianas que podrían verse incursas en la causal de

³ Aurelio Gurrea Martínez (15 de marzo de 2020), 'Disolución de sociedades y concurso de acreedores en tiempos del coronavirus' [Blog post], Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

⁴ Aurelio Gurrea Martínez, El ineficiente diseño de la legislación concursal española: Una propuesta de reforma a partir de la experiencia comparada y de un análisis económico del Derecho concursal (The inefficient design of the Spanish Bankruptcy Act: A proposal to enhance the attractiveness of the Spanish bankruptcy regime based on an economic and comparative analysis of insolvency law) (April 1, 2017). Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper Series 6/2016, 23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2798561> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2798561>

⁵ Aurelio Gurrea-Martínez, La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores (The Incomprehensible Preference for the Reorganization over the Liquidation as the 'Way Out' of Spanish Insolvency Proceedings) (February 21, 2014), 4. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400128> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128>

⁶ Esteban Ortiz Mena & Paúl Noboa Velasco (16 de abril de 2020), 'Corporate Liquidation Proceedings in Ecuador: The Recapitalize or Liquidate Rule in Times of COVID-19', Oxford Business Law Blog. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/04/corporate-liquidation-proceedings-ecuador-recapitalize-or-liquidate>

disolución por la concurrencia de pérdidas operacionales⁷, aspecto que, al devenir de un motivo de fuerza mayor, no debería ser atribuible a las compañías. Por eso, existen varias reformas que deben ser efectuadas urgentemente con el objeto de mitigar los efectos adversos que el brote del COVID-19 ha causado en el Ecuador.

La pretendida reforma, para los casos de reestructuración, debería modificar la legislación existente para preparar a las compañías en época de crisis. Puntualmente, creemos que se deberían centrar en dos temas esenciales: (i) reestructuración y concurso preventivo; y, (ii) disolución, liquidación, reactivación y cancelación de compañías.

II. PROPUESTAS PARA MITIGAR EL IMPACTO ECONÓMICO

Propuesta concursal: Reestructuración de compañías

En un momento de crisis, es mejor para el sistema esperar por la recuperación del negocio, reestructurar deudas y recibir tardíamente un pago, a no cobrar nunca la acreencia como consecuencia del cierre del mismo cuando todavía es viable. El concordato es una opción para que las compañías que tienen problemas de cesación de pagos puedan reestructurar y negociar sus deudas con el fin de que se ordenen financieramente y así evitar el cierre del negocio.

Sin embargo, la Ley de Concurso Preventivo del Ecuador, por una serie de anacronismos e incompatibilidades con la realidad, no ha tenido una aplicación exitosa ni ha coadyuvado a desarrollar los procesos concursales en el país, tan necesarios en tiempos de crisis. Partiendo de estos elementos, se vuelve urgente derogar esa Ley con el fin de instaurar, en su lugar, un régimen de reestructuración moderno, práctico y eficiente, acorde a las necesidades de las compañías que así lo precisaren. Dentro de aquel contexto, y partiendo de la función solutoria del Derecho Concursal⁸, consideramos que la reestructuración debería tener por objeto la maximización del grado de satisfacción de los acreedores sociales⁹, mediante la recuperación y conservación de las compañías cuyo giro operacional fuere viable como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo¹⁰; o, en su defecto, a través de un proceso ordenado de liquidación, cuando su giro operacional fuere inviable.¹¹ Para esto, consideramos que, sobre la base de un análisis de su valoración como negocio en marcha

⁷ Aurelio Gurrea-Martínez, *Insolvency Law in Times of COVID-19* (April 17, 2020). Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020, 9. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3562685> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562685>

