



Escuela de la
Función Judicial
¡Un solo camino, la excelencia!

**El régimen concursal y el arbitraje a partir de la
entrada en vigencia del Código Orgánico General
de Procesos: ¿ineficacia del convenio arbitral
ante la existencia de un deudor quebrado?**

**Macarena Bahamonde
María Bernarda Carpio
Isabel Yepes**

**Concurso de ensayos jurídicos en conmemoración del primer
aniversario de vigencia del Código Orgánico General de Procesos,
COGEP**

El régimen concursal y el arbitraje a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos: ¿ineficacia del convenio arbitral ante la existencia de un deudor quebrado?

Insolvency proceeding and arbitration: ineffectiveness of the arbitration agreement before the existence of a bankrupt debtor?

Resumen

Ante la existencia de un deudor quebrado, el derecho prevé la posibilidad de iniciar un procedimiento en el que se tutelen los intereses de sus acreedores de manera equitativa mediante el concurso de acreedores. Paralelamente, el arbitraje permite a las partes alejarse de la jurisdicción ordinaria e instituir una competencia exclusiva de los tribunales arbitrales para la resolución de las disputas llevadas ante ellos. En esta situación, puede darse el caso en que una de las partes que suscribe el convenio arbitral sea posteriormente declarada en quiebra, frente a lo cual surge la interrogante de si el acreedor debe intervenir en el concurso de acreedores, o si el convenio arbitral lo faculta a iniciar un proceso arbitral.

Palabras clave: convenio arbitral, quiebra, concurso de acreedores, deudor quebrado.

Abstract

Given the existence of a bankrupt debtor, law provides the possibility of initiating a procedure in which the interests of its creditors will be protect in an equitable manner through bankruptcy. In parallel, arbitration allows parties to institute an exclusive competence of arbitral tribunals to resolve their disputes. In this situation, it may be the case where one party that endorses the arbitration agreement is subsequently declared bankrupt. That is why it is important to answer the question of whether the creditor must intervene in the bankruptcy or if the arbitration agreement might be enforced.

Key words: arbitration agreement, bankruptcy, insolvency proceeding, bankrupt debtor.

Índice

I. Introducción	1
II. Aproximación al régimen de insolvencia y el derecho concursal.....	1
a. De la insolvencia	1
b. De la insolvencia y la cesación de pagos	3
c. Del derecho concursal.....	4
III. Marco normativo ecuatoriano del concurso de acreedores	5
IV. El arbitraje y el concurso de acreedores.....	7
V. Comentarios y conclusiones	11
Bibliografía:	14

I. Introducción

El proceso arbitral ha ganado presencia en el Ecuador como un método alternativo de resolución de conflictos en la última década. Las controversias sometidas a conocimiento de los árbitros son varias, y en particular aquellas vinculadas con la ejecución de los contratos. Por esta razón, no se excluye la posibilidad de que una de las partes requerida en arbitraje se encuentre a su vez en estado de quiebra. No obstante, la insolvencia tiene un régimen particular en el derecho, pues se ha creado un procedimiento especial que tiene por objetivo acumular las acciones existentes en contra del deudor quebrado para proteger los intereses de los respectivos acreedores.

Efectivamente, en el Ecuador el juez competente para conocer las demandas presentadas en contra de un deudor fallido es el de su domicilio a través del proceso de concurso de acreedores. Sin embargo, ¿qué sucede si uno de los acreedores tiene un convenio arbitral suscrito con el deudor? ¿Acaso se ve obligado a concurrir con el resto de acreedores? ¿Es este un supuesto de ineficacia del convenio arbitral?

En este trabajo se pretende responder a estas interrogantes. En primer lugar, se abordará doctrinariamente los conceptos relativos al régimen de insolvencia, así como su origen y desarrollo en el tiempo. Posteriormente, se expondrá la regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente en el Código Orgánico General de Procesos a un año de su entrada en vigencia. Finalmente, se analizará la posibilidad de prorrogar la competencia de los jueces ordinarios a los conflictos sometidos a arbitraje bajo la legislación ecuatoriana.

