

La responsabilidad empresarial ante la insolvencia fraudulenta

Corporate responsibility for fraudulent insolvency

<https://doi.org/10.5281/zenodo.4726262>

AUTORES: Fanny Suelen Valverde Amores ^{1*}

Manuel Francisco Flores Valero ²

Dayana Denisse Albuja Mora ³

Alfonso Jacinto Agama Chico ⁴

DIRECCIÓN PARA CORRESPONDENCIA: fanny.valverde@funcionjudicial.gob.ec

Fecha de recepción: 11 / 10 / 2020

Fecha de aceptación: 07 / 11 / 2020

RESUMEN

La presente investigación busca analizar la responsabilidad empresarial al declararse en insolvencia punible o fraudulenta a fin de evitar cumplir con sus obligaciones tributarias, así como con sus acreedores, además de identificar el modus operandi del infractor. Para lograr este cometido, se realiza un estudio analítico de casos ocurridos en Ecuador a fin de determinar falencias en la normativa del delito penal económico y proponer reformas a la ley que permitan disminuir este tipo de delitos. Para esto se debe realizar una reforma al COIP donde se incluya el delito económico de la insolvencia fraudulenta y sus diversas modalidades, ampliar en el delito de insolvencia la conducta típica del infractor, que el

^{1*}Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Máster Universitario en Derecho Penal Económico, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, fanny.valverde@funcionjudicial.gob.ec

² Abogado de los Tribunales de la República del Ecuador, Magíster en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional, Universidad Técnica de Babahoyo, mfloresv@utb.edu.ec

³ Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, Máster Universitario en Derecho Penal Económico, Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura, dayana.albuja@funcionjudicial.gob.ec

⁴ Ingeniero en Electricidad especialización Electrónica y Automatización Industrial, Magíster en Automatización y Control Industrial, Universidad Técnica de Babahoyo, aagama@utb.edu.ec

Estado no debe asumir la deuda de las empresas que se declaran en insolvencia y prohibir a los altos funcionarios de ser parte o crear nuevas empresas en el país, así mismo de participar en obras o contratación con el Estado.

Palabras clave: *Insolvencia, acreedor, deudor, quiebra, delito, sanción, simulación.*

ABSTRACT

This research seeks to analyze corporate liability when declaring itself in punishable or fraudulent insolvency in order to avoid complying with its tax obligations, as well as with its creditors, in addition to identifying the modus operandi of the offender. To achieve this task, an analytical study of cases that occurred in Ecuador is carried out in order to determine shortcomings in the regulations of economic criminal offenses and propose reforms to the law that allow reducing this type of crime. For this, a reform of the COIP must be carried out that includes the economic crime of fraudulent insolvency and its various modalities, expanding the typical behavior of the offender in the crime of insolvency, that the State should not assume the debt of the companies that declare in insolvency and prohibit senior officials from being part of or creating new companies in the country, as well as participating in works or contracting with the State.

Keywords: *Insolvency, creditor, debtor, bankruptcy, crime, penalty, simulation.*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad empresarial ante la insolvencia fraudulenta forma parte de los denominados Delitos Económicos, lo cuales abarcan aquellas actividades ilícitas que transgreden el orden monetario, económico y financiero no sólo de un individuo de manera particular sino del Estado como ente regulador, para la comisión de este delito se considera el dolo en el actuar del sujeto activo de la infracción, pues lo que persigue el infractor es el beneficio propio o para un tercero, generando un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo del delito. El artículo 321 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas, por lo que protege lo derechos que son de carácter económico para un individuo de manera particular (Asamblea Constituyente, 2008). Algo particular que ocurre en el delito de insolvencia fraudulenta es el ocultamiento