⁸ Gurrea Martínez, *El Ineficiente Diseño...* Op. Cit., 5

⁹ *Ibid.* Al respecto, cabe señalar que, en jurisdicciones comparadas, se ha resuelto que un estado de insolvencia actual altera los deberes fiduciarios de los administradores, debiendo actuar en procura de los intereses de los acreedores de la compañía. De acuerdo con Scheler, Kaplan y Rodburg, “*actual insolvency (whether based on the balance sheet or cash flow) does alter directors’ obligations. When a corporation becomes insolvent, the board’s fiduciary duties are to all of the corporation’s residual claimants. Once a company is insolvent, the residual claimants include both the creditors and the shareholders.*” Brad Eric Scheler, Gary L. Kaplan, and Jennifer L. Rodburg (15 de abril de 2020), ‘Director Fiduciary Duty in Insolvency’, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/04/15/director-fiduciary-duty-in-insolvency/>. En el Derecho Inglés, los directores están llamados tienen deberes fiduciarios para los acreedores sociales cuando una compañía deviene insolvente. *West Mercia Safetywear Ltd. v Dodd*(1988) BCLC 250. Para un mayor análisis sobre el deber fiduciario de los administradores en beneficio de los acreedores sociales ante un estado de insolvencia, ver: Paul Davies, *Directors’ Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency*, EBOR, 2006.

¹⁰ Gurrea Martínez, *El Ineficiente Diseño...* Op. Cit., 7

¹¹ Gurrea Martínez, *La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación...*, Op. Cit., 13-15. Con relación a una adecuada construcción de un sistema concursal bajo el marco descrito, Douglas G. Baird ha señalado lo siguiente: “*From this perspective, bankruptcy law*

frente a una valoración de sus activos en liquidación¹², el concurso debería promoverse a través de la reorganización de compañías cuyo negocio fuere viable o de la liquidación ordenada de compañías cuyo negocio fuere inviable.¹³ Para tales efectos, es fundamental conseguir un equilibrio entre la posición del deudor y la posición de los acreedores sociales, sin priorizar a ninguna de las partes.¹⁴

La reorganización que permita el mantenimiento y rescate de sociedades operacionalmente viables debería efectuarse a través de la suscripción de un acuerdo concordatario que, consideramos, debería tener el carácter de título de ejecución, en beneficio de sus suscriptores. Este concordato debería tener, como objeto, (i) regular las relaciones entre el deudor y sus acreedores sociales; (ii) facilitar la extinción de las obligaciones del sujeto en reorganización; (iii) normalizar las relaciones comerciales y crediticias de la sociedad deudora mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o de pasivos; y, (iv) conservar la empresa. En definitiva, los acuerdos concordatarios deberían adoptar las medidas necesarias para que la sociedad deudora se encuentre en condiciones de cumplir con sus obligaciones y desarrollar su actividad operacional normalmente. Dicho esto, y a diferencia del requerimiento de la vigente Ley de Concurso Preventivo (que exige una aprobación del 75% de los acreedores sociales), creemos que el acuerdo concordatario debería ser aprobado solamente por el 51% de los acreedores¹⁵, deviniendo en vinculante para todos los acreedores, incluyendo a los acreedores disidentes y no concurrentes al proceso concursal¹⁶ (sin perjuicio de su eventual reforma por acuerdo de las partes).

Con relación a aquellas sociedades mercantiles cuyo negocio o giro operacional fuere inviable (es decir, que tuvieren un mayor valor en liquidación que en funcionamiento)¹⁷, el proceso concursal ecuatoriano, buscando el aprovechamiento del patrimonio de la sociedad deudora y la protección del crédito, debería perseguir su disolución y liquidación pronta y ordenada.¹⁸ Para dichos efectos, consideramos que la apertura de la fase de liquidación, producto de un acuerdo concordatario, debería producir la disolución de pleno derecho de la sociedad, que se regiría por la Sección XII de la Ley de Compañías del Ecuador.

should have a bias toward neither liquidation nor reorganization". Douglas G. Baird, *Bankruptcy's Uncontested Axioms*, *The Yale Law Journal*, Vol 108:573, 582

¹² Gurrea Martínez, *El Ineficiente Diseño...* Op. Cit., 29.

