

ANÁLISIS Y COMENTARIOS A LA REFORMA AL
RÉGIMEN CONCURSAL CHILENO
(BOLETÍN N° 8324-03)*

ANALYSIS AND COMMENTS TO THE REFORM OF THE BANKRUPTCY SYSTEM
(BULLETIN N° 8324-03)

ÉTUDE ET COMMENTAIRES À LA RÉFORME DU DROIT DE LA FAILLITE
(BULLETIN N° 8324-03)

IGNACIO ARAYA PAREDES**, OCTAVIO BOFILL GENZSCH***

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza el Proyecto de ley de *Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas* (nos referiremos indistintamente a él como el Proyecto o la nueva ley de quiebras o concursal o RPC, por su contenido de Reforma al Procedimiento Concursal)¹. El Proyecto se encuentra en trámite de ser promulgado después de ser aprobado por el Congreso y remitido al Ejecutivo con fecha 29 de octubre de 2013, tras su tramitación de casi dieciocho meses en el Congreso Nacional.

El Proyecto fue declarado uno de los anhelos y metas del gobierno del Presidente Sebastián Piñera, en el contexto de fomentar el emprendimiento como motor de la economía nacional, lo que se explica en el mensaje al Senado de fecha 15 de mayo de 2012.

En cuanto a sus supuestos y objetivos declarados resaltan (i) el reconocimiento de que contamos con una regulación anacrónica, que hace necesaria una legislación que permita al emprendedor iniciar rápidamente nuevos negocios, sin que el proyecto fallido signifique un lastre que le impida volver a ponerse de pie, lo

* El presente comentario contó con la valiosa colaboración de los abogados y ayudantes del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Francisco Palma Ulloa y Rodrigo Saffirio López, a quienes los autores agradecen enormemente.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Ayudante de los Departamentos de Derecho Comercial y de Derecho Penal de la Universidad de Chile. Investigador de la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: iaraya@derecho.uchile.cl

*** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor Instructor del Departamento de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Socio del Estudio Bofill Mir & Álvarez Jana Abogados. Correo electrónico: obofill@bmaj.cl

¹ En adelante, nos referiremos a la actual legislación (que será sustituida), contenida en el Libro IV del Código de Comercio, como ley de quiebras o Libro IV CCom.

que redundan en nuevos procedimientos, más ágiles y eficientes; (ii) la intención explícita de apoyar a los emprendedores del país, entregándoles herramientas que les facilite desprenderse de un proyecto fallido, permitiendo a los acreedores recuperar todo o parte de sus acreencias, y así poder iniciar uno nuevo que pueda ser exitoso; (iii) la declaración consistente en que la nueva legislación se basa en fomentar la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo y, sólo en segundo lugar, entregar las herramientas idóneas para asegurar que aquellos emprendimientos que simplemente carezcan de la entidad necesaria para perseverar puedan ser liquidados en breve tiempo, estimulando el resurgimiento del emprendedor a través de nuevas iniciativas, lo que genera un consecutivo legal reorganización-liquidación; (iv) la incorporación de un régimen especial aplicable a las personas naturales que se encuentran en incapacidad de responder a sus obligaciones financieras, lo que genera una buena propuesta relativa al sobreendeudamiento, materia tan en boga en la legislatura europea moderna; y, (v) la intención declarada de corregir el sitio secundario de Chile en el plano internacional, tanto respecto de sus pares en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como de los vecinos de la región, en lo que se refiere a la legislatura y a los estándares al amparo de los cuales se mide y compara el instituto concursal.

Enseguida, y en concreto, se modifican y agregan los siguientes principales aspectos: (i) se reconoce el derecho a defensa temporáneo (por oposición a retardado²) del deudor cuya insolvencia se afirma; (ii) se amplía la aplicación de los convenios a los acreedores preferentes³; (iii) la sustitución del procedimiento de quiebras y la creación de los mecanismo de reorganización, derogando los conceptos de quiebra y convenios, y, junto a ello, la creación de procedimientos, de atribuciones especiales para la Superintendencia que tienden a su robustecimiento, junto con la asignación de nuevas atribuciones y recursos, la instauración de veedores y liquidadores –por oposición a síndicos e interventores–, el fomento de judicaturas con mejores conocimientos en materias de insolvencia

² Durante mucho tiempo se discutió la forma como el deudor cuya quiebra se solicita puede presentar su defensa para enervar la acción declarativa de insolvencia y constitutiva de bancarrota que se presentaba en su contra. La explicación de PUGA VIAL, Juan Esteban (2004). *Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, T. II, pp. 333-334, sinceró los términos y eufemismos que sobre el particular se presentaban, quien justificaba la forma como se incorporó la defensa retardada del deudor a través del recurso especial de reposición –una verdadera defensa más que un recurso– una vez que ya se la había declarado insolvente y constituido en quiebra. Esa situación procesal se pretende corregir en la nueva ley.

³ Donde la legislación en curso sólo reconoce los convenios como una mecánica de solución concursal aplicable, o mejor dicho, oponible tan solo a los acreedores valistas.

y su competencia preferente en tanto llegue a existir, regulados armónica y coordinadamente al interior de lo que pretende ser un nuevo sistema concursal aplicable en Chile⁴; (iv) se crea la normativa de *renegociación* aplicable a los deudores personas naturales; (v) se modifica el tratamiento de las conductas penales asociadas a la quiebra⁵; y (vi) se incorpora el modelo de regulación *Uncitral* para las situaciones de insolvencia transfronteriza.

Sin duda que la reforma al sistema de soluciones concursales imperante en Chile es ambiciosa y, como toda reforma ambiciosa, la consecución de sus objetivos, de todos ellos o de los más relevantes, está por verse. Es ambiciosa en el fondo, pues rompe con la tradición legislativa y de la comunidad jurídica vinculada a los negocios, que asumía que la quiebra era el procedimiento basal para resolver la insolvencia del deudor. Hoy ella, red denominada como *liquidación*, pasa ser una solución supletoria –o por defecto como se la acostumbra denominar en esos tiempos– de otros mecanismos de *reorganización* que se alzan como los grandes vencedores de la reforma. Y es ambiciosa en la forma, pues, precisamente, pretende imponer un cambio legislativo con impacto en las raíces culturales de instituciones basales de la comunidad jurídica vinculada a los negocios, mediante la red denominación de soluciones ancestrales. (¡Para lo ancestral que puede llegar a ser una solución de derecho positivo imperante desde hace algunos siglos en la comunidad jurídica vinculada a los negocios!)⁶.

Para no caer en una misma tentación ambiciosa, y hacer de éste un análisis efectivo del Proyecto, hemos pensado abocarnos a entender como éste se enfoca en cuatro apartados del derecho concursal, como son, la insolvencia en tanto supuesto del derecho concursal, el análisis de la empresa, y sus alcances, como sujeto pasivo de la quiebra, el régimen de recursos, y los novedosos acuerdos de reorganización aplicables –ahora– a los acreedores prendarios e hipotecarios.

⁴Se podrá discutir en torno al nuevo sistema, su adecuación cultural, los efectos reales que conllevará, su aplicación y el éxito de la misma, pero no cabe duda que se ha presentado un nuevo sistema de regulación de la insolvencia y de las soluciones a la misma.

⁵El Proyecto sigue la tendencia moderna, recogida por el Código Penal alemán de trasladar las conductas punibles al Código Penal [en forma autónoma, de modo que rijan en forma independiente de la norma de solución concursal]. Se eliminan así las anacrónicas presunciones de quiebra fraudulenta y culpable. Y se tipifican conductas penales comunes (obviamente asociadas a procedimientos concursales) asignando penas específicas a dichas conductas.

⁶El cambio semántico es explícito: la Superintendencia de Quiebras destaca en la presentación de promoción del Proyecto el hecho que a partir de la nueva ley, al antiguo *fallido* se le denominará *deudor*, al *convenio*, *reorganización*; a la *quiebra*, *liquidación* y para la persona natural habrá un procedimiento especial de *renegociación*. Enseguida y en cuanto al procedimiento, la afirmación es también explícita: *Damos vuelta la antigua Ley de Quiebras: empezamos con la reorganización y terminamos con la liquidación*. Véase SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS. *Presentación del Proyecto de Ley*. Disponible en: <www.squiebras.gob.cl/index.php?option=com>.

1. LA INSOLVENCIA EN LA NUEVA LEY

1.1. Consideraciones generales

El mensaje de la nueva legislación comenzó bien, refiriendo que en los hechos y para los efectos de nuestra legislación actual, *un escenario que genera la aplicación de la normativa que se pretende modificar es aquel en que una persona natural o jurídica se encuentra en la incapacidad financiera de responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización*. Se anticipaba entonces una nueva regulación relativa a la insolvencia de determinados patrimonios, insolvencia que en el ámbito existencia de pluralidad de acreedores exige la presencia de una nueva solución concursal. Se enfrentaba desde luego el concepto de insolvencia, mismo que viene debatiéndose desde siempre como presupuesto de las soluciones concursales⁷.

Pero la regulación propuesta se desvaneció. En definitiva, el Proyecto no se hizo cargo del presupuesto de las soluciones concursales que impulsa, esto es, el análisis de la insolvencia. Más bien, nos dejó con una duda más profunda que a la que la insulsa regulación aún vigente nos tenía acostumbrados. Hoy se abre la posibilidad que el legislador esté refiriéndose también al mero incumplimiento, como un supuesto adicional –además de la insolvencia– para la aplicación de las soluciones concursales que propone.

Lo que ha hecho el Proyecto es contra intuitivo. Precisamente la determinación del supuesto de aplicación de un instituto jurídico define el ámbito de competencia, la magnitud del mismo, y por consiguiente, las mediciones económicas y financieras que su aplicación acarrea al Estado (podríamos decir que el costo de la política pública es directamente proporcional a la profundidad de lo público, definido en esa política pública). Y es curioso que en el caso de un instituto que se quiere aplicar bien, concienzudamente, al cual se le agregan regulaciones producto de tendencias modernas, para el cual se añaden y comprometen nuevos recursos,

⁷Sobre la materia puede verse innumerable literatura comparada y nacional. En general, los autores recurren a distintos conceptos que tienen un contenido más financiero que jurídico pero que, al importarse e impetrarse su uso para la caracterización o denegación de un supuesto para la aplicación de una solución concursal, se les pretende asignar distintos alcances. Entre ellos, los conceptos relevantemente utilizados son *la insolvencia* (que sí tiene una acogida positiva desde nuestro Código Civil), *la cesación de pagos y el mal estado de los negocios*. Desde nuestra perspectiva ese esfuerzo no vale la pena. Para nosotros lo relevante es entender la situación del deudor, su realidad jurídico financiero, para apreciar la necesidad –o no– de aplicar un instituto concursal, por oposición a un método de ejecución individual. En ese contexto, las distintas miradas de su patrimonio, que nos entregan diferentes estados de demostración financiera, son todas valiosas: el balance, el estado de resultados, el flujo de caja histórico y el proyectado. Pero esto es necesario mirarlo en forma dinámica y no estática. El análisis sesudo de un patrimonio y su nivel de solvencia requiere mirar las fuentes de financiamiento disponibles, el acceso al crédito, su carestía, la disponibilidad de activos exógenos y endógenos para ser entregados en garantía, sus obligaciones para con acreedores financieros (no sólo de pago, también prestaciones de hacer y no hacer, incluidos *covenants*). Todo ello requiere y exige una mirada experta.

no se haya comenzado por delimitar su ámbito, sobre la base de lo que constituye el supuesto de su aplicación, la insolvencia. Es altamente riesgoso para el Proyecto, para el instituto y para el éxito de la gestión de la Superintendencia, que no se haya puesto coto, y dejado en su lugar, en el que se merecen, a las potenciales acciones de cobranza disfrazadas de pretensión concursal que proliferan en nuestros tribunales. Ese es un enemigo declarado del éxito de las soluciones concursales, y de él no se hicieron cargo.

El concepto de *insolvencia* como presupuesto de las soluciones concursales se nos ha enseñado siempre como la contracara del *mero incumplimiento*, donde éste se preserva en el ámbito de lo privado, y el interés de la acción correlativa sólo redundaba en quienes son parte de ella (el demandante, el demandado y los terceros que se incorporen a ese proceso), y aquél se extiende al ámbito de lo público, de lo extenso y de lo oponible a todos quienes tengan un interés involucrado o comprometido, sin necesidad de su apersonamiento al juicio (de allí que se caracterice a las soluciones concursales como de carácter colectivo, donde muchos pueden concurrir –los concursales– aunque solo algunos de ellos concurren efectivamente –los concurrentes–).

El Proyecto sí se hace cargo de la cuestión del procedimiento para determinar la presencia de insolvencia en un patrimonio, y soluciona así las objeciones que tradicionalmente se han presentado al debate de la defensa retardada. Ese es un avance. Pero el Proyecto no innova en la cuestión de someter al juez al pobre –de pobreza intelectual– análisis de la eventual existencia *o configuración* de causales de quiebra o de hechos reveladores, como se ha empezado a decir desde Puga. Eso es mantenernos en lo mismo.