de bienes, acto mediante el cual las personas jurídicas burlan el derecho de crédito que les corresponde a los acreedores, encontrándose en una insolvencia real o generando una insolvencia aparente. La premisa de este delito se da desde el momento en que se traiciona la confianza de quien entregó en custodia su bien, al no recibir cuentas reales del uso o goce del mismo. Este tipo de delito que causa una gran conmoción social desde el ámbito judicial no se logran sentencias que encaminen a obtener sentencias relevantes que eviten la comisión de nuevos hechos delictivos. Si bien en Ecuador no existe un capítulo específico que determine a este tipo de delitos como delitos económicos por la afectación que genera y más bien es considerado un delito común, desde que se dio el Feriado Bancario en 1999 se establecen sanciones para aquellos delitos financieros. En cuanto a este tema se han efectuado diversas investigaciones como la del Ab. Julio Galarza Zurita el cual considera que la declaración de insolvencia del deudor ha generado un perjuicio en el patrimonio del acreedor debido a que no se garantiza la recuperación del crédito adeudado (Galarza Zurita, 2018) o la de los Doctores Ángel Naranjo y Ulices Barragán, los cuales indican que a pesar de existir un cuerpo normativo actualizado que ha esclarecido algunos vacíos legales de la insolvencia, no se ha determinado de manera explícita cuando este acto deja de ser ventilado en la vía civil para convertirse en un proceso penal (Naranjo Estrada & Barragán Vinuesa, 2018). El objetivo primordial de esta investigación es determinar la modalidad del delito de insolvencia fraudulenta, los sujetos de la infracción, la tipicidad del delito y la responsabilidad penal que contraen las empresas ante la comisión de los mismos, a fin de determinar la forma en que la normativa legal existente debe incorporar un capítulo exclusivo que incorpore delitos económicos cometidos por delincuentes de cuello blanco.

La crisis económica que atravesó el país a finales de los años noventa marcada por la dolarización cuando durante el Gobierno de Sixto Durán Ballén, Presidente del Ecuador se promulgó una normativa legal la llamada Ley General de Instituciones Financieras, que permitía créditos vinculados, préstamos a empresas, administradores y accionistas del banco, la misma que impedía que la Superintendencia de Bancos regulara las actividades de la banca, otorgándoles la libertad financiera produjo a la larga el denominado Feriado Bancario el cual de acuerdo a lo indicado por Jamil Mahuad, tendría un día de duración sin embargo se extendió por cinco días, tiempo durante el cual existió fuga de dinero al

extranjero y el congelamiento del dinero de miles de ecuatorianos por un año, asumiendo el Estado ecuatoriano los costos por el mal manejo ocasionado por el grupo Isafías, los cuales se otorgaban crédito a empresas pertenecientes al mismo grupo beneficiándose a costas de los fondos del pueblo ecuatoriano, esto conllevó al cierre de diecisiete bancos y se considera uno de los casos con mayor relevancia en el cometimiento del delito de insolvencia fraudulenta (García Osorio, 2016).

El artículo 205 del Código Orgánico integral penal, sanciona con prisión de tres a cinco años a quien a nombre propio o como representante legal, simule su estado de insolvencia o quiebra para eludir la responsabilidad adquirida con sus acreedores y la clausura definitiva del establecimiento con el pago de una multa que va de cincuenta cien Salarios Básicos Unificados del Trabajador (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014). Este delito del cual el sujeto activo es el deudor que no cumple sus obligaciones al alzarse con sus bienes ya sea ocultándolos o transfiriéndolos tiene como finalidad la frustración del acreedor.

El bien jurídicamente protegido en este delito es el patrimonio de acreedor, violentándose este derecho desde el momento en que el deudor hace uso de sus bienes, sin que quede la posibilidad de cobro para el acreedor, mediante la simulación de venta del bien o cuando estos son puestos a nombre de terceros ejerciéndose el dolo. En cuanto a la tipicidad de este delito, el acto típico recae sobre su propio patrimonio, radicando su conducta en el no cumplimiento de sus obligaciones, cumpliéndose el elemento básico del delito, lo cual es la existencia de una deuda impaga, no se ejecuta la conducta típica, aun cuando el deudor haga uso de su patrimonio, siempre que cumpla con las obligaciones dispuestas en los términos concedidos en sentencia. La conducta típica de este delito es la acción que se ejerce, bien sea por la comisión del delito o porque pudiéndose haberlo evitado no se realiza nada por impedirlo, lo cual lleva a la lesión del bien jurídico protegido.

