`



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO

FACULTAD DE POSTGRADOS

TITULO:

INCONSISTENCIAS EN EL PROCESO DE TRANSICIÓN DE LA INSOLVENCIA VISTOS DESDE LA RAMA CIVIL A LA RAMA PENAL, A PARTIR DE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO PREVIO A OTORGAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PROCESAL

AUTORES:

AB. CORONEL ENGRACIA EDUARDO ALEJANDRO
AB. OLMEDO RUBIO DAYAR MERCEDES

TUTOR:

AB. DANIEL EDUARDO RODRIGUEZ WILLIAMS, MSC.

SAMBORONDÓN, ABRIL 2023

Resumen.

En el presente trabajo, se realizó un análisis crítico al sistema procesal ecuatoriano en lo referente al juicio de concurso de acreedores, y su transición al ámbito penal, con la puesta en conocimiento a la Fiscalía General del Estado, para la investigación de la presunta insolvencia fraudulenta, todo esto de acuerdo a lo establecido en el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 423. Para ello se efectuó un breve recuento doctrinario sobre la determinación de insolvencia, la presunción de insolvencia y la insolvencia fraudulenta. De igual forma se estudió, como de acuerdo con nuestra legislación el proceso concursal existe una presunción de insolvencia, mas no una determinación de insolvencia.

Consecuentemente, explicamos cómo se presenta esta presunción de insolvencia dentro del juicio concursal y por qué esta presunción no reúne los elementos suficientes para transitar el concurso de acreedores a la esfera del derecho penal. Para lograrlo, se tomó como referencia un análisis de legislación comparada entre Chile y Colombia, sobre la insolvencia con la legislación ecuatoriana. Finalmente, como resultado, advertimos de la evidente inconsistencia dentro del esquema del juicio concursal, para la determinación de la insolvencia y la puesta en conocimiento a la fiscalía para las investigaciones pertinentes. Para lo cual se sugiere que previa la notificación de la fiscalía se ejecuten dentro del proceso concursal, mediante las funciones del síndico gestiones más efectivas que permitan pasar de una inicial presunción de insolvencia a una determinación de insolvencia con posibles repercusiones penales.

Palabras claves: presunción, insolvencia, fraudulencia.

ABSTRACT

In the present work, a critical analysis of the Ecuadorian procedural system was carried out in relation to the bankruptcy trial, and its transition to the criminal sphere, with the notification to the Fiscalía General del Estado, for the investigation of the alleged insolvency fraudulent, all this in accordance with the provisions of article 423 of the Código Orgánico General de Procesos. For this, a brief doctrinal account was made on the determination of insolvency, the presumption of insolvency and fraudulent insolvency. In the same way, it was studied how, according to our legislation, in the bankruptcy process there is a presumption of insolvency, but not a determination of insolvency.

Consequently, we explain how this presumption of insolvency is presented within the bankruptcy proceeding and why this presumption does not gather sufficient elements to transfer the bankruptcy to the sphere of criminal law. To achieve this, an analysis of comparative legislation between Chile and Colombia on insolvency with Ecuadorian legislation was taken as a reference. Finally, as a result, we warn of the evident inconsistency within the scheme of the bankruptcy proceedings, for the determination of insolvency and the disclosure to the prosecution for the pertinent investigations. For which it is suggested that, prior to the notification of the prosecution, more effective procedures be carried out within the bankruptcy process, through the functions of the trustee, which allow moving from an initial presumption of insolvency to a determination of insolvency with possible criminal repercussions.

Keywords: presumption, insolvency, fraudulence

1. Introducción.

Actualmente el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), en su artículo 423, establece que el juez que conoce la demanda de concurso voluntario, debe con el auto de inicio ordenar la anotación de la insolvencia del demandado, por el no cumplimiento de este con una deuda previamente reconocida judicialmente y adicionalmente, con el mismo auto de inicio, el juez también debe notificar a la Fiscalía, para que investigue si ha existido una posible insolvencia fraudulenta, todo esto sin contar con los actos típicos, concretos, que den luces de una presunta insolvencia fraudulenta, y lo que llama más la atención, sin tener sentencia ejecutoriada, ocasionando un vacío legal que no permite la debida tutela judicial efectiva al acreedor.