II. Aproximación al régimen de insolvencia y el derecho concursal

a. De la insolvencia

El origen etimológico de la palabra insolvencia proviene de una fórmula latina compuesta que incluye un prefijo “*in*”, el cual denota una negación; y el verbo *solvere*, que en cambio, significa resolver o solucionar un conflicto. Es decir, el *insolvente* es aquel que no puede solucionar o resolver algo, si se toma su significado literal. No obstante, “la connotación particular que se da a la expresión insolvencia en el lenguaje jurídico, proviene de los usos y costumbres, mas no de su propio contenido”¹. Es así que algunos

¹ Cuberos Gómez, Gustavo . “Insolvencia: evolución de un concepto”. *Revista de Derecho Privado*. 2005,

doctrinarios definen a este término como “exclusivamente para designar el desequilibrio aritmético como concepto distinto y contrapuesto al desequilibrio económico o la imposibilidad de pagar las deudas a su vencimiento, llamado también cesación de pagos [...]”².

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la insolvencia como “la falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda”.³ Guillermo Cabanellas, complementa esta definición al precisar que esta es la “imposibilidad del cumplimiento de una obligación por falta de medios o la incapacidad de pagar una deuda”.⁴ De las definiciones que se han planteado es posible encontrar un elemento en común: el crédito frente a una deuda. Este podría entenderse a partir de la definición de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia:

Crédito: derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, de importe determinado o indeterminado, vencida o por vencer, litigiosa o no litigiosa, garantizada o no garantizada, o fija o contingente⁵.

Ahora bien, desde una perspectiva económica la insolvencia se aborda como aquel estado en el cual un deudor no puede atender al pago general de sus deudas debido a que su pasivo excede del valor de su activo⁶. Por este motivo, los expertos económicos se interesan más por medir la liquidez de una empresa que su iliquidez, ya que de esta forma tienen una aproximación más clara al problema. Dentro de este marco, cabe hacer una diferenciación entre dos términos que pueden resultar parecidos: la insolvencia y la iliquidez de un deudor. Broseta y Martínez afirman que:

La insolvencia es definitiva cuando el valor total de los bienes del deudor es inferior al importe de sus deudas, de tal modo que con sus medios patrimoniales propios le es imposible hacer frente puntualmente al cumplimiento de sus obligaciones. En el primer supuesto existe una simple situación de iliquidez, mientras que el segundo existe una situación de ‘déficit’ o de desbalance.⁷

La diferencia entre estos dos términos es substancial, ya que una persona puede entrar

pp. 27.

² Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1967.

³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <http://dle.rae.es/?id=LlommDp> (29/04/2016).

⁴ Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Heliasta. Vigésima Edición, 2011, pág. 201.

⁵ CNUDMI. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia.

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf (29/04/2016).

⁶ *Ibidem*.

⁷ Broseta Pont, Manuel & Martínez Sanz, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 2007.

en un proceso de quiebra o acudir a un concordato según su situación. Este último se entiende como un convenio entre los acreedores y el concursado “mediante el cual aquéllos otorgan a éste quita o espera que facilita el pago de las deudas”⁸. En este sentido, “si el valor de los activos es igual o superior al de los pasivos, el deudor es solvente”⁹, razón por la cual puede acudir al concordato. En cambio, “si el valor de las obligaciones supera el de los bienes, el deudor es insolvente, y en la liquidación [se deberá aplicar la prelación de los créditos]”¹⁰.

b. De la insolvencia y la cesación de pagos

El fenómeno de la cesación de pagos es el efecto de la insolvencia que se manifiesta como aquel momento en el cual el deudor deja de pagar sus deudas con normalidad¹¹. Cuando el giro del negocio no responde al cumplimiento de sus obligaciones, el estado de cesación de pagos comienza a ser evidente. Además, su declaratoria se constituye con efectos *erga omnes*, es decir, este se manifiesta respecto de todos y contra todos los acreedores de un deudor. La doctrina ha clasificado el alcance de esta fórmula legal, mediante tres teorías¹². No obstante, la mayor parte de legislación – la ecuatoriana, por ejemplo– sigue la teoría amplia que reconoce a la cesación de pagos como “el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan”¹³.

Este estado es el presupuesto objetivo para la apertura del proceso concursal. Es decir, deben revelarse hechos exteriores como el incumplimiento relevante de las obligaciones, la confesión del deudor, el cierre de oficinas, entre otros, para que el juez aplique al caso particular estos elementos objetivos. Estos hechos deben constituir un estado de insuficiencia proyectado en el tiempo, que no permite restituir el giro normal del negocio.¹⁴

⁸ Cabanellas, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 80.