Pudo ser peor, y lamentablemente lo fue: Al limitarse las defensas de los deudores enfrentados a un proceso de liquidación forzosa, a los supuestos regulados en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, se ha puesto la lápida a la ya muy difícil discusión, que con escaso éxito, se ha sostenido en los tribunales de justicia, frente a frívolas peticiones de quiebra que no eran sino acciones de cobranza disfrazadas. Esto fue un retroceso. Lejos de imponer una barrera de entrada a las camufladas acciones frívolas de cobranza, la limitación de la defensa del deudor y la inexistente elaboración en torno al supuesto de las soluciones concursales ha dejado un margen abierto a la mala acción de litigantes inescrupulosos.

1.2. *Modificaciones en el procedimiento*

Vamos a lo positivo: ¿Por qué es importante el procedimiento de apertura del concurso? Porque pone las cosas en su lugar: lleva a las partes a sostener una discusión acerca de la concurrencia –o no– de los supuestos de aplicación de las soluciones concursales *ex ante* la declaración de insolvencia (quiebra/liquidación).

¿Dónde se plantea esta discusión, quiénes son los tribunales competentes?

El Proyecto anticipó la falta de conocimientos (“de dominio”) de los tribunales competentes como una de las principales deficiencias del actual procedimiento

de quiebra⁸. Y algo se hizo al respecto, si bien se echa de menos una judicatura concursal especial (es cierto, reconocemos que pueden existir otros proyectos de la judicatura a los que este anhelo deba subordinarse), se ha planteado ya la discusión y la posibilidad de generar tribunales con mayor experticia en la materia, bienvenida la moción⁹.

1.3. *La insolvencia como una cuestión distinta del mero incumplimiento de obligaciones*

Para el anecdótico, las voces insolvencia e insolvente se encuentran en un número limitado de ocasiones en la ley de quiebras vigente, aunque lejos de su referencia al supuesto de aplicación de la solución concursal¹⁰. En la nueva ley concursal hay una profusa utilización de los términos, y paradójicamente lejos del supuesto de aplicación (declarado, que debió ser parte) de la misma ley¹¹.

¿Qué hace la nueva ley para referirse al ámbito de aplicación de la misma?

⁸ Se afirmó en la presentación del Proyecto que “Los juzgados civiles no siempre dominan la normativa concursal. Necesitamos una nueva Ley, acorde con la realidad chilena, en línea con las mejores prácticas internacionales: Promover juzgados especializados”.

⁹ Se establece una preferencia a los *tribunales calificados*: Artículo 3º: “Competencia. Los Procedimientos Concursales contemplados en esta ley serán de competencia del juzgado de letras que corresponda al domicilio del Deudor. ... En las ciudades asiento de Corte la distribución se regirá por un auto acordado dictado por la Corte de Apelaciones respectiva, considerando especialmente la radicación preferente de causas concursales en los tribunales que cuenten con la capacitación a que se refiere el inciso siguiente. Los jueces titulares y secretarios de los juzgados de letras que conozcan preferentemente de asuntos concursales deberán estar capacitados en derecho concursal, en especial, sobre las disposiciones de esta ley y de las leyes especiales que rijan estas materias. Cada Corte de Apelaciones adoptará las medidas pertinentes para garantizar la especialización a que se refiere la presente disposición. No obstante, los demás tribunales competentes estarán habilitados para conocer de asuntos concursales en el marco de sus atribuciones si, excepcionalmente y por circunstancias derivadas del sistema de distribución de trabajo, ello fuere necesario.

... Para los efectos de lo previsto en este artículo, la Academia Judicial coordinará la dictación de los cursos necesarios para la capacitación en derecho concursal de jueces titulares y secretarios de los juzgados de letras dentro del programa de perfeccionamiento de miembros del Poder Judicial establecido en la ley N° 19.346, que crea la Academia Judicial”.

¹⁰ Se utiliza en las siguientes disposiciones: Artículo 17: “No podrán ser síndicos, las personas que a continuación se expresan: 1. Las que hubieren sido declaradas en quiebra, o se encontraren en estado de notoria insolvencia...”; artículo 220: “Se presume fraudulenta la quiebra del deudor: ... 12.- Si, en estado de manifiesta insolvencia, hubiere hecho donaciones cuantiosas”; y artículo 237: “El fallido rehabilitado en las condiciones del artículo anterior, gozará del beneficio de competencia que acuerda al deudor insolvente el número 6 del artículo 1.626º del Código Civil, mientras no se haya sobreseído definitivamente en el caso del artículo 165º de esta ley. Como se aprecia, en ninguna de ellas se pretende referir a la insolvencia como presupuesto de la quiebra”.

¹¹ Se utiliza (i) en el nuevo nombre de la Superintendencia y del Superintendente, (ii) en la referencia a los asesores económicos de insolvencia, (iii) en tanto causal de inhabilidad de los entes fiscalizados por la misma Superintendencia, (iv) en la quiebra transfronteriza y (v) en las modificaciones que se introducen al Código Civil, a la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis y a la Ley N° 20.345 sobre instrumentos derivados, que comentaremos más adelante. De modo que, salvo por lo que se dirá para estos últimos cuerpos legales, en la nueva ley no hay referencia alguna a la insolvencia, como supuesto de aplicación de la misma.

Lejos de lo que pudo haber sido nuestro anhelo, el legislador regula el ámbito de aplicación de la solución concursal denominada Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora a partir de las sempiternas causales de quiebra, que, en lo básico, son similares a las reguladas en el actual artículo 42 de la ley de quiebras¹². Pero en cuanto al fondo, la ley no innova, se reitera en la idea de que la liquidación (quiebra solicitada por uno o más acreedores) se enfrenta con la existencia de una causal de tal¹³.

De hecho, la ley profundiza en la cuestión de las causales de quiebra y exige que la demanda señale “*la causal invocada y sus hechos justificativos*” y que acompañe “*los siguientes antecedentes: 1) Los documentos o antecedentes escritos que acreditan la causal invocada...*”.

Enseguida, el legislador regula el derecho a defensa del deudor sobre la base de un procedimiento que lo llevará a escoger entre las siguientes opciones: a) Consignar fondos suficientes para el pago del crédito demandado y las costas correspondientes, en términos que si al cabo del plazo judicial correlativo el deudor no pagare en el plazo fijado, el tribunal dictará la respectiva Resolución de Liquidación; b) Allanarse a la demanda, dictando en este caso el tribunal la respectiva Resolución de Liquidación; c) Acogerse expresamente al Procedimiento Concursal de Reorganización; o, d) Oponerse a la demanda de Liquidación Forzosa, en cuyo caso la oposición del Deudor *sólo podrá fundarse en las causales previstas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil*, de modo que la sentencia definitiva que rechace la oposición del Deudor ordenará su liquidación¹⁴.

Finalmente el procedimiento concluye con la Resolución de Liquidación, la que, por mandato legal, deberá contener *las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento para el rechazo de las excepciones opuestas por el Deudor*.

Como se aprecia, el Proyecto pone una lápida a las emanaciones de buen criterio jurídico de los tribunales que –a la fecha y pese a la deficiente regulación vigente,

¹² Artículo 117 RPC: “*Ámbito de aplicación y causales. Cualquier acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora en los siguientes casos: 1) Si cesa en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedor solicitante. Esta causal no podrá invocarse para solicitar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación respecto de los fiadores, codeudores solidarios o subsidiarios, o avalistas de la Empresa Deudora que ha cesado en el pago de las obligaciones garantizadas por éstos. 2) Si existieren en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no hubiere presentado bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos. 3) Cuando la Empresa Deudora o sus administradores no sean habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas. En este caso, el demandante podrá invocar como crédito incluso aquel que se encuentre sujeto a un plazo o a una condición suspensiva*”.

¹³ Es cierto que el artículo cambia sutilmente las cosas pues redacta de una manera –sutil también– distinta a las antiguas causales o hechos reveladores, pero las modificaciones no hacen cambiar el rumbo, se trata básicamente de lo mismo que discutimos bajo la actual legislación.

¹⁴ Artículo 120 RPC.

en este mismo sentido— se han atrevido a desafiar la existencia de quiebras frente a *meros incumplimientos* de los deudores.

¿Es posible afirmar que la nueva ley unifica los conceptos de deudor —por oposición a fallido— de la antigua ley, y, de esa manera, que el cambio a deudor que utiliza hoy, no es sólo semántico? En otras palabras, nos preguntamos acá si es probable que el legislador haya buscado, explícitamente, que el Proyecto no sólo no se asentara en el principio que hasta acá tiene nítido arraigo doctrinario, y tímida acogida en la jurisprudencia —nos referimos a que la quiebra tenga como único supuesto a la insolvencia— sino que *ex profeso* apuntara a que incluso el mero incumplimiento de una obligación de parte de una Empresa Deudora sea supuesto aceptable para aplicar una solución concursal¹⁵. No nos gusta decirlo, no compartiríamos el criterio, pero es difícil no darle crédito cuando se lee la solución que se ha incorporado en la ley. Espero que este error se enmiende.

¿Por qué nos parece así? Veamos al efecto las modificaciones que se introducen por el Proyecto a cuerpos legales distintos de la ley de quiebras:

En el *Código Civil*, se sustituye el N° 1 del artículo 1496, relativo a la caducidad del plazo, de modo que queda así: “*El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1° Al deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación, o se encuentre en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización*”, reemplazando al texto anterior del siguiente tenor: “*1° Al deudor constituido en quiebra o que se halla en notoria insolvencia*”.

En la *Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis*, contenida en el artículo undécimo de la Ley N° 20.416 que fija normas especiales para las empresas de menor tamaño se modifica, en el artículo 6°, la frase “*se encuentren en alguna de las situaciones previstas en los números 1, 2, 3 y 4 del artículo 17 de la Ley de Quiebras, contenida en el Libro IV del Código de Comercio*”, por el siguiente texto: “*tengan la calidad de deudor de un procedimiento concursal, o se encuentren en notorio estado de insolvencia, y las que, dentro de los dos años anteriores al inicio de un procedimiento concursal, hayan actuado como directores o administradores de la empresa deudora. Asimismo, no podrán ser asesores económicos de insolvencias, aquellos que se encuentren en alguna de las situaciones previstas en los números 1), 2) y 3) del artículo 17 de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas*”.

En la Ley N° 20.345, sobre *Sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros*, se sustituyó el numeral 11 del artículo 1° actual, “*11. Procedimiento concursal: procedimiento judicial o administrativo incoado en virtud de una declaración de quiebra, liquidación forzosa o presentación de proposiciones de convenio judicial preventivo y, en general, cualquier procedimiento ejecutivo patrimonial de carácter universal y colectivo que regule la administración y, o liquidación de los bienes de un deudor insolvente, así como el*

¹⁵ Empresa Deudora, como veremos, es toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del Decreto Ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta.

pago a los acreedores, conforme a la prelación legal”, por el siguiente: “11. Procedimiento Concursal: procedimiento judicial o administrativo incoado en virtud de una resolución de liquidación o la presentación de proposiciones de acuerdo de reorganización y, en general, cualquier procedimiento ejecutivo patrimonial de carácter universal y colectivo que regule la administración y/o liquidación de los bienes de un deudor insolvente, así como el pago a los acreedores, conforme a la prelación legal”.

Se observa de estas modificaciones, que el legislador ha querido que la ley concursal nueva se refiera a los deudores en general, sea que estén afectados por un evento de mero incumplimiento, o por una situación de insolvencia. El artículo 1496 del Código Civil es sintomático: La caducidad del plazo se aplica al deudor que tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, o al deudor que se encuentre en situación de notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización. De modo que lo que define a la caducidad del plazo no es (ya) la insolvencia, sino la afectación a un concurso o la notoria insolvencia. El primero podrá estar o no afectado por notoria insolvencia, da igual, *lo relevante es que el deudor esté sometido al procedimiento concursal*, procedimiento que no reconoce ninguna barrera de entrada, ningún presupuesto y, por lo mismo, puede aplicarse a (meros) deudores y a deudores en notoria insolvencia. Enseguida, para hacer efectiva la caducidad de los plazos sobre un deudor no sometido a procedimiento concursal, entonces la notoria insolvencia cobra relevancia. Igual argumento se debe hacer al tenor de la modificación a la Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis, donde los textos son muy similares.

Curiosamente la modificación a la Ley sobre Sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros parece llevar a la conclusión contraria, cuando declara que es un procedimiento concursal *cualquier procedimiento ejecutivo patrimonial de carácter universal y colectivo que regule la administración y/o liquidación de los bienes de un deudor insolvente*, es decir, presupone la insolvencia del deudor para aplicar una solución concursal. Nos parece que, lamentablemente, éste no pasa de ser un argumento esperanzador y fugaz, frente a la fortaleza del argumento principal que nos lleva a pensar que el legislador ha buscado que las soluciones concursales que se regulan para la Empresa Deudora afecten no sólo a deudores insolventes, como debió haber ocurrido, sino también a meros deudores.