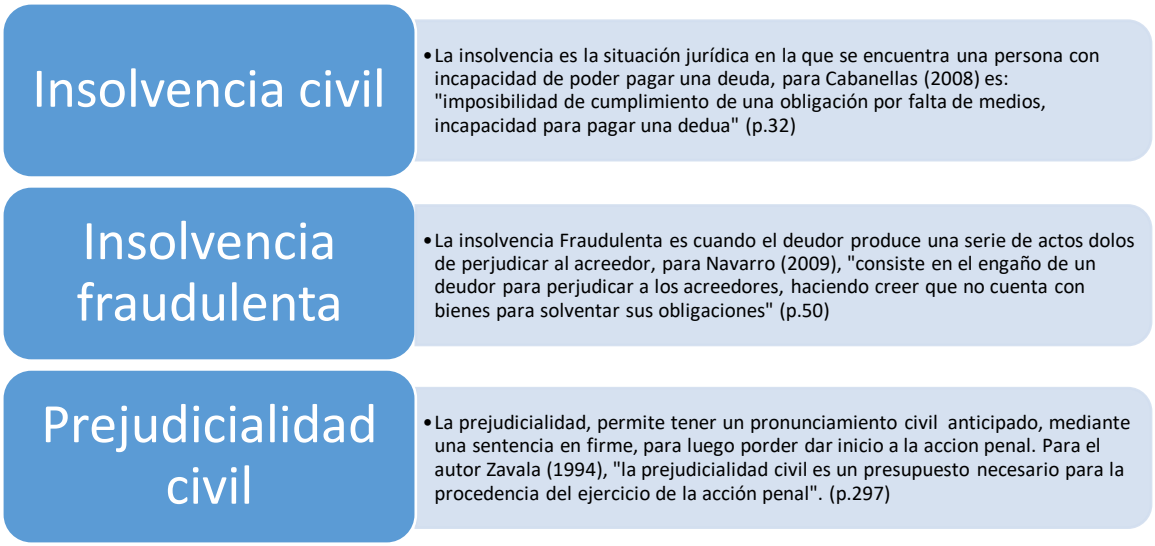
Lo anteriormente mencionado, denota un evidente problema, ya que, al haberse recién iniciado el procedimiento concursal, no hay en este proceso información suficiente que sirva de sustento para una investigación penal por insolvencia fraudulenta. Debido a lo anotado, el presente trabajo tiene como objetivo, analizar y proponer una estructura del proceso más adecuada, para pasar de la insolvencia en materia civil, a la insolvencia fraudulenta en el ámbito penal, en una instancia del proceso donde ya existan elementos documentados, que den información sobre el estado de los bienes del deudor.

Por otro lado, este trabajo esta planteado bajo un enfoque cualitativo donde analiza las herramientas necesarias que permitan recolectar información relevante para identificar los recursos del deudor, en donde se podrá analizar y evidenciar cualquier actividad dolosa, que este haya efectuado sobre sus bienes. Una vez revisada la información del deudor y levantada la sospecha de la actividad dudosa, en el manejo de sus bienes, el juez tendrá la verdadera presunción de un posible acto ilícito, así como elementos suficientes para poner en conocimiento de la fiscalía el caso para su respectiva y adecuada investigación.

2. Marco Teórico y Estado del Arte.

A efectos de continuar con el desarrollo del marco teórico, se abordaran conceptos de la revisión literaria considerados necesarios para la argumentación, de insolvencia, insolvencia fraudulenta y prejudicialidad. También se plantearan doctrinariamente las funciones del síndico para la determinación de la insolvencia, por último, se analizará normativamente la regulación de la insolvencia.

2.1. La insolvencia civil, insolvencia fraudulenta y prejudicialidad.



Para el adecuado entendimiento de es este trabajo vale revisar las figuras que se conjugan dentro del concurso de acreedores en el ámbito civil y su transición a una investigación por el delito de insolvencia fraudulenta en el ámbito penal. Asi bien tenemos la prejudicialidad, menciona Zavala lo siguiente:

> "La prejudicialidad civil en materia penal está dada por toda cuestión de carácter jurídico civil que debe ser previamente resuelta por el órgano jurisdiccional civil como presupuesto necesario para la procedencia del ejercicio de la acción penal". (Zavala Baquerizo, 2005, pág. 350)

Es decir, la prejudicialidad se presenta como un hecho que debe de ser previamente conocido y resuelto en otra área jurisdiccional, siendo el resultado de este proceso previo, necesario para la procedencia de la acción penal. Evidentemente, el concurso de

acreedores, objeto de estudio de este trabajo, resulta ser necesario como requisito de prejudicialidad, para el conocimiento de una investigación por el presunto delito de insolvencia fraudulenta, que como lo indica el criterio citado, supone una resolución de cuestiones previas antes de iniciar la vía penal.