⁹ Castro, Marcela en Cuberos Gómez, Gonzalo. “Insolvencia: evolución de un concepto”. *Revista de Derecho Privado*. 2005, p. 30.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ CNUDMI. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia.

http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf (29/04/2016).

¹² Fernández, Raymundo. *Fundamentos de la Quiebra*. “El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos”, *Revista USP*, Universidad de Sao Paulo, 2004.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Domínguez, Alejandro. *Cesación de pagos e insolvencia*,

<http://www.grupovector.com.ar/articulos/Cesacion%20de%20pagos%20e%20insolvencia.pdf> (acceso: 30/04/16).

c. Del derecho concursal

Joaquín Garrigués afirma que “el derecho concursal es el conjunto de normas que regulan el procedimiento colectivo de ejecución, basado en los principios de universalidad de juicio y de comunidad de pérdidas”¹⁵. El autor asimila el derecho concursal a derecho de quiebras, donde la quiebra es, desde el punto de vista jurídico, “el conjunto de normas legales que regulan el fenómeno económico de la insolvencia patrimonial”¹⁶. Supino afirmaba que por la seguridad de las transacciones en general, “los Estados han creado un sistema de reglas direccionadas a normar procedimientos colectivos en donde los acreedores tienden a conservar sus derechos sobre el patrimonio del deudor, y repartir equitativamente entre ellos el mismo, mediante un procedimiento de quiebra”¹⁷.

Dentro de este marco, esta rama del derecho tiene como objetivo proteger los intereses del deudor, de sus acreedores y de la sociedad en general, al momento de darse una liquidación. Asimismo, la finalidad del derecho concursal es “la organización general y colectiva de acreedores, a efectos de integrar el patrimonio del insolvente, liquidarlo, y repartirlo según el principio fundamental de la *par conditio omnium creditorum*”¹⁸. Este principio es pilar del derecho concursal, pues significa un trato igualitario a la insatisfacción de los acreedores, donde las partes concurren al concurso como iguales. En este sentido, se empata con la idea del efecto *erga omnes* de la cesación de pagos, pues el proceso concursal se caracteriza por su unidad.

Es importante aclarar que al hablar de un proceso colectivo, no se hace referencia a una demanda colectiva, que incorpora a todos los acreedores donde uno representa a todos. Al contrario, se dice que es colectivo pues se busca evitar “que con las ejecuciones individuales cobren únicamente los acreedores más diligentes, los más audaces o los que están más cerca del deudor, mientras los restantes corren el riesgo de cobrar sus créditos”¹⁹. A través del proceso concursal lo que se busca es una liquidación colectiva, mas no un juicio universal.

Una vez que se han definido los conceptos fundamentales del presente estudio, se

¹⁵ Garrigués, Joaquín en Baeza Ovalle, José. “Naturaleza jurídica del proceso concursal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, No.1 (Enero-Abril 2011), p. 39.

¹⁶ Baeza Ovalle, José. “Naturaleza jurídica del proceso concursal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, No.1 (Enero-Abril 2011), p. 39.

¹⁷ Supino, David. *Derecho Mercantil*. Madrid: La España Moderna. 1894

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Fernando Sánchez en J. Baeza Ovalle. “Naturaleza jurídica del proceso concursal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, No.1 (Enero-Abril 2011), pág. 42.

analizará el desarrollo histórico del proceso concursal y su tratamiento en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

III. Marco normativo ecuatoriano del concurso de acreedores

En Ecuador, las fuentes reguladoras de la insolvencia son leyes sustantivas y adjetivas. Efectivamente, el régimen concursal contempla disposiciones relativas al procedimiento de ejecución; y disposiciones concernientes con el deudor, los efectos de la declaración de la quiebra, las consecuencias sobre los bienes, las obligaciones del deudor y los derechos de sus acreedores.

Bajo estos lineamientos, el Código Civil contempla el régimen obligacional general, y entre sus disposiciones se encuentran reglas acerca de la prelación de créditos y sobre los derechos de los acreedores preferentes. Así también, el Código de Comercio regula aspectos sustantivos y objetivos, tales como la suspensión de pagos. Por otra parte, el nuevo Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) contempla el procedimiento concursal en Ecuador, el cual fue modificado en relación al prescrito por el Código de Procedimiento Civil.