En los hechos, la demanda de liquidación de una Empresa Deudora se podrá plantear sobre la base de haber ésta cesado en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedor solicitante. Este fenómeno, que nunca ha sido constitutivo de insolvencia *per se*, se trata, declarativamente hablando, de un mero incumplimiento de una obligación que consta de título ejecutivo. Es cierto que este incumplimiento podrá ser un indicio de una situación de insolvencia, cuestión que debió haber sido materia de la discusión de fondo en el contradictorio concursal, pero al legislador le da igual. Y esta indiferencia legislativa no sólo se afina en la preservación de este evento como una *causal* (concepto anacrónico por cierto) de

liquidación (antes *de quiebra*, el cambio semántico pierde toda relevancia frente a la magnitud del problema en discusión), sino que refuerza y echa por la borda toda posibilidad de discusión, cuando se limita al deudor en sus defensas frente a tal demanda. Porque, convengamos, de las opciones que presenta la ley, dos son derechamente allanamientos al concurso, uno explícito (el allanamiento) y otro implícito (la presentación de reorganización judicial¹⁶), el tercero es el pago¹⁷ y el cuarto, es presentar una defensa bajo los mismos términos que la podría presentar el deudor compelido por la vía de la ejecución individual.

No es nuestra pretensión efectuar un estudio exegético de cada una de las excepciones posibles al amparo del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil. Por lo demás, en el estado de cosas del Proyecto el resultado del análisis sería indiferente. Esa norma fue creada como un mecanismo para circunscribir a un número determinado de defensas al ejecutado que intenta oponerse a la ejecución, tras ser requerido de pago y ante la falta de tal pago. Esa norma obviamente no considera entre las defensas a una o más que ataquen una hipótesis de negación de insolvencia, pues no es su propósito. Se podrá argumentar que entre las defensas existen algunas genéricas que podrían permitir argumentaciones en torno a la negación de la insolvencia. A ese respecto mi criterio es claro: esas defensas no fueron concebidas para discutir la solvencia del deudor. De manera que frente a una demanda que pide liquidación del patrimonio del deudor, éste tendrá que oponerse reclamando la inexistencia o la extinción (por decir sucintamente dos conceptos comunes para las excepciones del catálogo del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil) de un crédito determinado. Un absurdo.

Este mecanismo no se condice con la modernidad del Proyecto ni con la adecuación a los estándares de los países de la OCDE.

1.4. *Un vistazo a soluciones de derecho comparado*

Se trata acá de comprender si la denegación del análisis de la insolvencia del deudor como presupuesto para el desarrollo de un procedimiento de liquidación concursal es –o no– comparable con las tendencias de otras latitudes. Referiremos

¹⁶Que es, en las legislaciones del mundo, una *confesión de parte*, un allanamiento a la condición de insolvencia que afecta al patrimonio del deudor, de manera que, fracasada que sea la reorganización, el juez declara la bancarrota, la quiebra o la liquidación, según la denominación que tome el procedimiento concursal residual de realización de bienes.

¹⁷Lo que abre otras vetas para la discusión, pues la posibilidad de enervar una acción declarativa de insolvencia y constitutiva del estado de quiebra –que es como debería ser– : (i) Permite enervar mediante una conducta de beneficio individual –pago al acreedor demandante exclusivamente– una acción de interés colectivo: abrir un procedimiento de liquidación para el beneficio de todos los acreedores y (ii) permite enervar una acción mediante un objeto distinto de lo pedido, el actor pide apertura de concurso para liquidar y el demandado paga, es decir, satisface una pretensión distinta a la declarada –al menos en tanto acción principal– en la demanda del acreedor.

los demostrativos casos alemán y español, entendiendo que ellos deben ser un referente para nuestra solución positiva.

1.4.1. Derecho alemán

La quiebra se declara allí a instancias del deudor o de los acreedores. La petición de un acreedor será admisible cuando acredite (i) poseer un interés jurídico en la apertura del juicio de quiebra, y (ii) su pretensión y la causa de apertura de la quiebra (*Eröffnungsgrund*)¹⁸.

En el caso de personas jurídicas, entre otras¹⁹, son causas de apertura de la quiebra la cesación de pagos y el sobreendeudamiento. Hay cesación de pagos cuando el deudor no está en condiciones de hacer frente a las obligaciones de pago vencidas y, por regla general, cuando ha suspendido sus pagos²⁰. Hay sobreendeudamiento cuando el patrimonio del deudor no puede cubrir las obligaciones vigentes. Ahora bien, para la valorización del patrimonio la regla legal supone que no basta con el valor actual que arroje el balance de modo que, si las circunstancias lo hacen altamente probable, debe también determinarse sobre la base de la continuidad del negocio.

Si el deudor ha solicitado la apertura del concurso, también la cesación de pagos *inminente* pasa a ser una causa de apertura de la quiebra, esto es, si resulta previsible que no pueda llegar a hacer frente a los vencimientos de sus actuales obligaciones, en tiempo²¹. La inminencia de la insolvencia –o anticipación de la insolvencia, como se la ha llamado también– se añade entonces como causal a la tradicional insolvencia, lo que agrega el esfuerzo de intentar determinar un mejor momento, una mejor oportunidad, para enfrentar a un patrimonio a las soluciones concursales.

Reconocer a la inminencia de la insolvencia como una causa de apertura de la quiebra ha constituido un salto relevante en el desarrollo del derecho concursal y –habiendo sido alabado doctrinariamente desde otras capitales europeas como un modelo de tendencia a seguir– ha motivado, más tarde, que algunas soluciones positivas sigan la misma tendencia. Lo destacable de ella es que intenta anticipar un fenómeno de mayor gravedad, la insolvencia, de manera de adelantar la adopción de soluciones concursales que permitan, precisamente, una mejor oportunidad, y, por ende, una mayor probabilidad de rescatar el valor del patrimonio que está

¹⁸ Ley Concursal alemana de 1994 (o de 1999, por su año de entrada en vigencia), con sus modificaciones incorporadas, o, literalmente traducida, Ordenanza de Insolvencia (*Insolvenzordnung o InsO*) § 14 Petición de un Acreedor (*Antrag eines Gläubigers*).

¹⁹ La Ley Concursal Alemana regula distintas causas de apertura de la quiebra en algunos casos de personas distintas de las jurídicas, simplemente hemos tomado el caso de las personas jurídicas como el caso base a analizar en este apartado.

²⁰ Ordenanza de Insolvencia § 17 Cesación de Pagos (*Zahlungsunfähigkeit*).

²¹ Ordenanza de Insolvencia § 18 Cesación de Pagos Inminente (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*).

en vías de ser insolvente. Todo ello, en el entendido que ese patrimonio tendrá allí una mejor valorización y entregará una mejor opción para resolver la situación de crédito que motiva justamente esa tendencia catastrófica.

Esta causa de apertura de la quiebra se introduce como un método que justifica y le da valor, esto es, jurídicamente le da causa, a la petición del *propio deudor* para la apertura de su quiebra y para la aplicación de la solución concursal respectiva. En otras palabras, en Alemania es tan relevante y necesaria la existencia de insolvencia como presupuesto de aplicación de la quiebra, está tan estrechamente vinculada a ella, son tan pares ambos conceptos de insolvencia y quiebra, que el legislador alemán exige que se compruebe la existencia de insolvencia, como presupuesto a la declaración de quiebra, aun cuando sea el propio deudor quien la solicite. Y en atención a que empíricamente la manifestación de la insolvencia propiamente tal, ha probado que puede ser tardía (es decir, puede ser muy tarde para la suerte del patrimonio en crisis), que ese país ha permitido al mismo deudor anticiparse y pedir su propia quiebra argumentando con la tendencia, con la inminencia de la insolvencia (es decir, con un estadio anterior a la insolvencia).

Como vemos, la regulación concursal alemana no ha abandonado a la insolvencia como presupuesto de la quiebra, más bien ha profundizado en ella, ha extendido su aplicación, al permitir al propio deudor justificar la apertura de su propia quiebra basado en la inminencia de la misma. Lejos, muy lejos, de la aplicación de la quiebra frente a un mero incumplimiento. Al menos en Alemania no han dado espacio para ello.

1.4.2. Derecho español

Veamos ahora qué han dicho autores españoles acerca de la insolvencia y de su vinculación necesaria (o no) a la quiebra. En general, convendremos que los autores españoles continúan debatiendo acerca del contenido y alcance del concepto de insolvencia, siempre que comentan de la aplicación de los institutos concursales. Ello, por la misma razón que hemos venido señalando, ellos conciben siempre a la insolvencia como presupuesto de aplicación de tales institutos.

La Ley 22/2003, Concursal Española, no da definición del estado de insolvencia, sólo la describe como *el estado en que se encuentra el que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles*²².

Conde Díez dice que se ha entendido por insolvencia no al puro incumplimiento ni a la falta transitoria de medios de pago, sino a *la impotencia o incapacidad del patrimonio del deudor para cubrir sus deudas, un estado objetivo del patrimonio que se manifiesta o exterioriza a través de signos o síntomas*²³.

²² El 1 de septiembre de 2004 entró en vigor la nueva Ley Concursal que actualiza la dispositiva mercantil vigente sobre procesos de quiebra y suspensión de pagos de las empresas (Ley 22/2003).

²³ CONDE DÍEZ, Ricardo (2004). "Comentarios al artículo 2º". En: *Comentarios a la Legislación Concursal*, Madrid: Dykinson, cit. por RODRÍGUEZ MASEDA, Juan Carlos (2004). "Sobre el concepto de Insolvencia en

Carreras Llasana²⁴ ha distinguido entre diferentes clases de insolvencia, y señala que si bien algunos autores hablan de “insolvencia jurídica”, conformada por el mero hecho de la cesación de pagos, considera más relevante distinguir entre *insolvencia contable, que sería la constatable en la contabilidad del adeudado*, y la *insolvencia económica, determinada después de verificar los activos reales del deudor tras la correspondiente sustracción del pasivo contraído*. Advierte que en la contabilidad de un comerciante puede aparecer una situación de desbalance que no equivalga, en cambio, a una situación de insolvencia desde el punto de vista económico: las exigencias del plan contable obligan a valorar los activos de un comerciante, especialmente tratándose de sociedades con criterios de prudencia pero que no reflejan el valor en venta de los elementos del activo, y permiten en cambio contabilizar en el activo partidas que desde el punto de vista de la realización tienen valor nulo. *De modo que puede ocurrir que el deudor tenga un patrimonio que, atendiendo a los valores de mercado, cubra suficientemente el pasivo, aunque contablemente entrañe un desbalance*. Y también es posible la situación contraria.

Esta diferencia en la visión de la insolvencia tiene gran importancia: se rescata así a las empresas que operacionalmente generan resultados positivos y por lo mismo, flujo libre de caja positivo, independientemente que por su estructura financiera estén en una situación financiera compleja. Se reconoce así el valor económico positivo de una empresa que se encuentra en esa situación, y se la libera de la carga de la solución concursal.

A este respecto, Fernández De La Gándara²⁵ señala que el *concepto de concurso descansa ahora exclusivamente en la insolvencia*, entendida *ministerio legis* como *incapacidad permanente de un patrimonio para satisfacer todas las deudas que sobre él pesan*. El sobreseimiento en el pago, no pasa de ser, por tanto, más que una mera manifestación externa de la insolvencia. Si la insolvencia es un modo de ser del patrimonio que no requiere manifestarse en incumplimientos frente a obligaciones vencidas líquidas y exigibles, el incumplimiento es un modo de ser del deudor que se manifiesta en una actitud negativa frente a una deuda actual, líquida y exigible. Agrega que los redactores de la Ley Concursal, siguiendo el modelo alemán tradicional²⁶, han optado por hacer de la *insolvencia del deudor común el presupuesto objetivo de la declaración de concurso*. La cláusula general establecida

la Nueva Ley Concursal. Exégesis del artículo 2”. *Reflexiones jurídicas*, p. 4. Disponible en: <<http://www.rodriuezmaseda.com/reflexiones.asp?page=3>>.

²⁴ CARRERAS LLASANA, Jorge (1996). “La declaración de la quiebra”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 5, pp. 357-384, cit. por RODRÍGUEZ MASEDA (2004), pp. 5-6.

²⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (2004). “Los presupuestos de la declaración de concurso”. En *Comentarios a la Ley Concursal Madrid*, Pamplona: Marcial Pons, pp. 73-90.

²⁶ Lo mismo ha dicho SENENT MARTÍNEZ, esto es, que el proyecto de Ley concursal adoptaba el concepto de insolvencia del derecho alemán, entendido como una situación material o de fondo, que imposibilita el cumplimiento de las obligaciones, véase SENENT MARTÍNEZ, Santiago (2004). “La Nueva Regulación Concursal”. En *La nueva regulación concursal*, Madrid: Colex.

en la Ley Concursal Española acoge un concepto amplio de la insolvencia, en el que lo relevante es la imposibilidad del deudor de cumplir sus obligaciones con independencia de la causa subyacente. A partir de ahora *solo la insolvencia, concluye, entendida como incapacidad de cumplir regularmente las obligaciones exigibles justifica el reparto del déficit y la correlativa sustitución de las ejecuciones individuales por las colectivas, elemento definitorio del concurso.*

Como se aprecia, para el autor la insolvencia es el elemento definitorio, sin él no hay solución concursal. Y en cuanto a qué se entiende por insolvencia, este autor recorre el camino correcto, desde que subraya que la incapacidad de pago debe tener un sentido permanente, lo que lleva a que el análisis del patrimonio en crisis deba ser dinámico y proyectado, para concluir realmente si hay insolvencia.