¹³ *Ibid.* Con el objeto de determinar cuando una sociedad mercantil se encuentra en un estado de insolvencia actual, Douglas Baird ha señalado lo expuesto a continuación: "*For the proceduralist, the concept of a "troubled firm" is insufficiently specified. A firm may be troubled because it cannot succeed in the marketplace, since competitors produce a better product at a lower cost. On the other hand, a firm may be distressed because it cannot generate sufficient revenue to pay its debts. This first kind of adversity is called "economic" distress. It exists regardless of a firm's capital structure. The sole owner of a business that attracts no customers will shut it down, even if there are no banks or other creditors in the picture. The second kind of trouble is "financial" distress, meaning the firm's income is not enough to pay back what it has borrowed. For example, a toy manufacturer borrowed a large amount of money to develop and market a toy tied to a movie that later flopped. The people responsible for this debacle have left the firm. The current managers are now the best in the business. Nevertheless, this huge loan and the firm's other obligations exceed the value of the firm itself. The firm is in fine shape with respect to everything it now does, but it cannot pay its debts. This firm is in financial distress.*" (Subrayado fuera de la cita textual). Baird, *Bankruptcy's Uncontested Axioms...* Op. Cit., 580-581. De este modo, se podría determinar, por ejemplo, que el giro operacional de una compañía es inviable cuando ésta no contare con la capacidad para cubrir todas sus deudas u obligaciones con los bienes y derechos que integran su activo social.

¹⁴ Gurrea Martínez, *El Ineficiente Diseño...* Op. Cit., 13

¹⁵ Fabricio Dávila Lazo, 'Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador', Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 4/2016, 13

¹⁶ *Ibid.*, 9

¹⁷ Philippe Aghion, Olver Hart, John Moore, 'The Economics of Bankruptcy Reform' NBER Working Paper Series No. 4097, 11

¹⁸ Gurrea Martínez, *El Ineficiente Diseño...* Op. Cit., 20

Dentro de este marco conceptual, los procesos de reestructuración deberían contar con tres fases diferenciadas: fase de inicio, de negociación y de ejecución del acuerdo. Además de convocar a los acreedores a negociar con el fin de procurar alternativas basadas en un plan de reestructuración, creemos que la ventaja de iniciar un proceso de reestructuración es que, desde que se presenta la solicitud de reestructuración y mientras dura la fase de negociación, se concedería una protección concursal *ipso iure* que debería durar hasta la finalización de la ejecución del acuerdo concordatario. Bajo el marco sugerido, la protección concursal debería consistir, básicamente, en lo siguiente:

1. No podrían iniciarse acciones administrativas, judiciales, arbitrales ni coactivas en contra del deudor;
2. Todo proceso judicial, administrativo, de coactiva, o vía de ejecución, debería quedar suspendido;
3. No podría levantarse ninguna medida cautelar, judicial, de coactiva o administrativa, que hubiere sido establecida antes de la fase inicial, salvo autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros;
4. No podría solicitarse ni declararse la intervención, disolución, liquidación o cancelación de la compañía sujeta a la reestructuración;
5. Se deberían suspender los pagos, por parte de la deudora, de toda acreencia contraída con anterioridad a la fecha de la solicitud, exceptuándose las acreencias laborales y los pagos que sean indispensables para la operación ordinaria de la empresa, determinados y justificados conforme a las proyecciones presentadas por la sociedad deudora durante el curso de la reestructuración;
6. Se debería suspender todo proceso de cobro de créditos en la banca pública y privada;
7. No se deberían generar intereses sobre las acreencias durante el trámite de la reestructuración;
8. Todos los contratos suscritos por el deudor deberían mantener su vigencia y condiciones de pago. No podrán terminarse unilateralmente de forma anticipada, ni exigirse cumplimiento anticipado, ni hacer efectivas las garantías contratadas mientras dure la reestructuración; y,
9. Mientras se tramita la reestructuración y se ejecute el acuerdo correspondiente, se deberían suspender, en favor de los acreedores, fiadores, garantes y avalistas del deudor, los plazos de prescripción extintiva de obligaciones y caducidad de las acciones respectivas.

La Ley de Concurso Preventivo vigente exige un quórum por parte de los acreedores del 75% para llegar a acuerdos, casi siempre dejando en manos del acreedor principal la suerte de la compañía. Si no se llega a este porcentaje, no se podría alcanzar ningún acuerdo. Este requerimiento atenta contra la naturaleza de cualquier proceso concursal, dado que, usualmente, los acreedores controlantes o más sofisticados (o *adjusting creditors* en palabras de *Armour*)¹⁹ son quienes obtienen protección, por ejemplo, mediante garantías reales sobre bienes que fueren propiedad de la compañía deudora (como acontecería, por ejemplo, cuando una institución financiera fuere su acreedora hipotecaria). Por consiguiente, en la mayoría de los casos, estos acreedores prefieren ejecutar sus garantías directamente en lugar de viabilizar, por intermedio de un proceso concursal, la marcha operacional de la sociedad deudora a través de la suscripción de un acuerdo concordatario.