El régimen del proceso concursal previsto por el COGEP modificó sustancialmente al contemplado en el Código de Procedimiento Civil. La primera variante se encuentra en el objeto del proceso concursal, pues el acreedor deja de ser el objeto de protección. Con el nuevo régimen los procesos concursales buscan la protección del negocio jurídico que se ejecuta mediante las distintas actividades económicas, con el fin de proteger el sistema crediticio, la economía y la preservación del empleo. A partir de esto, podemos evidenciar el cambio de perspectiva frente a los procesos concursales y su regulación en el informe para el segundo debate del proyecto de COGEP, el cual establece que:

Los procedimientos concursales tienen su fundamento constitucional en el deber del Estado de crear mecanismos para proteger y promover el sector empresarial, y así preservar la función que este cumple en materia de desarrollo económico. El artículo 284, numeral 2 de la Constitución, establece que la política económica está a cargo del Estado tendrá los siguientes objetivos: incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.²⁰

El COGEP reunió en el Libro V, Título II, acerca del Procedimiento Concursal, la

²⁰ Informe para el Segundo Debate del Proyecto de Código General de Procesos.

normativa referente al Concurso Preventivo de acreedores y la regulación del Código de Procedimiento Civil sobre el juicio de concurso de acreedores. En consecuencia, se regula la solicitud y el procedimiento del concurso preventivo de forma detallada.

Considerando que el Código de Procedimiento Civil únicamente contemplaba el concurso necesario, otro aspecto importante que debemos recalcar es la introducción en nuestro régimen concursal de la figura del concurso voluntario. De conformidad con el artículo 423 y 424 del COGEP, el auto inicial de estos procesos dispone:

1. Citar a los acreedores, o al deudor en caso de concurso necesario, y convocarlos a la junta de acreedores;
2. En caso de concurso necesario, prevenir a los acreedores que aquellos que no comparezcan a la junta, deberán tomar el concurso en el estado que se halle;
3. La designación del síndico;
4. El embargo de bienes muebles e inmuebles del fallido;
5. El registro de la insolvencia o quiebra en el registro del Consejo de la Judicatura;
6. La publicación del auto que declara la insolvencia en la página web del Consejo de la Judicatura;
7. La acumulación de procesos que versan sobre obligaciones pendientes que conciernan al fallido;
8. La inscripción en el registro de la propiedad, o en el registro mercantil en caso de quiebra, del auto que declara la formación del concurso de acreedores;
9. La notificación a la Fiscalía General del Estado para que proceda con la investigación de la insolvencia; y,
10. La prohibición de salida del territorio nacional al deudor.

Como hemos visto, tanto con el auto inicial del concurso voluntario, como con el auto inicial del concurso necesario se convoca al deudor y a los acreedores a una junta donde se procurará el concordato. En caso de que no haya acuerdo en esta reunión se procede con el avalúo de los bienes del fallido; se conoce su balance; se establece la fecha y la hora para su remate; y finalmente, el juez decide acerca de la gradación de los créditos de los acreedores.

Una vez realizado el remate, conforme lo prescribe el artículo 430 del COGEP, si los bienes cubrieron la totalidad de los valores adeudados, las obligaciones se extinguen y se rehabilita al deudor. Por el contrario, si los bienes no cubrieron todas las obligaciones pendientes, los acreedores podrán conferir una certificación de pago que liberará al deudor fallido del cumplimiento obligacional.²¹

Con base en todo lo expuesto y en razón de que el COGEP no hace distinción entre acreedores que tengan un convenio arbitral con el deudor quebrado y aquellos que no, cabe cuestionarnos si el régimen que se ha analizado se extiende al acreedor que está

²¹ Art. 430 Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

amparado en un acuerdo arbitral. Así ¿la existencia de un deudor quebrado priva de eficacia al convenio arbitral o ante la ausencia de disposición expresa en la legislación debe entenderse que el tribunal arbitral mantiene la competencia para conocer las demandas que se interpongan ante ese deudor fallido?

IV. El arbitraje y el concurso de acreedores

El arbitraje constituye un método alternativo a la solución de controversias en virtud del cual las partes, de mutuo acuerdo, renuncian a la jurisdicción ordinaria y someten la resolución de sus eventuales disputas ante un tercero²². En este sentido, es fundamental señalar que a diferencia de otros métodos alternativos, como la mediación por ejemplo, en arbitraje el tercero que interviene tiene la potestad de tomar una decisión que sea vinculante para las partes²³. Así, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación “[...] los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia [...]”²⁴.