Finalmente citaremos a Pulgar Ezquerro²⁷, por su impecable análisis exegético de la norma española. Dice que la ley toma una posición clara, cual es el tradicional modelo alemán mantenido en la Insolvenzordnung de 1994, *que sitúa en una situación económica de fondo (insolvencia) el presupuesto objetivo del concurso.* Agrega que durante la reforma de la Ley Concursal Española se ha debatido entre construir el concepto en torno a la impuntualidad o la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones. *Concluye considerando que definitivamente se debe estar a un concepto de insolvencia de fondo, que abandone cualquier relevancia generada por la iliquidez.* Conozcámoslo de su impecable redacción:

“En... el texto emanado de la Comisión General de Codificación y publicado en mayo de 2000, se optaba por definir la insolvencia como ‘aquella situación en que el deudor no puede cumplir con sus obligaciones’, con independencia de la causa a que responda esa imposibilidad, evitándose toda referencia a una situación de activo inferior al pasivo (desbalance), tradicional en el Derecho norteamericano o al quebrantamiento del crédito al modo del Derecho belga. Con base en ello, se suprimía todo debate en torno a la suficiencia de la falta de crédito por sí sola para imposibilitar el cumplimiento de las obligaciones, pues solo se encontrará en estado de insolvencia el deudor respecto del cual sea el activo inferior al pasivo y concurra, además, la falta de crédito, pues el concepto se centraba en la imposibilidad de pago. Tras el dictamen se introdujeron importantes modificaciones en el concepto legal de insolvencia, habiéndose vuelto, no obstante, en el texto definitivo de la Ley, a la originaria opción de la Comisión General de Codificación. En este sentido el artículo 2.2 del Proyecto de Ley Concursal establecía: ‘se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regular y puntualmente sus obligaciones exigibles’. Se añadía, por tanto, parece que en virtud de la aceptación por la Comisión en el Congreso de una de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios (enmienda núm. 232), a la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones la exigencia de que dicha imposibilidad deba referirse al cumplimiento ‘puntual’ y ‘regular’ de las obligaciones ‘exigibles’. La introducción de los requisitos de

²⁷ PULGAR EZQUERRA, Juana (2003). *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, p. 58, cit. RODRÍGUEZ MASEDA (2004), pp. 1-2.

exigibilidad de las obligaciones y regularidad en el cumplimiento, parecía concretar de manera positiva el concepto de insolvencia recogido originariamente en la reforma, pero no acontecía lo mismo respecto a la exigencia de puntualidad en el cumplimiento que conllevaba, a mi entender, una modificación sustancial, introduciendo un nuevo criterio de selección de empresas en crisis dentro del sistema. En efecto con los cambios introducidos en el concepto legal de insolvencia originariamente delimitado por la Comisión de Codificación, se trasladaba el centro del sistema del incumplimiento a la impuntualidad en el cumplimiento de las obligaciones, pues se encontraba en estado de insolvencia no solo aquel deudor que no podía cumplir sus obligaciones exigibles de modo regular sino, además, el que cumplía regularmente sus obligaciones pero con retraso por un problema de liquidez. Este cambio conceptual anticipaba notablemente el momento de apertura del concurso, no solo en supuestos de concurso voluntario a través de la insolvencia inminente, sino en todo caso, con independencia del carácter voluntario o necesario del concurso, sin que ello resultare justificado desde un punto de vista de política jurídica. En efecto, la impuntualidad en los pagos, aunque fuera generalizada, no puede servir como criterio determinante de una situación económica de fondo como la insolvencia, pues no constituye sino un “hecho externo” que, por sí mismo, no es más que una sospecha indiciaria de que algo va mal en la empresa, lo que justificaría una invasión en la esfera privada del empresario para dilucidar qué situación económica de fondo existe tras dicho retraso, pero no la declaración de un procedimiento concursal. Ello no resultaba, además, justificado bajo la consideración de los principios de política jurídica inspiradores del concurso pues, aunque falta en la nueva Ley una programática sobre los fines del concurso, como la contenida en el Derecho alemán o en el francés, sin embargo el apartado VI de la E. De M. de la nueva Ley Concursal establece acertadamente que la finalidad del concurso no es el saneamiento, esto es, el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas, sino la satisfacción de los intereses crediticios afectados por la crisis, por lo que no resultaba justificada la anticipación del momento de apertura del concurso a situaciones en que el deudor puede pagar, aunque sea con retraso, pues ello podría favorecer o propiciar un saneamiento empresarial, pero no justificaría el solapamiento de las ejecuciones singulares por las colectivas en que consiste todo procedimiento concursal y que solo deberían operar cuando sean insuficientes las primeras. Por ello probablemente en el texto definitivamente aprobado de la Ley, se ha vuelto al planteamiento originario de la Comisión de Codificación, definiéndose la insolvencia en el artículo 2.2 como aquella situación en que ‘el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles’, suprimiéndose acertadamente la referencia a la puntualidad. Sobre la base de este concepto, el centro del sistema vuelve a situarse en el incumplimiento de las obligaciones y no en la impuntualidad, encontrándose en insolvencia el deudor que está imposibilitado para cumplir regularmente sus obligaciones exigibles y no quién no podría proceder a dicho cumplimiento, aunque sea con retraso. *Se introduce, por tanto, un concepto amplio de insolvencia actual que coloca al juez del concurso en la situación de tener que determinar, caso por caso, si concurre una situación de insolvencia sin que se le proporcionen criterios legales sustanciales o temporales para determinar cuándo debe entenderse que el deudor está imposibilitado para cumplir sus obligaciones exigibles de modo regular, aun cuando la enumeración de manifestaciones externas de las que tiene que*

acompañarse la insolvencia en supuestos de concurso necesario puede facilitar esta determinación (artículo 2.4 LC)”.

1.5. *El origen del Proyecto y su solución aislada de la experiencia comparada*

El primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia²⁸ nos da las señales y los argumentos que tuvo a la vista el legislador chileno para arribar a la norma.

El profesor Contador Rosales, en tanto asesor de la Superintendencia de Quiebras, explicó a la Comisión, en lo que concierne al tema, que: “con las grandes diferencias que se han relatado respecto del marco jurídico vigente, cabe concluir que este proyecto representa una iniciativa completamente nueva, que modifica varias instituciones con el fin de hacer más plausibles los procesos de reorganización.

Señaló que: *cuando se habla de una situación de insolvencia, como presupuesto para la quiebra o la liquidación, y se propone que el deudor pueda defenderse acreditando que tal situación no existe, debe tenerse presente que el proyecto descansa sobre la base de causales más bien objetivas en beneficio de la rapidez del procedimiento que se establece. Indicó que quien no está en condiciones de pagar un título, hecho en que se ha fundado la petición de liquidación, revela claramente una situación de insolvencia e hizo presente que si bien podría pensarse que se trata de una falta de liquidez temporal, el proyecto se hace cargo de este supuesto posibilitando que el deudor se incorpore en un procedimiento de reorganización. Estimó que efectuar una variación sustancial y establecer la insolvencia como condición o supuesto de fondo de cualquier procedimiento de liquidación resulta muy engorroso en cuanto a la prueba. Ello porque existen varias alternativas para saber si existe un desequilibrio patrimonial entre el activo y el pasivo, entre las cuales cabe mencionar la contabilidad. En algunas ocasiones, la valorización de activos expresada en esta última no es la real, por lo que podría atenderse al valor de mercado de los activos para efectos de determinar si supera sustancialmente la situación del pasivo. Indicó que, además debería considerarse si se trata de activos susceptibles de ser liquidados o enajenados con rapidez, o que están ociosos, a pesar de estar sobrevalorizados en el ámbito contable. Ello implica una complejidad a nivel pericial, que atenta contra la velocidad del procedimiento, sin perjuicio de que durante el tiempo intermedio, se pueden producir situaciones complicadas, ya que el deudor, mientras se defiende a través de un prolongado examen pericial de la situación de insolvencia, podría dar pábulo para otras actuaciones. Hizo hincapié en que las causales objetivas permiten obrar con mayor rapidez que si se tuviese que determinar si el deudor es o no insolvente”.*

²⁸ Se trata del Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre los proyectos de ley refundidos que sustituyen el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas y perfeccionan el rol de la superintendencia del ramo, y que establecen la quiebra como causal de término de contrato de trabajo y adecuan normas de otras leyes. BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), en Segundo Trámite Constitucional y Primero Reglamentario.

De la explicación citada se revela que el legislador ha optado por la velocidad y la facilidad, como motores de la reforma, cuando se trata de definir su ámbito de acción. Es decir, se prefiere que las Empresas Deudoras entren en una solución concursal para, al interior, de ellas, resolver la cuestión de sus compromisos, más que poner las cosas en su lugar; a los meros incumplidores, la ejecución individual, a los insolventes, la solución concursal. Lo que no aclara esta tendencia es como se evitará, en el foro, la acción de los acreedores inescrupuloso a que me he referido. Y sorprende que se vea la posibilidad de la renegociación como una *tendida de mano* al deudor que, de haberse instalado el criterio correcto de establecer primero la insolvencia para incorporar luego la solución concursal, no habría estado enfrenado, forzosamente, a una solución concursal.

La *contra intuitividad* es la que no se logra resolver: definitivamente se ha querido ampliar el mundo de los concursos, quitándole espacio al de las ejecuciones. En tanto política pública resulta inexplicable.

1.6. Conclusión preliminar

Para concluir, no es entonces que se haya perdido la oportunidad de regular la insolvencia, sus alcances, sus fronteras, para crear un estricto ámbito de aplicación a lo concursal. Simplemente se ha prescindido de ella como supuesto del derecho concursal.

2. EL SUJETO PASIVO DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

2.1. Consideraciones generales sobre el sujeto pasivo

2.1.1. El sujeto pasivo en el Libro IV CCom

De acuerdo al artículo 1° inciso 2° del Libro IV CCom, el objeto del juicio de quiebras es “realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”. El sujeto pasivo de la quiebra, entonces, es una persona natural o jurídica. No se distingue en la citada norma respecto de los fines de la persona jurídica (con o sin fines de lucro) ni sobre si debe tratarse de personas jurídicas de derecho público, de derecho privado o si se incluyen ambas. No se señalan aquí tampoco como sujetos pasivos del procedimiento de quiebra a entidades que no tengan personalidad jurídica (p. ej. comunidades o asociaciones o cuentas en participación).

Pese a la aparente claridad del artículo 1° recién citado, la cuestión del sujeto pasivo no es en realidad tan simple. En primer lugar, para la doctrina que puede considerarse mayoritaria, procede la declaración de quiebra de cualquier persona jurídica²⁹, excepto del Fisco y de las personas jurídicas de derecho público. Ellos no

²⁹ Hacemos presente que existen ciertas personas jurídicas que se encuentran de algún modo exceptuadas del procedimiento concursal, como es el caso de los Bancos, las compañías de seguro y las empresas suministradoras de servicios básicos.

podrían ser sujetos pasivos del citado procedimiento, pues existe a su respecto un procedimiento especial, el Juicio de Hacienda, regulado en el Título XVI del Libro III del Código de Procedimiento Civil^{30,31}. Sobre las denominadas Empresas del Fisco, total o parcialmente estatales, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que desarrollan una actividad económica en el mismo ámbito que otras empresas privadas (p. ej. empresas de transporte), un sector minoritario plantea otra solución. Para Puga Vial, deben ser sujetas al régimen general concursal, salvo que una ley expresamente las exceptúe³². En el mismo sentido, Godoy Hales, recuerda que la actividad empresarial del Estado debe sujetarse al marco legal común, en conformidad al artículo 19 N° 21 de la Constitución, por lo que cumpliéndose los requisitos de esta norma, las empresas del Estado serán sujetos pasivos de la quiebra, salvo que una norma de quórum calificado expresamente las excluya³³.

La exigencia de que se trate de una persona natural o jurídica tampoco es absoluta. Así, pese a que en términos generales las comunidades y otras asociaciones sin personalidad jurídica no pueden ser declaradas en quiebra, el mismo Libro IV CCom establece una excepción para el caso de las comunidades hereditarias, que sí pueden ser objeto de este procedimiento, cumpliéndose determinados requisitos (cfr. artículo 50 Libro IV CCom).

2.1.2. *El sujeto pasivo en el nuevo procedimiento concursal*

El artículo 1° RPC, que establece su ámbito de aplicación dispone que “*La presente ley establece el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los*

³⁰ PUELMA ACCORSI, Álvaro (1985). *Curso de Derecho de Quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 4ª Edición, p. 32, quien señala que por estas razones, “al parecer, el procedimiento de quiebra sería inaplicable al Fisco”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2006). *Derecho Comercial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, T. IV, p. 69, amplía esta excepción a todas las personas jurídicas de derecho público. También participan de esta tesis, GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo (2011). *El Derecho de Quiebras*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª Edición, T. I, pp. 79-86.