En el ámbito empresarial este delito configura su modalidad desde el instante en que una empresa no quiere o no puede afrontar sus obligaciones con sus acreedores y es absorbida por otra cuya actividad en muchos de los casos es similar a la que realizaba la empresa inicial, dejando únicamente en la anterior empresa el pasivo, nutriendo a la nueva empresa con los contactos o negocios que aumenta el capital, este método por lo general utilizado para no reducir su patrimonio o cumplir con obligaciones crediticias futuras, es decir no

efectúa los trámites legales para su disolución, dejando de aportar con bienes necesarios para la empresa y adicionalmente retirando los bienes patrimoniales existentes a la nueva empresa, afectando el normal desenvolvimiento y si a esto se le suma el cierre o desaparición, es notorio que se pretende prescindir únicamente del pasivo de la empresa a la que se está dejando morir, configurándose el delito de defraudación en la modalidad de insolvencia fraudulenta por la presencia constante del dolo en el actuar del empresario (Palacio Laje, 2007).

METODOLOGÍA

La investigación se realizará en la modalidad paradigmática cualitativa y cuantitativa, pues se realiza el estudio de un caso que genera afectación jurídico-social, por lo que se emplea un diseño de teoría fundamentada descriptiva y se efectúa un estudio crítico de la responsabilidad empresarial ante la comisión del delito de insolvencia fraudulenta. Los métodos empleados son:

Histórico - Lógico. - Porque se expone de manera histórica el mayor caso de insolvencia fraudulenta efectuado en Ecuador.

Analítico - Sintético. – Se determinan los componentes fundamentales del delito de insolvencia fraudulenta y la responsabilidad que recae sobre la persona jurídica alcanzando verdaderas conclusiones y recomendaciones.

Inductivo - Deductivo. - Método con el que se podrá extraer, a partir de determinadas observaciones o experiencias particulares, un principio general. En este caso nos permitirá diagnosticar el problema y elaborar componentes para una propuesta.

Las empresas usan las metodologías de Altman y de Ohlson para determinar el riesgo de insolvencia, por lo que pueden saber con seguridad cuando actúan de manera fraudulenta, para esto este modelo Altman se basa en cinco ratios más relevantes para estimar el modelo Z-Score, el cual sirve para determinar la insolvencia o quiebre de la empresa (Hernández Ramírez, 2014), por otra parte el modelo Ohlson establece modelos estadísticos que afectan la compañía, entre los cuales están el tamaño de la empresa, su desempeño, la estructura financiera y su liquidez (Vargas Charpentier, José Alonso; Barrett Gómez, Michelle; Cordero Rojas, José Miguel, 2013). Otro de los modelos más usados es el de Beaver, el

cual no presenta una ratio relevante, sino que, por el contrario, realiza un estudio comparativo del rendimiento de la empresa con años anteriores (Vargas Charpentier, José Alonso, 2014), si bien como se ha indicado se encuentran diversos modelos mediante los cuales las empresas pueden prevenir futuras insolvencias, en lo que respecta a Ecuador no se evidencia un marco normativo que exija dicha implementación.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Los casos de insolvencia que han presentado mayor importancia en Ecuador son el del Feriado Bancario, el cual perjudicó a miles de ecuatorianos, los bancos se declararon en quiebra e incapaces de cubrir los fondos de los depositantes, lo que produjo el desempleo y la emigración de casi dos millones de ecuatorianos, hasta la presente fecha son muchos los ciudadanos que no han podido recuperar sus ingresos (GK City, 2020), otro caso público es el de Freddy Aponte el cual después de haber sido sentenciado al pago de USD 54,633.00 por daño moral, incurrió en insolvencia fraudulenta para evitar el cumplimiento de su obligación sentenciándose posteriormente por este delito el 27 de julio del 2011 (Fundamedios, 2020), a nivel internacional se puede destacar la investigación a Manuela Carmena, esto debido a la declaratoria de insolvencia de su esposo Eduardo Leira, quien siendo único administrador y accionista mayoritario no poseía patrimonio para cubrir las obligaciones con sus acreedores, pues los bienes habían sido traspasados a su esposa (ABC Madrid, 2015) y por último uno de los casos de mayor importancia en España el Caso Banesto, el cual es considerado la mayor trama de corrupción empresarial, debido a que Mario Conde presidente del Banco Banesto por el desface patrimonial de 2,700 millones de euros, el cual había sido enviado a paraísos fiscales declarándose insolvente de cubrir sus obligaciones crediticias, pues sus bienes habían sido transferidos a nombres de otras personas, ocultando de esta manera su patrimonio (Finanzas, 2020).