Con respecto a la insolvencia fraudulenta encontramos lo siguiente:

> "La insolvencia fraudulenta consiste en el engaño en el que el deudor hace una serie de actos maliciosos para perjudicar a los acreedores, haciendo creer que no cuenta con bienes para solventar sus obligaciones y beneficiarse de los efectos de la insolvencia. Debe existir previamente una obligación válidamente constituida, pero que es burlada por una posterior conducta fraudulenta del deudor". (Garcia, 2011, p.47)

Es decir, la insolvencia fraudulenta, es aquella conducta en donde el deudor ejecuta actos direccionados a perjudicar, el derecho a la garantía general de prenda, de sus acreedores mediante el ocultamiento, traspaso o simulación de sus bienes, ya sea mediante la venta simulada a familiares o la venta a terceros con precios sumamente bajos, entre otros. Pero adicionalmente, como lo indica el autor, necesariamente debe haberse reconocido judicialmente una obligación, en segundo lugar, debe de existir indicios de que esta ha sido burlada maliciosamente.

Otro aspecto importante de este trabajo es la reconstrucción del patrimonio del fallido, puesto que como se ha sostenido, el juicio de concurso de acreedores tiene como objetivo principal es proteger el crédito de los acreedores, para ello es fundamental que se ponga en conocimiento dentro del juicio sobre los bienes con los cuales es posible satisfacer estos créditos, para ello es necesario contar con mecanismos que permitan determinar todo sobre el patrimonio del deudor, para así lograr asegurar el crédito de los acreedores. (Montoya Gil, 2003, pág. 74)

Sobre la importancia de esta reconstrucción tenemos:

> Declarada la quiebra o concurso de acreedores, surge la necesidad de recomponer y reconstruir las artes del patrimonio que haya sido destruido, como un trabajo de necrosis, restaurando la eficacia patrimonial sobre la cual tenían derecho a contar los acreedores e

> interesados, esta misión de recomposición compete esencialmente al Síndico la ley elabora los remedios procesales adecuados mediante cuya utilización el Síndico debe de construir con la jurisdicción para hacer efectiva esa responsabilidad". (Castillo, año, p.49)

2.2. Funciones del síndico para la determinación de la insolvencia.

El síndico es la persona designada por el juzgador que conoce el juicio de concurso de acreedores, el cual es una persona que se encuentra inscrita dentro del Consejo de la Judicatura para ser quien se encargue de la masa concursal**.** Por otro lado, se encuentra otra función del síndico relevante para el estudio de este trabajo, que es la función de realizar las diligencias necesarias encaminadas a proteger los derechos e intereses de los acreedores, que implica una serie de actividades como: investigativas, recolectarías, inventarios, entre otros. (Puelma, 2000, pág. 86)

Una vez nombrado el síndico y aceptado por éste, recae una importante tarea, la cual solo podrá renunciar por justa causa. Con la posesión del síndico, corre el término de quince días para informar del estado de los bienes y negocios del deudor, es decir que en el caso que ya exista dentro del proceso un bien del deudor sobre el cual pese una providencia preventiva, debe el síndico informar sobre el estado de esta. Así mismo el síndico dentro de sus facultades debe solicitar información a entidades para colectar información sobre los bienes o acciones que posee el deudor.

Dentro de estas funciones, el síndico deberá informar sobre los negocios del deudor, esta es una tarea que aparece muy superficialmente en la normativa, pero sustancialmente es vital para el posterior embargo de unidad productiva, en el caso que proceda. Es decir, en esta actividad el síndico dentro de su informe da fe de la titularidad del negocio que se encuentre en manos del deudor, la actividad realizada y demás actividades.

Por otro lado, el COGEP, indica que el síndico es una persona designada debido a su idoneidad, probidad, cualidades previamente calificadas por el Consejo de la Judicatura. También establece que las actividades del síndico son tales como: representar al deudor en sus bienes, recibir los bienes del deudor, responsabilidad de depositario, amplias facultades de administración, sin determinar la norma en qué consisten estas facultades.