La vigente Ley de Concurso Preventivo cuenta con tantas barreras que, inclusive, su artículo 31 determina, con relación a la ausencia de los acreedores, que de no concurrir los acreedores que representen, por lo menos, el setenta y cinco por ciento del valor de los créditos admitidos en primera convocatoria, se convocará a una nueva reunión que deberá celebrarse dentro del término de cinco días subsiguientes. Si a esta reunión tampoco

¹⁹ John Armour, 'Legal Capital: An Outdated Concept?' [2006] EBOR, 4

concurran dichos acreedores (entendiéndose el mismo elevado porcentaje), el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros dará por terminado el trámite concursal. En otras palabras, el hecho de no dar quórum a una junta de acreedores en segunda convocatoria (que, dicho sea de paso, deberá instalarse con el 75% del valor de los créditos admitidos), se entiende legalmente como la ausencia de la intención de los acreedores de celebrar un concordato, lo cual conduce a la terminación del trámite concursal.²⁰ Estos procedimientos tan leoninos deben ser modificados, ya que impiden solucionar lo verdaderamente importante. Se debe dar la posibilidad a la compañía de, al menos, presentar un plan de negocios. Es necesario que éstas puedan ser escuchadas, aunque luego los acreedores consideren que su plan de reestructuración es inviable.

Tampoco se deben establecer requisitos mínimos de activos para poder proponer un acuerdo concursal, tal y como lo exige, actualmente, la legislación ecuatoriana. Se deberían establecer parámetros que estén atados al pasivo total del sujeto que busca su reestructuración. Entre otras, se sugiere establecer, como causal de cesación de pagos, al incumplimiento por más de noventa días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, contraídas en el desarrollo de su actividad operacional y que representen, cuando menos, el treinta por ciento o más del valor del pasivo de la compañía deudora. En términos más generales, se podría precisar que la cesación de pagos es un estado que surge cuando una compañía deudora no puede cumplir, regularmente, con sus obligaciones exigibles²¹, o cuando el deudor razonablemente prevea que no podrá cumplir, regular y puntualmente, con sus obligaciones.²²

Al igual a lo que establece la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación para sus casos de reestructuración, se sugiere que a las compañías que ha sido aceptado por parte de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros su solicitud de concurso, se incorpore en su denominación la frase “*en reestructuración*”. De esta manera, se transparentaría el proceso y facilitaría que acreedores que no han sido tomados en cuenta, puedan presentarse dentro de la fase de negociación. Al añadirse dichas palabras a la denominación de la sociedad que afrontare un proceso concursal, se efectuaría una *constructive notice* para cualquier autoridad, judicial o administrativa, del estado de reestructuración de la sociedad mercantil, con lo cual dichas autoridades, al tener conocimiento del decurso de aquel procedimiento, se verían impedidos de iniciar nuevos procesos en contra del ente sujeto a reestructuración, o de suspender los que hubieren iniciado con anterioridad.

Adicionalmente, consideramos fundamental que todos los acreedores sociales de la misma clase o condición (fueren éstos privilegiados, ordinarios o subordinados)²³ se presenten a la reestructuración en igualdad de

²⁰ Con acierto, Fabricio Dávila Lazo señala que el artículo 31 de la Ley de Concurso Preventivo, en lugar de equilibrar la relación entre las partes, inclina la balanza hacia los acreedores sociales. Dávila Lazo, *Institutos Pre-Concursales...* Op. Cit., 18-19.

²¹ Estado que, de acuerdo con el artículo 2 (3) de la Ley Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, del Reino de España, es conocida como un estado de insolvencia actual.

²² Estado que, de acuerdo con el artículo 2 (3) de la Ley Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, del Reino de España, es conocida como un estado de insolvencia inminente.