Sin perjuicio de la existencia de varias tesis respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje²⁵- discusión que excede los límites de este trabajo- cabe destacar el hecho que los árbitros se ven investidos de potestades jurisdiccionales.²⁶ Al respecto, el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe que “[...] [l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley [...]”²⁷.

Si bien la legislación dota a los árbitros de esta potestad, la norma por sí sola resulta insuficiente en la medida en la que se requiere a su vez de la celebración de un convenio arbitral. Así, este convenio se presenta como el antecedente de todo proceso arbitral (salvo en el caso de arbitrajes forzosos). A través de su celebración, las partes plasman su voluntad de acudir a arbitraje y adquieren dos principales compromisos, por un lado, no accionar la justicia ordinaria y, por otro optar por la sede arbitral para resolver toda

²²Roque, Caivano. *La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, p.21

²³ Vid. Gonzalo Quiroga, Martha. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Librería-Editorial Dykinson, 2012, pp.17-22

²⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. *Artículo 32*. Registro Oficial No.417 de 14 de diciembre de 2006.

²⁵ Vid. Roque Caivano. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, pp. 91-104.

²⁶ Roque Caivano. *Arbitraje*. *Op. Cit.*, p.97.

²⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. *Artículo 7*. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

controversia que se encuentre dentro del alcance del convenio.²⁸

En efecto, la competencia del tribunal arbitral se compone de elementos objetivos y subjetivos. Por un lado, la competencia en razón de la persona se da en virtud de las partes que suscriben el convenio así como también de aquellas que, sin haberlo suscrito, constituyen partes sustanciales del negocio.²⁹ Por otro lado, la competencia en razón de la materia se encuentra, en primer lugar, delimitada por aquellas controversias de carácter transigible derivadas de una relación contractual³⁰ y, en segundo lugar, por el ámbito de cobertura que las partes plasmaron en el texto del convenio arbitral.³¹

En consecuencia, a raíz de la celebración del convenio arbitral se excluye de la competencia de los tribunales ordinarios la posibilidad de conocer las controversias que se encuentren contenidas en el ámbito material del convenio.³² De hecho, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que “(...) cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley”.³³ De este modo, se evidencia que una vez celebrado el convenio arbitral surge una competencia exclusiva para los tribunales arbitrales y, que en Ecuador, toda excepción a esta regla debería estar prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Como se señaló con anterioridad, el artículo 418 del COGEP prescribe que el juez competente para conocer el régimen concursal es aquel del domicilio del deudor. Al respecto, la legislación ecuatoriana no excluye la posibilidad de que al amparo de un convenio arbitral válido y ejecutable el acreedor de un deudor quebrado lo demande en sede arbitral. Ante este escenario y con base en la disposición de la Ley de Arbitraje y

²⁸ Roque, Caivano. *Arbitraje. Óp. Cit.* p.115.

²⁹ Para mayor información sobre la teoría de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias véase: Born, Gary. *International Arbitration*. Nueva York: Aspen Publishers, 2011, p. 495; Bullard, Alfredo *¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14° de la ley de arbitraje peruana*. En: Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011, pp.709-738; Fouchard, Gaillard & Goldman. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 281; Caivano, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. Revista Lima Arbitration N° 1 – 2006, p.123.

³⁰ Paulsson, Jan. *Jurisdiction and Admissibility. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. ICC: 593, 2005, p. 12.

³¹ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa., 2008, p.225

³² *Ibidem*.

³³ Ley de Arbitraje y Mediación. *Artículo 7. Óp. Cit.*

Mediación antes citada, se podría, a simple vista, afirmar que la disposición del COGEP vincula exclusivamente a los acreedores que no tuviesen un convenio arbitral con el deudor en quiebra.

No obstante, la naturaleza del régimen concursal nos invita a profundizar en esta problemática y cuestionarnos si acaso este es un supuesto de prórroga de competencia en razón del fuero en el que el convenio arbitral perdería eficacia a fin de lograr una canalización de todos los acreedores a un solo proceso.

Si bien existe un vacío en la legislación ecuatoriana, otros países, tanto en Europa como en América Latina, han optado por regular aquello. Así, en España, el artículo 52 de la Ley Concursal dispone que “los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo”.³⁴ Del análisis de esta disposición se desprende que solo constituyen una excepción los procedimientos que se hubiesen iniciado con anterioridad. Por lo tanto, *contrario sensu*, pese a la existencia de un convenio arbitral, una vez realizada la notificación de la resolución de liquidación, cualquier demanda al deudor quebrado deberá realizarse en vía ordinaria ante el juez competente para conocer el concurso.