2.3. Análisis de la normativo sobre la insolvencia.

El concurso de acreedores es el procedimiento judicial que tiene lugar ante la insolvencia del deudor, el siguiente autor establece que:

> "La insolvencia es el reconocimiento judicial del no pago de la obligación, y cuando este no pago, proviene de actos de comercio, se lo identifica como quiebra. El motivo que presupone la quiebra de determinada persona no consiste en un título ejecutivo que establezca la relación, deudor acreedor, sino en una situación patrimonial abstracta, el estado de insolvencia comparado con el estado de cesación de pagos son términos sinónimos, cuyo resultado consiste en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones, es decir; un estado del deudor frente a todos sus acreedores." (Maffia Osvaldo, 2005, pág. 100)

En lo referente a la insolvencia, es importante señalar lo establecido en el artículo 414 del COGEP, el cual indica que el concurso de acreedores tendrá lugar ante la cesación de pagos o la insolvencia, tratándolos como sinónimos, tal y como se explicó cita anterior. Ahora bien, con respecto al insolvencia, según el artículo 416, del mismo cuerpo legal, esta solo se presume, al no existir de parte del deudor, con el mandamiento de pago. Pero esta insolvencia, no es una declaratoria de insolvencia, únicamente es una presunción. (Código Orgánico General de Porocesos., 2015)

Ahora corresponde revisar la norma respecto a la insolvencia fraudulenta, la cual requiere que esta insolvencia esté acompañada de actos dolosos, como menciona el siguiente autor:

> "La insolvencia fraudulenta consiste en el engaño en el que el deudor hace una serie de actos maliciosos para perjudicar a los acreedores, haciendo creer que no cuenta con bienes para solventar sus obligaciones y beneficiarse de los efectos de la insolvencia. Debe existir previamente una obligación válidamente constituida, pero que es burlada por una posterior conducta fraudulenta del deudor" **(**García**,** 2009, pág. 50)

En lo referente a la insolvencia fraudulenta, encontramos su desarrollo normativo en el artículo 205 del Código Orgánico Integral Penal, (en adelante COIP) el cual nos indica

lo siguiente: “simule, por cualquier forma, un estado de insolvencia o quiebra para eludir sus obligaciones frente a sus acreedores...”. Como se puede apreciar del texto de la norma, la insolvencia fraudulenta, exige la determinación del estado de insolvencia, así también exige la presencia de actos simulados que generen esta insolvencia, con el fin de eludir obligaciones. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

3. Planteamiento y análisis del problema:

La actual norma procesal del COGEP, no establece requisitos o supuestos que se deban reunir dentro del juicio de concurso de acreedores, para formular una presunción de una insolvencia fraudulenta. Lo unico que establece es que una vez planteada la demanda de concurso de acreedores, desde el auto de inicio se presume la insolvencia, seguidamente el juez debe de notificar a la fiscalía para que inicie la investigación de una presunta insolvencia fraudulenta, sin embargo, el proceso recién este iniciado y no hay nada que el fiscal pueda investigar.

Es decir que, con la sola presunción de insolvencia del demandado al no pagar la obligación, en el mismo auto de inicio del concurso de acreedores, el juez determina que por el no pago de la obligación, se presume que esta insolvencia es fraudulenta, lo cual denota que la forma en como está estructurado el proceso no es la más adecuada, ya que con el auto de inicio el juez civil aún no tiene ningún elemento que permita tal presunción. (Granillo Ordóñez, 2019, pág. 50)

La insolvencia, como se explicó anterioremente, es consecuencia de la imposibilidad del deudor de hacer frente a sus obligaciones. Por lo tanto, resulta inconsistente la forma como está desarrollado el concurso de acreedores en la norma, ya que, con el auto de inicio del proceso, el juez ordene al deudor a pagar la obligación y al mismo tiempo, en este auto de inicio, se presume la insolvencia del deudor. Anotadas estas cuestiones, cabe el análisis de las siguientes ideas, primero: ¿Con el auto de inicio se puede determinar una insolvencia?, segundo: ¿Con el auto de inicio se han hecho todas las diligencias necesarias para presumir que el deudor ha disipado dolosamente sus bienes con el fin de perjudicar a los acreedores?