²³ De acuerdo con Douglas G. Baird, “*The absolute priority rule is the organizing principle of the modern law of corporate reorganizations. If one creditor has priority over another, this creditor needs to be paid in full before the other is entitled to receive anything. It does not matter whether payment takes the form of cash from a sale or new securities in a reorganization. Priority is absolute. By its nature, priority requires a rank-ordering of claims.*” (Subrayado fuera de la cita textual). Douglas G. Baird, ‘Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy’, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No 4 (2017),786. Sin embargo, Baird & Thomson han enfatizado en que los acreedores garantizados, ordinarios y subordinados tienen derecho sobre la masa concursal. Sin embargo, los mencionados autores son enfáticos en señalar lo siguiente: “*That the rights are hierarchically arranged merely reflects the different bargain*

condiciones, respetándose, eso sí, las relaciones jurídicas preexistentes al trámite del concurso.²⁴ De esta manera, los mayores acreedores sofisticados (como un acreedor hipotecario o el Estado), sobre la base de aquellas ventajas legítimamente constituidas de manera previa al trámite concursal, tendrían todos los incentivos para participar en el concurso.²⁵ La intención de la reestructuración de sociedades cuyo giro operacional fuere viable es dar la posibilidad de que el negocio del deudor se recupere, prospere y logre pagar a todos los acreedores, en el tiempo, sus deudas.²⁶ Por este motivo, un irrespeto de las relaciones jurídicas preexistentes en el devenir concursal solamente provocaría que los *adjusting creditors* opten, sobre la base de sus ventajas crediticias, ejecutar cualquier acción por fuera de la esfera concursal, con lo cual no necesariamente se lograría normalizar las relaciones comerciales y crediticias de la sociedad deudora.²⁷ Con relación a los procesos liquidatorios, el irrespeto de las relaciones jurídicas preexistentes incentivaría a los acreedores sofisticados buscar una ejecución por fuera del proceso liquidatorio, aspecto que provocaría una disminución del acervo social liquidable, con el consecuente perjuicio para los demás acreedores y, en última instancia, para los socios o accionistas, como *residual claimants*.

En muchos casos, existe la intención de la sociedad deudora y los acreedores de llegar a acuerdos. Inclusive mucho antes de la presentación de una solicitud de reestructuración. Por eso, sugerimos la implementación de una figura de reestructuración abreviada, permitiendo a los deudores sugerir un acuerdo de reestructuración, el cual debería ser aprobado por el 75% de los acreedores. Este acuerdo, que debería ser vinculante para todos los acreedores sociales, será previo y ejecutado por fuera de los procesos ordinarios de reestructuración. De alcanzarse dicho porcentaje, el deudor se beneficiaría para reorganizar su negocio sin la necesidad de sujetarse a las tres fases existentes dentro de los procesos ordinarios de reestructuración.

En términos generales, también consideramos que la legislación concursal ecuatoriana debería establecer, sobre la base del deber fiduciario de debida diligencia consagrado en el artículo 262 de la Ley de Compañías, que los administradores de las sociedades mercantiles que se encontraren o teman encontrarse en un estado de cesación de pagos, deberán presentar la solicitud de reestructuración dentro del plazo de 90 días siguientes de producidas cualquiera de las causales de cesación de pagos que la Ley determinare²⁸; o, en su defecto, convocar

each interest holder has struck in acquiring those rights." Douglas G. Baird & Thomas H. Jackson, "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy," 51 University of Chicago Law Review 97 (1984), 113

²⁴ Gurrea, *Indeficiente Diseño...* Op. Cit., 11.

²⁵ En palabras de Baird y Thomson, "Secured creditors should not be deprived of the benefit of their bargain." Por este motivo, el mencionado autor, resaltando la sabiduría de permitir a los acreedores garantizados concurrir, con prelación crediticia, sobre los demás acreedores, ha concluido, enfáticamente, lo siguiente: "After all, someone must bear the risk that the reorganized firm will fail." Baird & Thomas, *Corporate Reorganizations...*, Op. Cit., 98, 129

²⁶ Gurrea-Martínez, *Insolvency Law in Times of COVID-19...* Op. Cit.