³¹ Esta exclusión también se relaciona con el principio *Fiscus semper locuples* (también llamado *Fiscus semper solvens*). Éste viene de Ulpiano, para quien *fiscus semper idoneus successor sit et solvendo* (el Fisco es siempre sucesor idóneo y solvente), véase DOMINGO, Rafael (Dir.) (2006). *Principios de Derecho Global*, Navarra: Arazandi, 2ª Edición, p. 192. En el Derecho español, la Ley N° 22/2003 (Ley Concursal), dispone en su artículo 1.3 que “*No podrán ser declaradas en concurso las entidades que integran la organización territorial del Estado, los organismos públicos y demás entes de derecho público*”, exclusión que de acuerdo a la doctrina “responde a los motivos tradicionales (capacidad patrimonial teóricamente ilimitada de las Administraciones públicas, carácter no ejecutable de sus bienes, etc.), aunque la solución contraria, conocida en los EEUU, podría facilitar la solución de las crisis financieras de algunos Municipios, debidas a sucesos extraordinarios ... Por otro lado, la exclusión plantea a veces dificultades de delimitación, en relación con algunos entes públicos, sometidos en su actuación al Derecho privado”, VICENT CHULIÁ, Francisco (2010). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, T. II, pp. 1645-1646.

³² PUGA VIAL (2004), T. I, pp. 234-235.

³³ GODOY HALES, Eduardo (2011). “Comentario al artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio”. En: *Código de Comercio Comentado*, Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing, T. I, pp. 526-546.

pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora". Luego, el artículo 2° define varios de estos conceptos. Deudor es "toda Empresa Deudora o Persona Deudora, atendido el Procedimiento Concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera" (artículo 2° N° 12 RPC). Empresa Deudora es "toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta" (artículo 2° N° 13 RPC). Finalmente, Persona Deudora es "toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora" (artículo 2° N° 25 RPC). Los procedimientos concursales de la RPC, en consecuencia, tienen como sujeto pasivo ya sea a una Empresa Deudora o a una Persona Deudora.

La distinción entre ambas, puede verse, no se encuentra dada por el dualismo persona natural/persona jurídica, ya que se incluyen dentro del concepto de "empresa" a la totalidad de las personas jurídicas y, además, a personas naturales que cumplan uno de los siguientes requisitos: (i) ser contribuyentes de impuesto de primera categoría; o (ii) ser contribuyentes del impuesto establecidos en el artículo 42 N° 2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Por su parte, el concepto de Persona Deudora se refiere exclusivamente a las personas naturales, en tanto no se trate de aquellas consideradas empresas, a las que acabamos de hacer mención. A modo de síntesis, las personas jurídicas siempre serán empresas y las personas naturales también lo serán si cumplen determinados requisitos (de naturaleza tributaria) y, de no ser así, se considerarán Personas Deudoras.

En relación a lo anterior, aunque podría considerarse que la construcción de los sujetos pasivos de los procedimientos concursales se basa sobre un concepto propio de empresa, lo cierto es que ello no es así. Recordemos aquí, partiendo de un concepto jurídico de empresa, que entendemos por tal a aquella "organización dirigida por un empresario responsable, que es un intermediario entre productores y consumidores, que cuenta con capital y trabajadores, en que los riesgos corren por su cuenta y que está destinada a ejecutar, permanentemente, actos de comercio"³⁴. Cuando se trata de personas naturales, determina la RPC la calidad de deudor por la actividad que realice, declarando "empresas" a aquellos contribuyentes de primera categoría o del artículo 42 N° 2 de la Ley de la Renta, en tanto que las demás no lo serán, quedando cubiertas por la denominación residual de Personas Deudoras³⁵. En el caso de las personas jurídicas, simplemente se considera a todas

³⁴VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2013). *Sociedades*. Santiago: LegalPublishing-ThomsonReuters, p. 85.

³⁵En este sentido, es ilustrativa la opinión de la Superintendente de Quiebras, Josefina Montenegro, durante la tramitación del proyecto de ley, en cuanto a que "las personas deudoras son las personas naturales contribuyentes del N° 1 del artículo 42 de la ley sobre impuesto a la renta, es decir, los trabajadores dependientes, y aquéllos que no siendo trabajadores dependientes, igualmente son sujetos de crédito, como las dueñas de casa, los jubilados y los estudiantes, entre otras", BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), *Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado*, p. 25.

como empresas, sea cual sea la actividad que desarrollen. Dicho de otro modo, en el caso de las personas jurídicas estaremos, porque así lo determina la RPC, ante una Empresa Deudora, aunque en realidad el deudor no cumpla con los requisitos para ser considerado, en sentido propio, una empresa.

Analizado en términos generales el sujeto pasivo en la RPC, formularemos dos críticas en la forma en que se regula. En primer término, existe una confusión conceptual con respecto a la noción de Empresa Deudora, que se define a partir de persona jurídica y de persona natural; así, para la RPC, será Empresa Deudora una persona jurídica y, en determinados casos, una persona natural. Como vimos, esta identidad no es tal, pues siendo los conceptos de empresa y de persona natural/jurídica de naturaleza diversa, perfectamente puede ocurrir que ellos no coincidan respecto de un determinado deudor. Ello es especialmente relevante considerando la identidad absoluta que plantea la RPC entre las personas jurídicas y las empresas. Bien se sabe, sin embargo, que no toda persona jurídica es una empresa y que no toda empresa está organizada como una persona jurídica. En este sentido, la doctrina reciente ha vuelto sobre el punto, reiterando que “No debe confundirse la noción de empresa, actividad organizada, con las sociedades mercantiles, entidades morales que también suelen tener una constitución de empresa, pues el primer concepto es más amplio que este último y lo comprende íntegramente. De hecho, podemos indicar que la sociedad es el ropaje o revestimiento jurídico de una empresa”³⁶. En un sentido más preciso, que compartimos, JEQUIER LEHUEDÉ señala que “La sociedad, en efecto, constituye una forma o vehículo creado por el legislador para organizar la actividad empresarial, pero no es la empresa misma... En otros términos, la sociedad puede constituirse en empresario y sus socios o accionistas pueden a la vez administrar y manejar la empresa, pero ambas esferas no son asimilables en modo alguno”³⁷.

En síntesis, la RPC establece una identidad entre empresa y persona jurídica, por lo que para efectos concursales, toda persona jurídica será siempre empresa. Como dijimos, siguiendo a la doctrina, dicha identidad no existe o, al menos, no de forma necesaria. A modo de ejemplo, es posible que una persona (natural o jurídica) no sea una empresa, por no contener los elementos que tradicionalmente se exigen para ello, como sería el caso de una sociedad anónima constituida para administrar un edificio. Tampoco existirá identidad cuando se trata de multiplicidad de personas jurídicas que forman parte de una sola empresa, como ocurre en los tan discutidos casos de “multirut”, en que existe más de una identidad legal³⁸,

³⁶ VÁSQUEZ PALMA (2013), p. 86.

³⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2013). *Curso de Derecho Comercial*. Santiago: LegalPublishing-Thomson-Reuters, T. I, pp. 129-130.

³⁸ Cada sociedad, como persona jurídica que es, tiene su propia personalidad jurídica, con las consecuencias legales y tributarias que de ello se sigue.

pero una misma identidad material, ya que en realidad todas las personas jurídicas forman parte de una misma empresa³⁹.

En segundo lugar, consideramos que nuestro legislador perdió una valiosa oportunidad para tomar una posición clara respecto de la aplicabilidad del procedimiento concursal al Fisco, a las empresas fiscales y a las demás personas jurídicas de derecho público. La simple mención del artículo 2° de que la “empresa deudora” es una “persona jurídica privada, con o sin fines de lucro”, no es suficiente para dar por zanjada esta discusión de tan larga data y cuya resolución tendría importantes efectos prácticos. Piénsese, por ejemplo, en los casos de aquellas entidades públicas que realizan actividades empresariales que también son llevadas a cabo por privados, con quienes compiten (p. ej. transporte). ¿Es correcto que se les excluya del régimen concursal por el solo hecho de tener naturaleza pública? Nos parece que esta disposición debió ser objeto de mayor discusión, pues en principio la expresión “privada” obligaría a no considerar como sujetos pasivos a todas aquellas personas jurídicas “públicas”, sin existir suficiente fundamento para dicha exclusión del procedimiento concursal.

2.2. Sobre la calificación del deudor en el Derecho chileno

2.2.1. La calificación del deudor en el Libro IV CCom

La actual regulación concursal no limita la quiebra a los deudores que ejercen actividades comerciales⁴⁰. Como ya analizamos, se exige que se trate de una persona natural o jurídica (salvo las excepciones antes mencionadas), pero ésta puede dedicarse a cualquier actividad, tenga o no carácter mercantil, como sería el caso de los sujetos que ejercen actividades exclusivamente civiles (p. ej. los agricultores); es más, ni siquiera se exige que ellos tengan un fin de lucro⁴¹.

³⁹ Esta problemática es especialmente relevante en el Derecho del Trabajo, pues por vía de la filialización de una empresa, se afectan los derechos de sindicalización y de negociación colectiva de los trabajadores, que producto de este proceso, pasarán a ser dependientes de personas jurídicas distintas (falta de identidad legal), aunque la empresa siga siendo la misma (igual identidad material). Sobre esto, véase UGARTE CATALDO, José Luis (2013). “El concepto legal de empresa y el Derecho Laboral: Cómo salir del laberinto”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 185-213.

⁴⁰ La regulación original del Código de Comercio reservaba la quiebra exclusivamente a los deudores comerciantes. Posteriormente, la Ley N° 4.558 hizo extensiva la quiebra a toda clase de deudores, reservando un tratamiento más severo para el deudor comerciante. La Ley N° 18.175, actual Libro IV CCom, vino en mantener la aplicación de la quiebra a todo tipo de deudores, reservando un tratamiento más severo a aquellos que ejercen actividades comerciales, industriales, agrícolas o mineras. Véase GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011), T. I, pp. 60 y ss.

⁴¹ Sobre esto, véase PUGA VIAL (2004), T. I, pp. 233-234. En la jurisprudencia, véase Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de noviembre de 2002, Rol N° 1253-2002, que rechaza el argumento del fallido, pues considera que “su argumentación en el sentido que las Corporaciones no pueden ser declaradas en quiebra carece de asidero legal y doctrinario, atendido el texto expreso de la ley y la historia fidedigna de la

Si bien el procedimiento de quiebra es aplicable a todos los deudores, respecto de un grupo de ellos la ley reserva un tratamiento más severo. Se trata de los denominados deudores calificados. El Libro IV CCom distingue entre dos clases de deudores, aquellos calificados y los comunes (o no calificados). Es deudor calificado quien, de acuerdo a su artículo 41, “*ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola*”. La “calificación” no se da entonces por la calidad de comerciante del deudor, pues se incluyen actividades típicamente civiles⁴²⁻⁴³.

2.2.2. *La supresión de la calificación del deudor*

La RPC elimina la distinción entre deudores calificados y no calificados. Como vimos, se parte del concepto de “deudor” y desde ahí se distingue entre “Empresa Deudora” y “Persona Deudora”. Ahora bien, la existencia de dos grupos de sujetos pasivos de los procedimientos concursales no es baladí y, por supuesto, tiene efectos prácticos.

Las diferencias en el tratamiento concursal de la Empresa Deudora y la Persona Deudora, son de menor entidad a las que existen respecto de deudores calificados y no calificados, a que hicimos referencia en el apartado anterior. La primera distinción, y la más importante, se refiere a los procedimientos concursales que serán aplicables. En este sentido se manifestó expresamente la Superintendente de Quiebras durante la tramitación de la RPC, al señalar que “la consecuencia de calificar como persona deudora para los efectos de esta ley es que se someten al procedimiento de renegociación de las personas naturales. En tal sentido, resaltó

misma, que permiten concluir que en nuestra legislación a diferencia de otros países no solo los comerciantes pueden ser declarados en quiebra”.

⁴² Por esta razón, no se puede identificar el concepto de “deudor calificado” con el de “deudor comerciante”.

⁴³ En la práctica, la distinción entre estos tipos de deudores es importante por diversas razones: (i) El Deudor calificado debe solicitar su propia quiebra en los términos del artículo 41 Libro IV CCom. Si no lo hace, o lo hace extemporáneamente, su quiebra se presume culpable (cfr. artículo 219 Libro IV CCom) y pierde el derecho de pedir alimentos a la masa (cfr. artículo 60 Libro IV CCom); (ii) Existe una causal de quiebra específica para el deudor calificado, contenida en el artículo 43 N° 1 Libro IV CCom; (iii) Existen diferencias respecto de la determinación de la fecha de la cesación de pagos. Para el deudor no calificado será la fecha en que se produjo el primer vencimiento de alguno de los títulos ejecutivos que existen en su contra (cfr. artículo 62 Libro IV CCom). Para el calificado, en tanto, la ley no establece una fecha determinada, existiendo libertad para determinarla por parte del tribunal, con el límite de que no puede fijarse más allá de los dos años antes de la fecha de la declaratoria de quiebra (cfr. artículo 63 Libro IV CCom); (iv) Respecto del deudor calificado existen una serie de acciones revocatorias que no son aplicables al deudor no calificado (cfr. artículos 76 a 79 Libro IV CCom); (v) En relación a los delitos de la quiebra (quiebra fraudulenta y quiebra culpable), ellos sólo son aplicables respecto del deudor calificado. El deudor común, por su parte, eventualmente podrá ser sancionado en virtud del artículo 466 del Código Penal (insolvencia punible); y (vi) El deudor no calificado puede hacer cesión de sus bienes, posibilidad que no existe respecto del calificado (artículo 241 Libro IV CCom).

que la diferencia entre empresa y persona indica el procedimiento al cual será sometida una y otra”⁴⁴.