Este criterio se encuentra de igual modo contemplado en la legislación chilena, la cual, en el artículo 142 de la Ley No. 20720 prescribe que “todos los juicios civiles pendientes contra el Deudor ante otros tribunales se acumularán al Procedimiento Concursal de Liquidación”.³⁵ Sin embargo, el artículo 143 de la misma ley contempla varias excepciones entre las cuales se encuentra la siguiente: “[...] deberán sustanciarse ante el tribunal competente, respectivamente: 1. Los [procesos] que a la fecha estuvieren siendo conocidos por árbitros”.³⁶

A su vez, la legislación uruguaya, en el artículo 57 de la Ley de Concurso y Reorganización Empresarial, establece que “los procesos judiciales de conocimiento o los procesos arbitrales contra el deudor, que se encuentre en trámite a la fecha de declaración del concurso, continuarán ante la sede que esté conociendo los mismos, hasta que recaiga sentencia o laudo”.³⁷

³⁴ Ley Concursal. Ley 22/2003. *Artículo 52*. España, 9 de julio de 2003.

³⁵ Ley 20720. *Artículo 142*. Chile, 30 de diciembre de 2013.

³⁶ *Ibid.* *Artículo 143*.

³⁷ Ley 18.381. *Artículo 57*. Uruguay, 23 de octubre de 2008.

Similar situación se da en Argentina, pues el artículo 134 de la Ley de Concurso y Quiebra establece que “la declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor salvo que antes de dictada la sentencia se hubiere constituido el tribunal de árbitros o arbitradores”.³⁸ Si bien esta disposición guarda relación con las citadas anteriormente, existe una distinción de particular importancia. Este artículo- a diferencia de los precedentes- ataca directamente la aplicabilidad del convenio arbitral, mientras que la legislación de los otros países contempla una ineficacia subjetiva parcial.³⁹ Es decir, en Argentina la declaración de quiebra priva de eficacia al convenio arbitral sin diferenciar si el deudor quebrado concurre como demandado o demandante en el arbitraje. En cambio, las otras legislaciones analizadas se refieren a procesos que se hayan iniciado contra el deudor quebrado, es decir que el convenio pierde eficacia únicamente en aquellos casos en los que este deudor ostenta la calidad de demandado.

La jurisprudencia española en ciertas ocasiones ha asimilado la declaratoria de quiebra a la inexistencia del convenio arbitral. Así, con fecha 27 de abril de 2011 el Juzgado de lo Mercantil número uno de Alicante desestimó la excepción de falta de jurisdicción por sometimiento a arbitraje al entender que: “la competencia para conocer de la acción de resolución contractual contra la concursada es competencia del juez del concurso, al quedar nulo y sin efecto durante el concurso el convenio arbitral”.⁴⁰ Dicha resolución fue empleada como sustento para que en 2013 el Tribunal Superior de Castilla y León sostenga que “[dejó] de existir el convenio arbitral desde el momento en el que fue declarada en concurso de acreedores la entidad demandada”⁴¹, criterio que se asimilaría a la disposición contemplada en la legislación argentina.

No obstante, estimamos que esta asimilación resulta inadecuada en la medida en la que la legislación española prescribe en el artículo 52 de la Ley Concursal que “[l]a declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios

³⁸ Ley De Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Artículo 134. Argentina, 20 de Julio de 1995.

³⁹ Alonso Puig, José María. Efectos de la declaratoria de concurso sobre el convenio y el procedimiento arbitral., P.597. En Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011, pp.595-608.

⁴⁰ Primer Juzgado de lo Mercantil de Alicante, sentencia No.139/11, 27 de abril de 2011. La firmeza de esta resolución ha de presumirse al no constar su impugnación.

⁴¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sentencia No. 10/2013, 16 de diciembre de 2013.

arbitrales suscritos por el concursado”. En consecuencia, no podría asumirse que la declaración de quiebra se traduce en la inexistencia del convenio arbitral.