²⁷ En palabras de David Skeel, "A creditor can exit or avoid the class of general creditors by requiring that the debtor provide collateral for the obligation or by obtaining priority in another way, such as contracting with a subsidiary with a clean balance sheet." David A. Skeel Jr., "The Empty Idea of 'Equality of Creditors'" (2018). Faculty Scholarship at Penn Law. 1724, 742. Siguiendo el criterio del mencionado autor, otorgar un tratamiento igualitario entre créditos que, de manera legítima, han logrado negociar un tratamiento especial no sería equitativo, sino todo lo contrario. *Ibid*, 743

²⁸ Siguiendo, para tales efectos, el modelo alemán y español que impone sobre los administradores el deber de solicitar el concurso. Al respecto, Aurelio Gurrea Martínez ha señalado que en modelos societarios caracterizados por un sistema de concentración de capital (como en Ecuador) que se caracterizan por la existencia de un asociado de control, el riesgo de favorecerlos sería mayor. A decir de Gurrea Martínez, "habida cuenta de que esta circunstancia no sólo puede ocasionar eficiencias *ex post* (asociadas con invertir en proyectos de inversión altamente arriesgado y con valor neto negativo que, en caso de éxito, no obstante, generen ganancias suficientes para que los accionistas

a junta general o asamblea de accionistas para que pueda acordarse una disolución voluntaria y anticipada, de acuerdo con la Ley. Bajo el marco sugerido, el vencimiento del plazo de 90 días sugerido no debería impedir la presentación de una solicitud de reestructuración. Sin embargo, la junta general o asamblea de accionistas debería tener la posibilidad de entablar una acción social de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 272 de la Ley de Compañías, en contra de los administradores que hubieren incumplido con su deber de solicitar una reestructuración; o que, en su defecto, no hubieren convocado, dentro del mismo plazo, a la junta general o asamblea de accionistas para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución voluntaria y anticipada.²⁹

Sin perjuicio del marco general propuesto en el inciso precedente, consideramos que, debido al advenimiento de la crisis económica derivada del brote de coronavirus, el deber de los administradores de solicitar la reestructuración debería ser suspendido hasta que las compañías pudieran recuperarse operacionalmente del impacto generado por esta pandemia mundial.³⁰ Bajo esta misma premisa, también consideramos que, de adoptarse un nuevo régimen concursal, también se debería suspender la posibilidad que los acreedores sociales afectados por el brote del coronavirus soliciten un proceso de reestructuración ante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros.³¹

Propuesta societaria: Disolución, Liquidación, Reactivación y Cancelación Registral de Compañías

En el caso de que los negocios de compañías no sean viables, es una necesidad mejorar los procesos de cierre cuando su cancelación fuere la única opción existente. Las medidas adoptadas producto del brote del coronavirus han producido un duro golpe a la economía mundial, escenario no ajeno al Ecuador. Estos efectos económicos provocarán, sin lugar a dudas, una situación de pérdidas operacionales en las compañías ecuatorianas, ya que éstas se verán en la imperiosa necesidad de asumir importantes gastos para cubrir esta contingencia. Adicionalmente, esta crisis se ahondará por la ausencia de utilidades operacionales producto de la paralización de las actividades empresariales. Por estos motivos, las reformas en materia de disolución, liquidación, reactivación y cancelación de compañías son de las más urgentes en el contexto nacional actual.

Bajo el marco liquidatorio vigente, la crisis derivada del brote de coronavirus conduciría a un creciente número de disolución de compañías ecuatorianas por la concurrencia de pérdidas operacionales, aspecto que, al devenir de un motivo de fuerza mayor, no puede ser atribuible a las compañías. Por tal razón, se sugiere suspender la aplicación³² o, de plano, eliminar la regla "*recapitalize or liquidate*"³³, plasmada en la causal de disolución por

puedan recuperar parte de su inversión) sino también ex ante (un posible castigo en el coste del crédito), creemos que tiene sentido imponer una solución intervencionista como el deber de solicitar el concurso existente en Alemania." Aurelio Gurrea Martínez (5 de septiembre de 2017), 'Los deberes y la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia: Una perspectiva económica y comparada' (Blog post), Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. <https://www.derechoyfinanzas.org/los-deberes-y-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-situaciones-de-insolvencia-una-perspectiva-economica-y-comparada/> (Revisado el 27/04/2020).

²⁹ *Ibid*

³⁰ Gurrea Martínez, *Insolvency in Times of COVID-19...* Op. Cit., 7

³¹ *Ibid*, 8

³² Ortiz & Noboa, *Corporate Liquidation Proceedings...* Op. Cit.