Con lo ya analizado se puede determinar que el Código Orgánico Integral penal requiere una reforma fundamental en el cual se incorpore un capítulo especial que sancione los tipos de delitos económicos y recoja sus diversas modalidades delictivas, así mismo se considera apropiado que se establezcan acciones que pueden incorporarse como parte de un delito económico, en el caso que nos atañe no únicamente la simulación, sino el ocultamiento, el

engaño y el alzamiento en la insolvencia, que se incorpore sanciones a las empresas extranjeras en caso de efectuarse este tipo de delito para lo cual no se permita el ingreso al país de manera permanente ni a ninguno de sus directivos, se estima necesario la implementación de sanciones más severas a estos delitos económicos que causan un perjuicio no sólo al patrimonio del sujeto pasivo de la infracción sino al sistema económico.

CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado en la investigación junto a los resultados obtenidos, se concluye que:

Es preciso que se realice una reforma al Código Orgánico Integral Penal que permita incorporar un capítulo específico de los delitos económicos que incluya la insolvencia fraudulenta y sus diversas modalidades, así mismo que se establezcan sanciones más severas para estos delitos.

Se requiere ampliar en el delito de insolvencia la conducta típica del infractor, para lo cual deberá considerarse no únicamente la simulación sino el ocultamiento, el engaño y el alzamiento de los bienes lo cual lleva a que se presente una insolvencia aparente.

El Estado no debe asumir la deuda de las empresas que se declaran en insolvencia, por lo que se debe sancionar con la devolución total del patrimonio de los acreedores, tomando como ejemplo el caso del Feriado Bancario.

En caso de probarse la existencia del delito de insolvencia fraudulenta por una empresa internacional, se debe prohibir de manera definitiva a los altos funcionarios de ser parte o crear nuevas empresas en el país, así mismo de participar en obras o contratación con el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABC Madrid. (15 de Diciembre de 2015). La maniobra del marido de Carmena para no pagar a sus empleados que investiga la justicia. Obtenido de ABC Madrid:
https://www.abc.es/espana/madrid/abci-maniobra-marido-carmena-para-no-pagar-empleados-investiga-justicia-201512151218_noticia.html

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial.

Finanzas. (08 de Octubre de 2020). Mario Conde: el dinero repatriado procede de una operación anterior a Banesto. Obtenido de Economía Digital:
https://www.finanzas.com/mercados/mario-conde-el-dinero-repatriado-procede-de-una-operacion-anterior-a-banesto_13434092_102.html

Fundamedios. (17 de Febrero de 2020). Exalcalde de Loja persigue a periodista Freddy Aponte usando el aparato judicial . Obtenido de Fundamedios:
<https://www.fundamedios.org.ec/alertas/loja-periodista-freddy-aponte-bolivar-castilo/>

Galarza Zurita, J. E. (2018). Repositorio de la Universidad Técnica de Ambato. Obtenido de La Insolvencia y sus Efectos Jurídicos Patrimoniales:
<https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/27734/1/FJCS-DE-1066.pdf>

García Osorio, N. (23 de Diciembre de 2016). Repositorio Dspace. Obtenido de Evolución de la banca privada después de la crisis financiera 2000-2010:
<http://repositorio.espe.edu.ec/xmlui/handle/21000/11688>

GK City. (09 de Enero de 2020). El feriado bancario en Ecuador: la peor crisis socioeconómica. Obtenido de Gk city: <https://gk.city/2020/01/09/feriado-bancario-ecuador/>

Hernández Ramírez, M. (2014). Modelo financiero para la detección de quiebras con el uso de análisis discriminante múltiple. InterSedes: Revista de las Sedes Regionales, 4 - 19.

Naranjo Estrada, Á. T., & Barragán Vinueza, U. (2018). Insolvencia: La transición de materia civil a penal. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 1 - 15.

Palacio Laje, C. (2007). El trasvasamiento de empresas, ¿Es un delito? *Repositorio Institucional UADE*, 21 - 27.

Vargas Charpentier, José Alonso. (2014). Modelos de Beaver, Ohlson y Altman: ¿Son realmente capaces de predecir la bancarrota en el sector empresarial costarricense? *Tec Empresarial*, 29 - 40.

Vargas Charpentier, José Alonso; Barrett Gómez, Michelle; Cordero Rojas, José Miguel. (2013). Modelos para prevención de bancarrotas empresariales utilizados por el sector empresarial costarricense. *Tec Empresarial*, 43 - 49.