3.1. Análisis sobre la presunción de insolvencia.

Como se había manifestado anteriormente, el COGEP, establece como se presume la insolvencia en su artículo 416, la cual de acuerdo con este articulo puede presentarse en los siguientes casos:

a. Cuando no se haya cumplido con el mandamiento de ejecución.
b. Cuando los bienes dimitidos por el deudor sean litigiosos.
c. Cuando los bienes dimitidos, sean insuficientes. (Nacional, Código Orgánico General de Porocesos., 2015)

Ahora bien, hay que recordar que, el artículo 414 del COGEP, establece que habrá lugar al concurso de acreedores con la insolvencia. Es decir que, se puede presentar la demanda de concurso de acreedores, cuando exista insolvencia por parte del deudor. Sin embargo, el artículo 416 del COGEP, nos indica que lo que realmente se exige para iniciar este juicio es meramente la presunción de insolvencia. En otras palabras, el juicio del concurso de acreedores, sea este necesario o voluntario, requiere de la presunción de la insolvencia, la misma que en esta etapa inicial del juicio no se ha declarado, únicamente se ha presumido para dar inicio al juicio. (Herrera, 2018, pág. 100)

Por otro lado, en esta etapa inicial del juicio tampoco existe, de parte del juez una calificación de la insolvencia, por el mismo hecho de que es una mera presunción. Para la calificación de la insolvencia, que puede ser fortuita, culpable o fraudulenta, se requiere que el proceso concursal fluya, dando paso a diligencias investigativas o reconstructivas, que permitirá al síndico investigar y reconstruir el patrimonio del deudor mediante los oficios a las entidades correspondientes. Así mismo esta reconstrucción permite revisar si efectivamente el deudor no tenga bienes, como consecuencia de un evento fortuito, en el caso de la insolvencia fortuita; por manejo imprudente, en el caso de la insolvencia culpable; por actos maliciosos, en el caso de la insolvencia fraudulenta. (Sánchez, 2016, pág. 2)

Siguiendo con esta línea de ideas, la sola presunción de insolvencia en el auto de inicio originado por el no cumplimento de la obligación por parte del deudor, no es suficiente para poder presumir también la fraudulencia de esta insolvencia. Siendo así, que la notificación que hace el juez, a la fiscalía, en esta etapa inicial del juicio, insuficiente, al no estar documentadamente sustentada para investigación penal. Lo cual termina resultando en una imposibilidad de tutelar el patrimonio del acreedor como un bien

jurídico presumiblemente afectado por actos dolosos por parte del deudor sobre sus bienes.

3.2. Análisis de la legislación comparada respecto a la insolvencia.

Para el desarrollo del presente trabajo, se realizará un análisis de la legislación comparada con las normativas vigentes de Chile y Colombia. En primer lugar, se analizará la legislación chilena, en la cual tenemos a la Ley No. 18.175, que determina que dentro del juicio de insolvencia en colaboración con el síndico se determinan los bienes muebles o raíces que conforman el patrimonio del deudor, para posteriormente ser declarado en quiebra, es decir luego de un proceso, no con el auto de inicio.

En esta misma ley se indica, cuando la quiebra es fraudulenta. En su artículo 220, el cual enumera una serie de eventos, que se presentan una vez que ha sido declarado en quiebra el deudor dentro del proceso de insolvencia, no con el auto de inicio. Consecuentemente con esta idea el artículo 222 de la ley No. 18.175, establece que cuando el tribunal civil contemple alguno de los supuestos del artículo 220 anteriormente citado, podrá oficiar al juez del crimen. Artículo que se cita continuación:

> "Artículo 222.- El tribunal que no tuviere jurisdicción en lo criminal, cuando estime que pueda configurarse alguna de las presunciones establecidas en los artículos 219, 220 y 221, oficiará al juez del crimen poniendo en su conocimiento la declaratoria de quiebra. Igual comunicación deberá efectuar cuando lo solicite el Fiscal Nacional o la Junta de acreedores**"**.

Una situación similar se encuentra en la normativa colombiana, que en su Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, establece un proceso concursal, en el cual se secciona en etapas. Una de estas etapas es, el de la Calificación del concurso, en la cual el juez que conoce el juicio concursal puede calificar al concurso como culpable cuando se evidencien: la generación o agravación del estado de insolvencia, producto de actos dolosos o culpables ejecutados por el deudor, dentro de los dos años anteriores a la declaración del juicio concursal.

Entre los supuestos para la calificación del concurso como culpable, se encuentran los supuestos especiales del artículo 442 del Real Decreto Legislativo 1/2020, el cual en su numerales dos y tres dice lo siguiente:

> "2.º Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos. 3.º Cuando antes de la fecha de declaración del concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia.". (Real Decreto Legislativo 1/2020, 2020)

Ahora bien, esta calificación del juicio concursal no se hace mediante suposiciones, como sí sucede en el caso ecuatoriano, todo lo contrario, dentro del juicio concursal se encuentra una etapa de calificación, donde el administrador del concurso, que hace las veces del síndico en nuestra legislación, debe presentar un informe. En dicho informe de acuerdo con el artículo 450 del mencionado decreto, en el evento en que se ponga en manifiesto la posible existencia de un hecho constitutivo de un delito de insolvencia fraudulenta, el juez en la sentencia de calificación del concurso pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si hubiere, lugar al ejercicio de la acción penal.