³³ De acuerdo con Luca Enriques & Jonathan Macey, "*the "recapitalize or liquidate" rules of individual European Union Member States are undeniably much more effective at protecting creditors than the other legal capital rules, at least so long as such rules are easily enforceable. However, because these rules penalize risk-taking, they are highly inefficient and severely retard the growth of equity markets.*" Luca Enriques and Jonathan R. Macey, 'Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules', 86 Cornell L. Rev, 1165 (2001), 1201

la concurrencia de pérdidas operacionales. De esta manera, se superaría la anacrónica concepción del capital social como un mecanismo de garantía para los acreedores sociales³⁴, buscando mantener como activas a sociedades mercantiles que, a pesar de afrontar dificultades transitorias, podrían a largo plazo ser efectivamente operativas. Bajo el marco vigente y producto de la emergencia sanitaria actual, sociedades mercantiles podrían afrontar un proceso liquidatorio por reflejar pérdidas que, si bien es cierto representarían porcentualmente un monto significativo frente a su capital social (que es puramente nominal), pueden no ser significativos frente al total de su patrimonio social y el giro de negocio derivado de su actividad operacional.³⁵

En el supuesto caso de que una sociedad contare con pasivos de cualquier naturaleza, se plantea como alternativa de reforma que los mismos puedan ser asumidos por los socios, accionistas o terceros. Esta aceptación deberá ser expresa y esta persona será responsable de los pasivos de la compañía. Podría operar, *mutatis mutandis*, una especie de cancelación de la compañía similar a aquella derivada de los procesos de fusión por absorción, bajo la premisa que un tercero, ajeno a la esfera societaria, asuma las obligaciones de la compañía y así permitir su extinción legal. De este modo, se evitarían costos innecesarios de mantenimiento o cualquier otro contingente que se derivare de mantener activa una compañía que no tiene futuro y que fuere operacionalmente inviable.

También creemos necesario permitir que una compañía se cancele como consecuencia de una cesión global de activos y pasivos. De esta manera, la compañía podrá transferir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación dineraria.³⁶ La cesión global de activos y pasivos debería sujetarse, sin necesidad de aprobación de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, a las solemnidades y requerimientos previstos en el Código de Comercio para las transferencias de empresas como unidades económicas. En caso de que los socios o accionistas recibieren la contraprestación de esta operación, la compañía cedente debería cancelarse. La innovación de esta alternativa radicaría en la posibilidad de transferir en bloque todo el patrimonio de una compañía (como una variante que opera, por ejemplo, a través de una fusión societaria) y, como derivación de aquello, procurar su cancelación registral a través de una herramienta expedita y permitida por la legislación mercantil, sin entrar en un proceso de liquidación que será asumido por un tercero. En otras palabras, se sugiere facilitar la extinción de una sociedad mercantil a través de un proceso de reorganización empresarial que permita establecer un régimen de sucesión hacia sus socios o accionistas.

Respecto al acto societario de reactivación, y con el objeto de dinamizar la economía del Ecuador sobre la base de un reingreso de las compañías que, por motivos derivados del impacto del brote de coronavirus en la economía nacional, afrontarán procesos de liquidación, es indispensable disminuir los requerimientos para la reactivación societaria, tanto de las especies societarias tradicionales, así como de las sociedades por acciones simplificadas. Por este motivo, sugerimos que la reactivación, como acto societario, debería requerir, única y

³⁴ Para un análisis sobre la obsolescencia del capital social como un mecanismo de garantía para los acreedores sociales, ver: Armour, *Legal Capital: An Outdated Concept?*, Op. Cit. Paúl Noboa Velasco, Obsolescencia de los Requerimientos Mínimos de Capital Social (Obsolescence of the Mandatory Minimum Capital Requirements) (May 28, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3395053> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395053>.

³⁵ Ortiz & Noboa, *Corporate Liquidation Proceedings...* Op. Cit.

³⁶ Partiendo del artículo 81 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles del Reino de España. Rafael Ansón Peironcely, *Cesión Global de Activo y Pasivo*. en: Víctor Manuel Garrido de Palma et. al, *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 257-303.

exclusivamente, que la compañía en liquidación hubiere solventado la causal que motivó su declaratoria de disolución.