Al contrario, la propia jurisprudencia española ha reconocido implícitamente que la declaratoria de quiebra no extingue el convenio arbitral dado que en reiteradas ocasiones⁴² ha llegado a la conclusión de que para impedir que inicie un arbitraje tras la declaratoria de quiebra es fundamental que el concursado actúe como demandado. De este modo, no habría limitación a que el deudor quebrado inicie un proceso arbitral en calidad de actor, ello en razón de que la finalidad del régimen concursal es centralizar las acciones que se dirijan en contra del patrimonio del deudor quebrado. De este modo, “cuando el convenio versa sobre cuestiones que no son competencia del juez del concurso, o cuando tuvieran un efecto reintegrador, entiéndase, positivo para la masa activa [...] no se vería afectado por el efecto paralizante del concurso”.⁴³

V. Comentarios y conclusiones

Una vez entendido el régimen de insolvencia y proceso de quiebra en el Ecuador y analizada la legislación comparada, es preciso poner en manifiesto la problemática que surge a partir del silencio normativo respecto de la paralización del proceso arbitral frente al estado del deudor fallido en el ordenamiento ecuatoriano.

Se ha evidenciado que en ciertos países existe norma expresa para excluir de la competencia de los tribunales arbitrales el conocimiento de causas iniciadas después de la declaratoria de quiebra. Si bien nuestra legislación –inclusive con la nueva legislación procesal– prescinde de una disposición en estos términos, es indudable que existen varios motivos que justifican impedir que se inicien procesos arbitrales una vez activado el régimen concursal, pues de hecho estas razones han sido aquellas que motivaron esta exclusión en las legislaciones analizadas.

⁴² Audiencia Provincial de Vizcaya, sentencia No. 591/2008, 13 de noviembre de 2008; Audiencia Provincial de Madrid, sentencia No. 199/2007, 28 de septiembre de 2007; Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia No. 86/2007, 8 de febrero de 2007; Audiencia Provincial de Coruña, sentencia No. 78/2008, 5 de junio de 2008. En contra de esta interpretación véase Audiencia Provincial de Álava, sentencia No. 18/2006, 3 de marzo de 2006. Citado en: Alonso Puig, José María. Efectos de la declaratoria de concurso sobre el convenio y el procedimiento arbitral., P.597. En Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011, pp.595-608.

⁴³ Soler Pascual, Luis Antonio. Efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje en sus diversas facetas. Convenios arbitrales, procedimientos en curso y laudos”. Práctica de Tribunales No.45, 2008., pp.13-20. Citado en: Alonso Puig, José María. *Óp. Cit.*, P.598.

En efecto, una de las principales razones es evitar la “parajudicialización” de los conflictos que se generen una vez declarada la quiebra.⁴⁴ Este es precisamente el fundamento del régimen concursal como tal, pues a través de este “la ley procura dar ciertas garantías a los acreedores y demás interesado en el proceso falencial, en el sentido de que todas las situaciones (*rectius*: la mayor parte de ellas) serán resueltas por el juez del concurso con un criterio similar”.⁴⁵ Sin embargo, si no se excluye la posibilidad de iniciar un arbitraje con posterioridad a la quiebra, bajo el amparo de un convenio arbitral se corre el riesgo de que se desmorone el sistema, pues en contraposición a lo que se busca a través del concurso de acreedores, existirían casos sometidos a distintas autoridades jurisdiccionales.

De igual modo, otro de los motivos que fundamenta esta necesidad radica en que a través de un proceso arbitral existiría la posibilidad de que las partes intervinientes, entre ellas el deudor quebrado, “arreglen sus créditos en forma privada, para luego hacerlos oponibles a los acreedores de la masa concursal”.⁴⁶ En este sentido, lo que se pretende es canalizar el tratamiento de los créditos y la protección de los acreedores de manera equitativa en el juez concursal, de suerte que se impida que en el proceso arbitral se ponga en riesgo la situación patrimonial de los demás acreedores.

Tomando estos motivos en consideración, el silencio de nuestra legislación resulta preocupante. Si bien es evidente la necesidad práctica de privar de eficacia al convenio arbitral una vez iniciado el procedimiento concursal, no podemos dejar de lado la disposición de la Ley de Arbitraje y Mediación en virtud de la cual “cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, **salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley**”.⁴⁷ (énfasis añadido)

A raíz de esta disposición, mientras no exista norma expresa que incluya una *excepción* en el supuesto de la quiebra, no podemos sostener que el acreedor amparado en un

⁴⁴ Molina Sandoval, Carlos. *El arbitraje en los procesos concursales*. Revista Estudios Socio-Jurídicos: Bogotá, 2005, p.23.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ley de Arbitraje y Mediación. *Artículo 7. Óp. Cit.*

convenio arbitral esté impedido de iniciar un arbitraje pese a que el deudor esté en quiebra. Ello debido a que no es posible extinguir la competencia, que por ley y convención ostentan los tribunales arbitrales, mediante una interpretación extensiva de las disposiciones del COGEP, pues estas tan solo establecen quien es el competente para conocer el concurso sin excluir en ningún momento la posibilidad de que las causas sean sometidas a arbitraje en aquellos casos en los que medie un convenio arbitral.