Respecto de las Empresas Deudoras será aplicable el Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial⁴⁵ y podrán ellas también celebrar Acuerdos de Reorganización Extrajudiciales o Simplificados⁴⁶, ambos tratados en el Capítulo III, “Del Procedimiento Concursal de Reorganización”, los que no se encuentran disponibles para las Personas Deudoras. Por su parte, el Procedimiento Concursal de Liquidación, que se divide en Liquidación Voluntaria⁴⁷ y Liquidación Forzosa⁴⁸, se encuentra regulado para la Empresa Deudora en el Capítulo IV, “Del Procedimiento Concursal de Liquidación”. En el caso de la Persona Deudora, existe un procedimiento concursal sólo aplicable a ella: el Procedimiento Concursal de Liquidación⁴⁹, regulado en el Capítulo V, “De los Procedimientos Concursales de la Persona Deudora”. Su liquidación, ya sea voluntaria o forzosa, también se encuentra tratada en este Capítulo. Así, los artículos 273 a 281 RPC, regula la Liquidación Voluntaria de los Bienes de la Persona Deudora⁵⁰. Por su parte, los artículos 282 a 286 RPC, se refieren a la Liquidación Forzosa de los Bienes de la Persona Deudora⁵¹.

La otra distinción dice relación con las acciones revocatorias, reguladas en el Capítulo VI, “De las Acciones Revocatorias Concursales”. Estas acciones pueden interponerse una vez que se hayan iniciado algunos de los procedimientos con-

⁴⁴ BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), *Primer Informe de la Comisión de Economía del Senado*, p. 25.

⁴⁵ Artículo 54 inciso 1° RPC: “El Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial será aplicable sólo a la Empresa Deudora, que para efectos de este Capítulo se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor”.

⁴⁶ Artículo 102 RPC: “Legitimación. Toda Empresa Deudora podrá celebrar un Acuerdo de Reorganización Extrajudicial o Simplificado con sus acreedores y someterlo a aprobación judicial, conforme a lo establecido en el presente Título. Para los efectos de este Título se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor”.

⁴⁷ Artículo 115 inciso 1° RPC: “Ámbito de aplicación y requisitos. La Empresa Deudora podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su Liquidación Voluntaria...”.

⁴⁸ Artículo 117 inciso 1° RPC: “Ámbito de aplicación y causales. Cualquier acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora...”.

⁴⁹ Artículo 260 RPC: “Ámbito de aplicación y requisitos. El Procedimiento Concursal de Renegociación será aplicable sólo a la Persona Deudora, que para efectos de este Capítulo se denominará indistintamente Persona Deudora o Deudor”.

⁵⁰ Artículo 273 RPC: “Ámbito de aplicación y requisitos. Toda Persona Deudora podrá solicitar ante el tribunal competente la liquidación voluntaria de sus bienes...”.

⁵¹ Artículo 282 RPC: “Causal para solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación de los bienes de una Persona Deudora. Mientras no se declare la admisibilidad de un Procedimiento Concursal de Renegociación de una Persona Deudora, cualquier acreedor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de los bienes de la Persona Deudora, siempre que existieren en contra de ésta dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no se hubieren presentado dentro de los cuatro días siguientes al respectivo requerimiento, bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas”.

cursoales señalados en la RPC⁵²⁻⁵³. En particular, existen las siguientes diferencias en su regulación, según sea el tipo de deudor de que se trate:

i. Respecto de los pagos anticipados, en ambos casos se señala que “*Todo pago anticipado, cualquiera fuere la forma en que haya tenido lugar*” hace procedente la acción revocatoria (cfr. artículos 287 N° 1 y 290 N° 1 RPC). Sin embargo, en el caso de la Empresa Deudora, se agrega que “*anticipa el pago también cuando descuenta efectos de comercio o facturas a su cargo y cuando lo realiza renunciando al plazo estipulado en su favor*” (artículo 287 N° 1 RPC).

ii. En el caso de las Personas Deudoras, se hace expresamente aplicable la acción pauliana civil, consagrada en el artículo 2468 del Código Civil. Así, se dispone que “*Tratándose de otros actos ejecutados o de contratos celebrados a título oneroso, con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal respectivo, se estará a lo dispuesto en el artículo 2468 del Código Civil, presumiéndose que la Persona Deudora conocía el mal estado de sus negocios antes del inicio del Procedimiento Concursal respectivo*” (artículo 290 inciso final RPC). Aunque no se dice expresamente en la citada norma, esta acción pauliana presenta una importante diferencia con la del artículo 2468 del Código Civil, por cuanto se interpone en interés de la masa y no solamente del acreedor que la demanda (cfr. artículo 291 inciso 2° RPC). A su vez, parece ser que la falta de referencia haría inaplicable la acción pauliana civil a la Empresa Deudora.

iii. Respecto de las Empresas Deudoras, se establece una causal de revocabilidad denominada “*subjetiva*”, en virtud de la cual serán revocables todos los actos ejecutados o los contratos celebrados por ella con cualquier persona, dentro de los dos años inmediatamente anteriores al inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización o de Liquidación, siempre que se acredite: (a) El conocimiento del contratante del mal estado de los negocios de la Empresa Deudora; y, (b) Que el acto o contrato causa un perjuicio a la masa o altera la posición de igualdad que deben tener los acreedores en el concurso⁵⁴ (artículo 288 RPC).

⁵² Artículo 287 RPC: “*Revocabilidad objetiva. Iniciados los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación, los acreedores podrán y el Veedor o el Liquidador, en su caso, deberá deducir acción revocatoria concursal respecto de los siguientes actos ejecutados o contratos celebrados por la Empresa Deudora dentro del año inmediatamente anterior al inicio de estos procedimientos...*”.

⁵³ Artículo 290 RPC: “*Actos o contratos revocables celebrados por la Persona Deudora. Iniciados los Procedimientos Concursales de Renegociación o de Liquidación de los Bienes la Persona Deudora, los acreedores podrán deducir acción revocatoria concursal, respecto de los siguientes actos ejecutados o contratos celebrados por la Persona Deudora dentro del año inmediatamente anterior al inicio de estos procedimientos...*”.

⁵⁴ Artículo 288 N° 2 RPC: “*... Se entenderá que existe perjuicio cuando las estipulaciones contenidas en el acto o contrato se alejen de las condiciones y precios que normalmente prevalezcan en el mercado para operaciones similares a la época del acto o contrato. Tratándose de la venta o permuta de activos, sólo se considerarán como ingresos los montos efectivamente percibidos por la Empresa Deudora producto de la transacción a la fecha de la interposición de la acción de revocabilidad o el valor que el tribunal asigne respecto de los bienes dados en permuta*”.

iv. Son también causales de revocabilidad para las Empresas Deudoras, las reformas a los pactos o estatutos sociales, que se realicen dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del Procedimiento Concursal respectivo, sólo en el caso que importaren la disminución del patrimonio del deudor.

2.3. *La oposición del deudor*

2.3.1. *Situación en el Libro IV CCom*

En el actual procedimiento, la posibilidad de defensa del deudor previa a la dictación de la sentencia que declara la quiebra, es muy limitada y se encuentra regulada en el artículo 45 inciso 2º Libro IV CCom, según el cual “*La audiencia del deudor sólo tendrá carácter informativo, no dará lugar a incidente, y en ella éste podrá consignar fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra y las costas correspondientes, en cuyo caso no procederá la declaración de quiebra*”. El tenor de esta disposición tiene como fundamento, precisamente, la situación anterior a la Ley Nº 18.175, en que el deudor aprovechaba esta instancia para presentar todo tipo de incidencias, excepciones y defensas y con ello dilatar la dictación de la sentencia de quiebra⁵⁵. Sobre la justificación de esta aparente excepción al principio de bilateralidad, se ha dicho en la doctrina que el procedimiento de quiebra se basaría en un modelo de contradictorio postergado, en que la fase de discusión y conocimiento se reserva para el recurso especial de reposición⁵⁶.

Una cuestión especialmente difícil de resolver respecto de la citada norma, es el alcance de las expresiones “sólo tendrá carácter informativo” y “no dará lugar a incidentes”. Como muestra de esta complejidad, se han planteado tres tesis en la doctrina nacional. Para Gómez/Eyzaguirre, los antecedentes que exponga el deudor sólo pueden ser considerados por el tribunal como datos ilustrativos para mejor resolver, al apreciar la procedencia o improcedencia de la acción, interpretación que relacionan con la obligación del juez de “cerciorarse por todos los medios” de la efectividad de la o las causales invocadas (cfr. artículo 45 inciso 1º Libro IV CCom)⁵⁷⁻⁵⁸. Según Puga Vial, en esta oportunidad el deudor puede presentar sus descargos y desvirtuar la presunción de insolvencia que constituye

⁵⁵ SANDOVAL LÓPEZ (2006), T. IV, p. 71.

⁵⁶ PUGA VIAL (2004), T. I, pp. 253-254.

⁵⁷ GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011), T. I, pp. 177-178. Para estos autores, la intervención del deudor puede asimilarse a la del deudor que se apersona al juicio ejecutivo antes de la dictación del mandamiento de ejecución y embargo, conforme al artículo 441 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil.

⁵⁸ Se trata de la obligación que el legislador impone al juez que conoce de la solicitud de quiebra, según la cual “*El juzgado se pronunciará sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor, y deberá cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas*” (artículo 45 inciso 1º Libro IV CCom).

la causal o acreditar de modo irrefutable su solvencia. La prohibición de incidentes, estima, significa que el juez está limitado al mérito de la audiencia y a las medidas oficiosas que estime adecuadas para resolver la solicitud de quiebra, no pudiendo abrir término probatorio o dictar resoluciones distintas a las propias de la quiebra (p. ej. objetar documentos). Luego, el carácter informativo consiste en que el deudor no debe presentar pruebas en un sentido técnico-procesal, sino que debe exponer sus defensas, siendo el juez quien debe cerciorarse de la causal invocada, independiente de lo que expongan las partes⁵⁹. Finalmente, Puelma Accorsi considera que el deudor puede expresar en carácter de informativo todo lo que corresponda a sus derechos, sin que ello dé lugar a incidentes. El juez, por su parte, puede recibir la solicitud a prueba cuando existan hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos⁶⁰.

Fuera de las distintas interpretaciones ya citadas, lo cierto es que el actual procedimiento puede ser objeto de sendas críticas desde la perspectiva del respeto a la garantía constitucional del debido proceso (cfr. artículo 19 N° 3 inciso 6° Constitución), en tanto la celeridad del proceso no puede pasar a llevar el derecho a defensa del deudor, en especial considerando los gravísimos efectos jurídicos y económicos que conlleva la declaración de quiebra. En este sentido, Godoy Hales, criticando la sentencia del Tribunal Constitucional que rechaza la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 45 Libro IV CCom⁶¹, expresa que el fallo “sólo trasunta el total desconocimiento de los efectos y la magnitud de los efectos de la quiebra, los que de haber sido analizados más profundamente habría significado establecer un estándar de protección mayor al demandado, a lo que se contempla en otros procedimientos que operan bajo la modalidad retardada”⁶².

⁵⁹ PUGA VIAL (2004), T. II, pp. 303-304.

⁶⁰ PUELMA ACCORSI (1985), p. 48.

⁶¹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1239, de 22 de enero de 2009 (requerimiento de inaplicabilidad de Agrícola Lago Dial Limitada respecto del artículo 45, incisos primero y segundo, de la Ley de Quiebras, en la causa Rol N° 61.308-2008, del 30° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Agromas S.A. con Agrícola Lago Dial Limitada”). En dicha sentencia, se señala que “*el precepto impugnado no impide el derecho de defensa y prueba del deudor, sino que lo limita temporalmente en el último aspecto. La audiencia le permite formular todas las alegaciones que le resulten apropiadas, incluidas las que versen sobre la existencia de la obligación, la eficacia del título o la insolvencia. La plena actividad probatoria de las partes está restringida por la ausencia de un término dentro del cual rendirla, que es sustituida por la obligación del juez de cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de la causal invocada, lo que permite al deudor proporcionar los antecedentes que, de manera auténtica e irrefutable, en esta fase habiliten al tribunal para formarse la convicción de que es improcedente la declaratoria de quiebra*”. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1200, 10 de marzo de 2009 (requerimiento de inaplicabilidad de Hinrichsen Trading S.A. respecto del artículo 45, incisos primero y segundo, del Título IV “De la Declaración de Quiebra”, del Código de Comercio, y del artículo 26, inciso segundo, del Decreto Ley N° 3.475, de 1980, Ley de Timbres y Estampillas, que incide en la causa Rol N° 60.910-2008, seguida ante el 30° Juzgado Civil de Santiago).