III. CONCLUSIONES

Como conclusión, la propagación mundial del coronavirus, entre muchas otras consecuencias, afectará negativamente al sector económico y productivo mundial. Bajo este contexto, las propuestas societarias y concursales sugeridas en este ensayo buscan, por un lado, mitigar el impacto económico del COVID-19 en Ecuador; y, en términos más generales, mejorar y establecer mecanismos más eficientes, rápidos y menos costosos en el ámbito concursal y para la liquidación de compañías, cambiando o ajustando aspectos de la legislación actual que vuelven engorrosos y complejos a estos procesos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Aghion, P., Hart, O., Moore, J., 'The Economics of Bankruptcy Reform' NBER Working Paper Series No. 4097

Ansón Peironcely, R., *Cesión Global de Activo y Pasivo*. en: Garrido de Palma, V.M. et. al, *Las Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

Armour, J., 'Legal Capital: An Outdated Concept?' [2006] EBOR

Baird, D.G., Bankruptcy's Uncontested Axioms, *The Yale Law Journal*, Vol 108:573

Baird, D.G., 'Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy', *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, No 4 (2017)

Baird, D.G., & Jackson, T.H., "Corporate Reorganizations and the Treatment of Diverse Ownership Interests: A Comment on Adequate Protection of Secured Creditors in Bankruptcy," 51 *University of Chicago Law Review* 97 (1984)

Davies, P., Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency, EBOR, 2006

Dávila Lazo, F., 'Institutos pre-concursales modernos y breve análisis de la Ley de Concurso Preventivo en el Ecuador', Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 4/2016

Enriques, L., and Macey, J.R., 'Creditors versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules', 86 *Cornell L. Rev*, 1165 (2001)

Gurrea Martínez, A., (15 de marzo de 2020), 'Disolución de sociedades y concurso de acreedores en tiempos del coronavirus' [Blog post], Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Disponible en: <https://www.derechoyfinanzas.org/disolucion-de-sociedades-y-concurso-de-acreedores-en-tiempos-del-coronavirus/>

Gurrea Martínez, A., El ineficiente diseño de la legislación concursal española: Una propuesta de reforma a partir de la experiencia comparada y de un análisis económico del Derecho concursal (The inefficient design of the Spanish Bankruptcy Act: A proposal to enhance the attractiveness of the Spanish bankruptcy regime based on an economic and comparative analysis of insolvency law) (April 1, 2017). Ibero-American Institute

for Law and Finance, Working Paper Series 6/2016, 23. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2798561> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2798561>

Gurrea Martínez, A., (5 de septiembre de 2017), 'Los deberes y la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia: Una perspectiva económica y comparada' (Blog post), Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. <https://www.derechoyfinanzas.org/los-deberes-y-la-responsabilidad-de-los-administradores-en-situaciones-de-insolvencia-una-perspectiva-economica-y-comparada/>

Gurrea-Martínez, A., La incomprensible preferencia del convenio a la liquidación como solución del concurso de acreedores (The Incomprehensible Preference for the Reorganization over the Liquidation as the 'Way Out' of Spanish Insolvency Proceedings) (February 21, 2014), 4. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2400128> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2400128>

Gurrea-Martínez, A., Insolvency Law in Times of COVID-19 (April 17, 2020). Ibero-American Institute for Law and Finance, Working Paper 2/2020, 9. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3562685> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3562685>

Noboa Velasco, P., Obsolescencia de los Requerimientos Mínimos de Capital Social (Obsolescence of the Mandatory Minimum Capital Requirements) (May 28, 2019). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3395053> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3395053>

Ortiz Mena, E., & Noboa Velasco, P. (16 de abril de 2020), 'Corporate Liquidation Proceedings in Ecuador: The Recapitalize or Liquidate Rule in Times of COVID-19', Oxford Business Law Blog. Disponible en: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/04/corporate-liquidation-proceedings-ecuador-recapitalize-or-liquidate>

Scheler, B. E., Kaplan, G.L., and Rodburg, J.L., (15 de abril de 2020), 'Director Fiduciary Duty in Insolvency', Harvard Law School Forum on Corporate Governance, <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/04/15/director-fiduciary-duty-in-insolvency/>

Skeel, D.A. Jr., "The Empty Idea of "Equality of Creditors"" (2018). Faculty Scholarship at Penn Law. 1724