Los esfuerzos del documento presentado tienen por objetivo traer a la mesa de discusión este tema tan interesante para el debate jurídico, donde serán los jueces ecuatorianos quienes, a través de fallos jurisprudenciales, permitan comprender el alcance, aplicación y repercusión de la nueva normativa introducida por el COGEP.

Bibliografía:

Alonso Puig, José María. *Efectos de la declaratoria de concurso sobre el convenio y el procedimiento arbitral*. En Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral, Tomo II. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2011.

Baeza Ovalle, José. “Naturaleza jurídica del proceso concursal”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 38, No.1 (Enero-Abril 2011).

Broseta Pont, Manuel & Martínez Sanz, Fernando. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 2007.

Cabanellas, Guillermo . *Diccionario Jurídico Elemental*. Bogotá: Heliasta. Vigésima Edición, 2011.

Carballo Piñeiro, Laura. *Acciones De Reintegración De La Masa Y Derecho Concursal Internacional*. Santiago De Compostela: Servizo De Publicacións Da Universidade De Santiago De Compostela, 2005.

Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000.

Caivano, Roque. *La cláusula arbitral, evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.

CNUDMI. Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/05-80725_Ebook.pdf> (acceso: 29/04/2016).

Cuberos Gómez, Gustavo. “Insolvencia: evolución de un concepto”. *Revista de Derecho Privado*. 2005.

Contreras Strauch, Osvaldo. *Insolvencia y Quiebra*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento 58 de 12 de Julio de 2005.

Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. <<http://dle.rae.es/?id=LlommDp>> (acceso: 29/04/2016).

Dominguez, Alejandro. *Cesación de pagos e insolvencia*, <<http://www.grupovector.com.ar/articulos/Cesacion%20de%20pagos%20e%20i>

nsolvencia.pdf> (acceso: 30/04/16).

Enciclopedia Jurídica Omeba. Buenos aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1967.

Fernández, Raymundo. *Fundamentos de la Quiebra*. “El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos”, Revista USP, Universidad de Sao Paulo, 2004.

Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10. Pág. 2181. 11 de diciembre de 1975.

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa., 2008.

Gonzalo Quiroga, Martha. *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Librería-Editorial Dykinson, 2012.

Informe para el Segundo Debate del Proyecto de Código General de Procesos. Marzo 2015. Asamblea Nacional del Ecuador.

Ley 18.381. Uruguay, 23 de octubre de 2008.

Ley 20720. Chile, 30 de diciembre de 2013.

Ley Concursal. Ley 22/2003. España, 9 de julio de 2003.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No.417 de 14 de diciembre de 2006.

Ley De Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Argentina, 20 de Julio de 1995.

Ley de Concurso Preventivo. Registro Oficial Suplemento 422 de 21 de diciembre de 2006.

Molina Sandoval, Carlos. *El arbitraje en los procesos concursales*. Revista Estudios Socio-Jurídicos: Bogotá, 2005.

Paulsson, Jan. *Jurisdiction and Admissibility. Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. ICC: 593, 2005.

Rabinovich, Ricardo. *Derecho Romano para Latinoamérica*. Argentina: Cevallos, 2006. Impreso.

Sanguino Sánchez, Jesús María. “Nuevas orientaciones del Derecho Concursal” En “XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal”. México: UNAM,1998. p. 765. Disponible en <http://info5.juridicas.unam.mx/libros/2/745/1.pdf>.

Sentencia No. 10/2013 Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, 16 de diciembre de 2013.

Sentencia No.139/11 Primer Juzgado de lo Mercantil de Alicante, 27 de abril de 2011.

Soler Pascual, Luis Antonio. Efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje en sus diversas facetas. Convenios arbitrajes, procedimientos en curso y laudos”. *Práctica de Tribunales No°45*, 2008., pp.13-20.

Supino, David. *Derecho Mercantil*. Madrid: La España Moderna, 1984.