⁶² GODOY HALES, Eduardo (2011). “Comentario al artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio”. En: *Código de Comercio Comentado*, Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing, T. I, pp. 572-581, 578-579.

Los problemas de esta disposición no terminan ahí, pues tampoco se señala el plazo ni la forma en que se debe llevar a cabo esta “audiencia”. En la práctica, los tribunales dan traslado y no fijan un comparendo⁶³. Se discute, sin embargo, el plazo para evacuar este traslado. Para Puelma Accorsi, es el del juicio ordinario de mayor cuantía, dado el carácter supletorio de este procedimiento⁶⁴. Puga Vial, en cambio, considera que dicho plazo no se ajusta con la celeridad requerida en el procedimiento de quiebra; en consecuencia, estima debe ser de tres días, puesto que las normas de los incidentes son las supletorias en el procedimiento de quiebras, aunque no se trate de materias accesorias (cfr. artículo 5° Libro IV CCom). Gómez/Eyzaguirre, por su parte, consideran que el plazo queda entregado a la prudencia del juez, que podría depender de la complejidad de la solicitud, según el caso particular, y que en la práctica los tribunales proveen traslado dentro de tercero día al deudor⁶⁵.

2.3.2. *El juicio de oposición en la Reforma*

En la regulación del procedimiento de liquidación forzosa de la Empresa Deudora, la RPC señala expresamente cuáles son las actitudes que puede tomar el deudor en la Audiencia Inicial⁶⁶.

Nos detendremos en la posibilidad que la Empresa Deudora se oponga a la demanda de liquidación, pues –aunque la hemos condenado por su contenido, en tanto atribuye al juicio concursal una mera discusión de cumplimiento de obligaciones– se trata de una innovación procesal interesante introducida por la RPC⁶⁷. La oposición da lugar a lo que en el nuevo procedimiento se denomina “Juicio de Oposición” (cfr. artículos 121 y ss. RPC). Debe realizarse por escrito⁶⁸,

⁶³ Como destaca PUELMA ACCORSI (1985), p. 48, “Cuando la ley ordena la audiencia de una parte, se entiende que debe oírse, y si no ha señalado una forma especial, es mediante el mero traslado y no el comparendo”.

⁶⁴ PUELMA ACCORSI (1985), p. 48.

⁶⁵ GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011), T. I, p. 177.

⁶⁶ Como ya dijimos: (i) consignar fondos para el pago del crédito y las costas; (ii) allanarse a la demanda; (iii) acogerse al procedimiento concursal de reorganización; y (iv) oponerse a la demanda de liquidación forzosa (cfr. artículo 120 RPC). En el caso de la Persona Deudora, se establece que en la Audiencia puede: (i) consignar fondos para el pago del crédito y las costas; (ii) allanarse a la demanda; y (iii) oponerse a la demanda de liquidación forzosa, aunque en este caso la oposición es más limitada (cfr. artículo 284 RPC).

⁶⁷ En el caso de la Persona Deudora, también se establece este Juicio de Oposición, aunque el alcance de las defensas del deudor es mucho más limitado. Así, de acuerdo al artículo 284 N° 2 letra c) RPC, la Persona Deudora podrá “Oponerse a la demanda de liquidación forzosa, en cuyo caso se observarán las disposiciones del Párrafo 3 del Título 1 del Capítulo IV de esta ley. La oposición del deudor sólo podrá fundarse en las causales previstas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil”.

⁶⁸ Aunque el encabezado del artículo 120 RPC, que trata de las actitudes que puede tomar el deudor en la Audiencia Inicial, dispone que “el Deudor podrá proponer por escrito o verbalmente alguna de las actuaciones señaladas en los literales siguientes”, lo que daría a entender que la oposición podría también formularse

en la Audiencia Inicial, y el deudor debe (i) señalar las excepciones opuestas y defensas invocadas, así como sus fundamentos de hecho y de derecho; (ii) ofrecer todos los medios de prueba de que pretenda valerse, estando regulados los medios de prueba admisibles en el artículo 122 RPC; y (iii) acompañar toda la prueba documental pertinente (cfr. artículo 121 RPC)⁶⁹. Presentada la oposición, el juez constatará el cumplimiento de los requisitos legales y, si procede, tendrá por opuesto al deudor a la liquidación forzosa y por acompañados los documentos presentados; de no cumplirse los requisitos, deberá dictar la Resolución de Liquidación (cfr. artículo 123 RPC).⁷⁰ Finalmente, en cuanto a la sentencia que falle la oposición, sea que la acepte o rechace, debe cumplir con los requisitos del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; en el segundo caso, porque junto al rechazo debe dictarse la respectiva Resolución de Liquidación (cfr. artículos 128 y 129 RPC)⁷¹.

Nos parece interesante la introducción de esta figura en lo que se refiere al necesario e ineludible respeto del debido proceso y los severos efectos jurídicos y económicos que tiene sobre el deudor la apertura del procedimiento de liquidación⁷².

Aunque desde la perspectiva del debido proceso estimamos adecuada la regulación legal, que establece la oportunidad procesal para la oposición del deudor, el contenido de dicho escrito, los medios de prueba admitidos, la posibilidad de recibir la causa a prueba y los plazos y la forma en que deben desarrollarse las audiencias que forman parte de esta etapa procesal (Audiencia Inicial, Audiencia de Prueba y Audiencia de Fallo), las diversas materias que deben analizarse por el tribunal

por escrito, el artículo 121 RPC utiliza la expresión “escrito de oposición”, por lo que nos parece que esta facultad no puede ejercerse verbalmente.

⁶⁹ Lo que consiste en una relevante distinción del legislador, pues salvo las situaciones excepcionales tratadas en el artículo 122 N° 4 RPC, esta prueba debe necesariamente acompañarse al escrito de oposición.

⁷⁰ En caso que se tenga por opuesto al deudor, el tribunal podrá recibir la causa a prueba, de existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, caso en que deberá citar a las partes a una Audiencia de Prueba, que deberá realizarse al quinto día hábil siguiente a la Audiencia Inicial (cfr. artículo 124 N° 3 RPC) y se realizará en la forma dispuesta en el artículo 126 RPC. Si no recibe la causa a prueba o luego de la Audiencia de Prueba, el juez deberá citar a las partes a la Audiencia de Fallo, la que deberá celebrarse el décimo día hábil desde el término de la Audiencia de Prueba, existan o no diligencias pendientes (artículo 126 inciso 4° RPC). Nada dice la RPC sobre el plazo de esta audiencia en caso de no recibirse la causa a prueba, por lo que creemos que en tal caso el plazo de diez días hábiles debe contarse desde la Audiencia Inicial (artículo 126 inciso 4° en relación al artículo 124 N° RPC).

⁷¹ Aunque el artículo 128 sólo establece este requisito respecto de la sentencia que acoge la oposición, consideramos que la resolución que la rechaza también debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procedimiento Civil. Esto se reafirma en el hecho que en dicho caso debe dictarse Resolución de Liquidación, resolución que de acuerdo al artículo 129 RPC debe cumplir con dicho requisito.

⁷² Aunque los jueces deban ser celosos en su aplicación, de allí que habrá que ser cauteloso respecto a sus consecuencias prácticas. No puede olvidarse que fue precisamente la utilización de esta instancia con fines dilatorios durante la vigencia de la Ley N° 4.558, lo que llevó a la regulación en términos restrictivos del actual artículo 45 Libro IV CCom.

en cada una de ellas⁷³, pueden llevar a que en la práctica se llegue a soluciones extralegales en su desarrollo, dada la eventual dificultad para cumplirlas todas en los citados plazos legales⁷⁴.

3. RÉGIMEN DE RECURSOS

3.1. Situación en el actual procedimiento

El actual artículo 56 Libro IV CCom dispone que en contra de la sentencia que declara la quiebra sólo procede el recurso especial de reposición, regulado en la misma ley⁷⁵. En contra de aquella resolución que la rechaza, por expresa disposición legal no procede dicho recurso, sino que el de apelación en ambos efectos (cfr. artículo 59 Libro IV CCom)⁷⁶. Sobre su naturaleza jurídica, se ha señalado que no tiene relación con el recurso de reposición regulado en el Código de Procedimiento Civil, por tener diversos elementos que lo diferencian, lo que se confirmaría por la expresión “especial” utilizada en la ley⁷⁷. Es más, para PUGA VIAL no se trata propiamente de un recurso, sino que corresponde al trámite de la oposición a la ejecución colectiva o, como él lo denomina, el contradictorio postergado⁷⁸.

Respecto de los recursos que proceden en contra de la resolución que falla la reposición, hay que distinguir. De acuerdo al artículo 59 inc. 2° Libro IV CCom, “*La sentencia que acoja la reposición será apelable en ambos efectos*”⁷⁹. En cambio, en

⁷³ Recordemos que además de los procedimientos concursales, el tribunal deberá conocer de todos aquellos casos respecto de los cuales tiene competencia, en su calidad de tribunal ordinario, con competencia común.

⁷⁴ A modo de ejemplo, se dispone que la Audiencia de Fallo debe realizarse diez días hábiles después del “término” de la Audiencia de Prueba y no del “día” de la Audiencia, lo que podría dar paso a que el tribunal lleve a cabo esta audiencia en días sucesivos y no en una única oportunidad, dilatándose así el procedimiento.

⁷⁵ El objeto a pedir de este recurso es que el tribunal “*reponga la resolución declaratoria de quiebra, dejándola sin efecto o rectificándola en cuanto a la determinación a que se refiere el número 1 del artículo 52°*” (artículo 57 inciso 1° Libro IV CCom).

⁷⁶ En este caso, la ley no dice nada sobre la procedencia de otros recursos además de la apelación en ambos efectos. Existe discusión sobre la procedencia de otros recursos. Para CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2010). *Insolvencia y Quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 138, también procede, según las reglas generales, el recurso de casación en la forma. Para PUGA VIAL (2004), T. II, pp. 359 y ss., en cambio, debe distinguirse según si la resolución que falla el recurso especial de reposición es una sentencia definitiva (cuando resuelve sobre la declaración de quiebra) o una sentencia interlocutoria (cuando resuelve sobre la calidad del deudor); sólo en el primer caso procedería la casación en la forma, pues en el segundo la resolución no es de aquellas que pone término al juicio o hace imposible su continuación.

⁷⁷ GODOY HALES, Eduardo (2011). “Comentario al artículo 56 del Libro IV del Código de Comercio”. En: *Código de Comercio Comentado*, Santiago: AbeledoPerrot-LegalPublishing, T. I, pp. 589-591.

⁷⁸ PUGA VIAL (2004), T. II, pp. 333-334.

⁷⁹ Como destaca PUGA VIAL (2004), T. II, p. 360, parece absurdo que la norma no distinga la posibilidad que la sentencia se refiera sólo a la calificación del deudor. Así, aunque la calificación del deudor sea lo único que se discuta, durante la tramitación del recurso de apelación se paralizará el avance del juicio.

contra de la sentencia que la rechaza, procede la apelación, pero en el solo efecto devolutivo⁸⁰. A su vez, existe discusión sobre la procedencia del recurso de casación en la forma y en el fondo en estos casos⁸¹.

3.2. Régimen de recursos en la Reforma

La RPC establece en su artículo 4º un nuevo régimen de recursos, que cambia radicalmente la situación actual. Se elimina el recurso especial de reposición antes analizado y se regulan expresamente los recursos de reposición, de apelación y de casación.

Sobre el recurso de reposición, se señala simplemente que “*procederá contra aquellas resoluciones susceptibles de este recurso conforme a las reglas generales*” (artículo 4º N° 1 RPC), por lo que debemos entender que se refiere solamente a los autos y decretos, en conformidad al artículo 181 del Código de Procedimiento Civil⁸². La tramitación de esta reposición, sin embargo, presenta diferencias frente a las reglas generales. Se establece un plazo de tres días hábiles (no cinco) y el tribunal podrá fallar de plano o previa tramitación incidental (no sólo de plano, como señala formalmente el mencionado artículo 181). A su vez, se establece que en contra de la resolución que falle la reposición “no procederá recurso alguno”, situación que creemos no es idéntica a la del artículo 181 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que “*la resolución que niegue lugar a esta solicitud será inapelable; sin perjuicio de la apelación del fallo reclamado, si es procedente el recurso*”. Aunque el artículo 4º no lo menciona expresamente, lo cierto es que en ciertos casos el recurso de reposición deberá ser interpuesto verbalmente y en la misma audiencia, lo que también significa una excepción a las normas generales (p. ej. artículos 125, 131 letra d), 190 N° 5, 204 letra b) y artículo 219 RPC).