Diferente situación sucede en la legislación ecuatoriana, que de acuerdo con el COGEP, en el mismo auto de calificación de la demanda de concurso de acreedores, se oficia a la Fiscalía General del Estado. Como se puede observar de la comparación de estas normas, el juez no formula la presunción de un delito con el auto que califica la insolvencia del deudor, todo lo contrario, se deben en ambas legislaciones comparadas, efectuar, actos direccionados a determinar el manejo de los bienes del deudor para, luego de ello advertir a la fiscalía sobre el manejo doloso sobre dichos bienes por parte del deudor. (Gerardo Barbosa , 2020, pág. 6)

4. Conclusión.

Se concluye que, en el proceso concursal existe una inmediata presunción de insolvencia, como consecuencia del no cumplimiento de las obligaciones del deudor para con sus acreedores. Sin embargo, se observa que esta presunción de insolvencia, al no ser una insolvencia determinada, es una conjetura, la misma que no contiene los

suficientes elementos, técnicos, documentados y analizados, que permitan al juzgador, suponer que la insolvencia se ha generado como consecuencia de actos dolosos por parte del deudor, con la finalidad de disminuir su patrimonio, para defraudar a los acreedores.

Mediante la investigación de la legislación comparada, se sugiere que el proceso concursal sea modificado en el orden de su estructura, para que luego de haber sido iniciado el juicio concursal, se inicie una etapa de reconstrucción del patrimonio del fallido, que permita conocer dentro de este juicio, cual es la situación y estado de los bienes y derechos del fallido. Y solo luego de esta labor, agregada al proceso mediante un informe, el juez pueda calificar la insolvencia y notificar a la fiscalía general del estado, si fuere pertinente.

La labor de reconstrucción del patrimonio, de acuerdo con lo investigado en este trabajo le corresponde al síndico. Sin embargo, como se ha revisado, se advierte que estas funciones del síndico no son debidamente desarrolladas por la norma, adicionalmente su sugiere que se permita al síndico solicitar al juez que además de las intuiciones contempladas en el artículo 423 del COGEP, se permita oficiar al Consejo de la Judicatura para que se revise en el sistema informático notarial, todos los actos jurídicos efectuados por el fallido dos años antes del auto de inicio del juico concursal. Tema que en razón límite de tiempo y desarrollo del presente trabajo, queda pendiente de tratar.

5. Bibliografía.

5.1. Referencias bibliográficas de autores

Castillo Villalonga, V. H. (s.f.). El juicio de insolvencia y sus consecuencias civiles y patrimoniales. 2009.

Garcia Navarro, E. (2009). Lecciones de derecho penal. Jurista Editores .

Gerardo Barbosa , C. (2020). El Análisis de contexto en la investigación penal. *Nova et Vetera*, 6.

Granillo Ordóñez, M. A. (2019). *La inexistencia de la declratoria de insolvencia en el Códio Orgánico General de Procesos.* Loja: Universidad Nacional de Loja.

Herrera, M. y. (2018). La convocación de acreedores y la quiebra. Tomo II . Omeba.

Maffia Osvaldo, J. (2005). *Derecho Concural Tomo 1.* Victor P. De Zavalia.

Montoya Gil, H. (2003). *De los Concordatos y la Quibra de los Comerciantes.* Bogotá: Liberaria el Foro.

Puelma, Á. (2000). *Curso de derecho de Quibra. .* Santiaho de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Sánchez, J. C. (2016). Obtenido de Derecho y "Derechos": https://ecuadorderechoyderechos.blogspot.com/2016/05/clases-de-insolvencia-en-el-codigo.html

Zavala Baquerizo, J. (2005). *El proceso Penal Ecuatoriano.* Guayaquil: Universidad de Guayaquil.

5.2.Referencias bibliográficas normativas

Nacional, P. d. (2014). *Código Orgánico Integral Penal.* Quito: Registro Oficial.

Nacional, P. d. (2015). *Código Orgánico General de Porocesos.* Quito: Asamblea Nacional.

Ministerio de la Presidencia, R. c. (2020). *Real Decreto Legislativo 1/2020*