Respecto del recurso de apelación, el artículo 4º N° 2 RPC señala que “*procederá contra las resoluciones que esta ley señale expresamente y deberá interponerse dentro del plazo de cinco días contado desde la notificación de aquéllas. Será concedida*

⁸⁰ Véase CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2010). *Insolvencia y Quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 136, quien destaca que “aun cuando la ley no dice nada al respecto, la doctrina ha llegado a la solución de que procede en el solo efecto devolutivo, basándose en que en contra de toda sentencia definitiva procede un recurso de apelación y que según el inciso 2º del artículo 5º, salvo las excepciones que expresamente contempla la ley, y en este caso no contempla ninguna, las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo”.

⁸¹ Por ejemplo, para CONTRERAS STRAUCH (2010), p. 138, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones que falla el recurso de apelación, proceden los recursos de casación en la forma y en el fondo. PUGA VIAL (2004), T. II, pp. 359 y ss., por su parte, distingue si se trata de sentencias definitivas o interlocutorias.

⁸² Se establece, sin embargo, una excepción a esta regla en el artículo 124 N° 1 Libro IV CCom, que dispone que en contra de la resolución que recibe la causa a prueba en el Juicio de Oposición del Procedimiento Concursal de Liquidación Forzosa, procede el recurso de reposición. Como se sabe, la naturaleza jurídica de esta resolución es la de una sentencia interlocutoria de primer grado, y no la de un auto o decreto.

en el solo efecto devolutivo, salvo las excepciones que esta ley señale y, en ambos casos gozará de preferencia para su inclusión en la tabla y para su vista y fallo. En el caso de las resoluciones susceptibles de recurrirse de reposición y de apelación, la segunda deberá interponerse en subsidio de la primera, de acuerdo a las reglas generales". Se trata, entonces, de un recurso de derecho estricto, en el que no se distingue según la naturaleza de la resolución recurrida para efectos del plazo para interponerlo y que en aquellos casos que procederá conjuntamente con la reposición, deberá interponerse en forma subsidiaria. No decimos que se concederá siempre en el solo efecto devolutivo, pues como bien señala la citada norma, en la RPC existen excepciones en que procede en ambos efectos (p. ej. artículo 128 RPC). La preferencia de que goza para su agregación en tabla y para su vista y fallo, aunque tiene el meritorio fundamento de la necesidad de celeridad que informa el procedimiento concursal, ha sido objeto de cuestionamiento por parte de la Corte Suprema, la cual ha expresado que "*respecto a las agregaciones extraordinarias y preferencias... ellas deben ser reservadas sólo para casos excepcionales, cuya necesidad de solución inmediata sea equivalente a la requerida en la acción de amparo o protección, situación que hace cuestionar que en materia de quiebra –a pesar de su importancia– sea necesario establecer tal preferencia*"⁸³.

Finalmente, se trata de una manera extremadamente sintética el recurso de casación. La RPC dispone que procederá la casación "*en los casos y en las formas establecidas en la ley*" (artículo 4° N° 3 RPC), sin siquiera distinguir respecto de los dos tipos de casaciones que reconoce nuestro ordenamiento (casación en el fondo y en la forma), los que presentan elementos diversos. A mayor abundamiento, la elección del legislador no es consistente, pues luego vuelve a tratar estos recursos en otras disposiciones: en el artículo 89 RPC, respecto de la aprobación y vigencia del Acuerdo de Reorganización Judicial, y en el artículo 259 RPC, a razón del Acuerdo de Reorganización Judicial que pone término al Procedimiento Concursal de Liquidación. A su vez, contra el fallo de segunda instancia en contra de la sentencia que acoge o rechaza la oposición del deudor a la liquidación forzosa "*no procederá recurso alguno, sea ordinario o extraordinario*" (artículo 128 incisos 1° y 2° RPC), con lo que sería improcedente tanto la casación en la forma como en el fondo. Nos parece que si se pretendió que estas normas fueran una excepción a la remisión a las reglas generales, una buena técnica legislativa habría sido incorporar esta referencia al artículo 4° N° 3 RPC, como lo hace el artículo 4° N° 2 RPC en lo que se refiere a los efectos en que se concederá el recurso de apelación.

⁸³ Véase Corte Suprema, Oficio N° 59-2012, de 27 de junio de 2012, que informa (desfavorablemente) el Proyecto de Ley que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo (Boletín N° 8324-03).

4. ACUERDOS DE REORGANIZACIÓN. SU OBJETO Y TRATAMIENTO APLICABLE A LOS ACREEDORES PRENDARIOS E HIPOTECARIOS

4.1. Consideraciones generales

Ha sido una materia más o menos conteste en la doctrina, la necesidad de corregir la actual estrechez o inflexibilidad de los convenios al amparo de la ley de quiebras. De acuerdo al mensaje del Ejecutivo en la nueva ley de quiebras, no parece justificado que solamente se convoque a los acreedores valistas si lo que busca el convenio es precisamente ser una solución global que necesariamente deba considerar a los acreedores privilegiados.

Así, la nueva ley de quiebras considera esencial para dar mayor aplicación y utilización a los acuerdos de reorganización, entre otros aspectos, hacer parte de los mismos a los acreedores hipotecarios o prendarios, quienes ya no perderán sus preferencias por el hecho de votar favorablemente un acuerdo de reorganización.

Sin duda, que es un cambio fundamental en materia de quiebras y reorganización de pasivos. Hoy, la ley de quiebras (viendo a los convenios más como un mecanismo de pago aislado de la necesidad de contar con una reorganización en sentido amplio, como sí parece ser el objetivo de la nueva ley) excluye expresamente a los acreedores hipotecarios y prendarios.

No obstante, hay temas que aún creemos quedan abiertos, habiendo quizás perdido el legislador la oportunidad de regularlos a cabalidad. Sin perjuicio de lo anterior, creemos que quizás algunos de ellos pueden ser resueltos por la vía jurisprudencial, sobre todo considerando el mayor nivel de especialización que –se espera– tendrán los jueces en estas materias.

4.2. Aspectos de interés en el contexto de los acuerdos de reorganización de acreedores hipotecarios y prendarios

4.2.1. Protección Financiera Concursal. Rol de los acreedores hipotecarios y prendarios

La nueva ley de quiebras establece que el procedimiento concursal de reorganización se iniciará mediante la presentación de una solicitud ante el tribunal correspondiente a su domicilio (artículo 54). Acompañados los antecedentes requeridos –uno de los cuales es el certificado emitido por auditores externos, que podría convertirse en una barrera de entrada para la presentación de este tipo de solicitudes– el tribunal dictará una resolución en la cual, entre otras materias, se establecerá que durante el plazo de 30 días siguientes la Empresa Deudora gozará de la Protección Financiera Concursal, es decir, comenzará un período en el cual no podrá solicitarse ni declararse su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en los juicios de arrendamiento (artículo 57 N° 1).

Este punto es un notorio avance porque el hecho que la Protección Financiera Concursal ocurra independientemente del apoyo o no que de dicho acuerdo hagan los acreedores en forma anticipada, como ocurre con la legislación actual, pone a la legislación chilena en un sitio similar a las legislaciones más avanzadas en materia de reestructuración⁸⁴.

Así, hasta este punto, los acreedores hipotecarios o prendarios no juegan un rol relevante. Los acreedores hipotecarios y prendarios sólo jugarán un rol en este estado del proceso en el evento que el deudor los requiera para cumplir con el quorum requerido para obtener una prórroga de la Protección Financiera Concursal (30 días también nuevamente prorrogables)⁸⁵.

Sin perjuicio de reconocer el avance en la materia (incluidas las eventuales prórrogas de la Protección Financiera Concursal que puede obtener el deudor con el apoyo de sus acreedores), estimamos que los plazos que tendrá el deudor para obtener las aprobaciones requeridas para su acuerdo de reorganización –necesariamente ligados al periodo de Protección Financiera Concursal– aún son cortos para producir los efectos requeridos (potenciar la reorganización sobre la liquidación). Por ejemplo, la legislación norteamericana contempla plazos de 120 días para presentar el plan y 180 días después de presentada la solicitud de reorganización, para recibir las aprobaciones requeridas; teniendo los jueces la facultad de ampliar estos plazos. Lo anterior se enmarca, sin dudas, bajo la premisa del principio de rehabilitación de las empresas que busca facilitar la rehabilitación del deudor que tenga capacidad de conservar su negocio. Una eventual ampliación de estos plazos podría ser un aliciente para intentar vías de acuerdo.

4.2.2. Clases de acreedores

El artículo 60 establece que las propuestas pueden versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos y activos. De hecho, se permite expresamente que esta propuesta de acuerdo se separe en clases y categorías de acreedores, autorizando una propuesta para acreedores valistas y otra para acreedores hipotecarios y prendarios (artículo 61), y sólo requiriendo que, salvo acuerdo en contrario, las mismas deban ser igualitarias para todos los acreedores de una misma clase o categoría.

Los acreedores hipotecarios y prendarios cuyos créditos estén garantizados con bienes de propiedad del deudor o de terceros podrán votar en la propuesta que se formule para los valistas, pero en ese caso deberán renunciar a sus preferencias. En ese caso, los montos de sus créditos preferentes se descontarán del pasivo de su clase o categoría para efectos de *quorum*, y se incluirán en el pasivo de los valistas.

⁸⁴ Véase *Automatic Stay* de la legislación de los Estados Unidos de América en su Chapter 11.

⁸⁵ En este caso, los acreedores hipotecarios y prendarios que presten su apoyo para la prórroga de la Protección Financiera Concursal no perderán su preferencia y mantendrán el derecho a impetrar medidas conservativas (artículo 58 RPC).

No deja de llamar la atención la falta de precisión del legislador al regular esta importante materia. Ello por cuanto el artículo 61 señala que la propuesta de acuerdo “*puede separarse en clases o categorías de acreedores*”, lo que en una primera lectura da a entender que el acuerdo podrá tener tantas propuestas como clases o categorías de acreedores pueden existir en una quiebra, y por tanto, una propuesta distinta para las acreedores prendarios (o de segunda clase) y los hipotecarios (o de tercera clase). Esto parecería razonable atendida la distinta naturaleza, objeto, plazos, etc., que normalmente podemos encontrar en estas clases de cauciones reales. Pero luego, el mismo artículo 61 señala “*pareciera separar a los acreedores solamente en 2 clases o categorías*” (i) los acreedores valistas y (ii) los acreedores prendarios e hipotecarios. Del mismo modo, tampoco ayuda el que en que el mismo artículo 61 el legislador *se refiera indistintamente a los “acreedores hipotecarios y prendarios” y a los “acreedores hipotecarios o prendarios”*.

Si entendemos que, para los efectos de los acuerdos de reorganización judicial, los acreedores prendarios e hipotecarios deban ser considerados, conjuntamente, como parte de una misma clase o categoría, ello dificultaría enormemente la posibilidad de alcanzar el *quorum* requerido para aprobar el acuerdo dentro de esta clase o categoría de acreedores, por cuanto, como ya hemos adelantado, los intereses de estos acreedores y las características de sus obligaciones y garantías generalmente diferirán considerablemente.

Asimismo, bajo el supuesto de tratarse de una sola categoría⁸⁶, la regla contenida en el artículo 64 relativa al establecimiento de diferencias entre acreedores de igual clase o categoría, con ocasión de la inclusión de condiciones más favorables para el pago, y que pareciera ser más bien una regla de carácter excepcional, se transformaría (casi) en la regla general en materia de acuerdos entre los acreedores prendarios e hipotecarios, obligando en consecuencia a la obtención de una doble aprobación dentro de esta clase de acreedores, esto es, de la propuesta para la clase y del tratamiento diferenciado entre los acreedores prendarios e hipotecarios.

Los problemas recién expuestos nos hacen pensar que, no obstante la historia de la ley y su texto, si la misma pretende transformarse en un eficiente método encaminado a la obtención de acuerdos, se deberían tratar las propuestas separadas por *cada clase o categoría de acreedores individualmente considerada, separando en consecuencia a los acreedores prendarios e hipotecarios como categorías o clases distintas de acreedores también para estos efectos*. Lamentablemente, esta situación

⁸⁶ Así parece seguirse de su discusión legislativa. Al respecto, el comisionado profesor Nelson Contador Rosales señaló expresamente que “...*la sola circunstancia de que existan acuerdos separados entre los acreedores valistas y los garantizados permite justificar una regla común para los últimos que no afecta al primer convenio*”, en tanto que, y en el mismo sentido, la Superintendente de Quiebras señaló que “...*no hay que perder de vista que acá hay dos categorías de procesos de acuerdo de reorganización: una para los acreedores garantizados y otra para los acreedores valistas... porque ambos grupos votan de forma independiente su acuerdo y cada acuerdo está sujeto a la condición suspensiva del otro*”. BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), Segundo informe de la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia, en Segundo Trámite Constitucional y Primero Reglamentario.

está contemplada de esa forma en la ley, y por tanto, su eventual evolución en el sentido recién referido –a falta de modificación legal expresa– quedará entregada a la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

4.2.3. *Quórum de aprobación de acuerdos de reorganización judicial y simplificada*

La nueva ley de quiebras establece que los acuerdos de reorganización se deberán aprobar por la Empresa Deudora “y el voto de dos tercios o más de los acreedores presentes, que representen al menos dos tercios del total del pasivo con derecho a voto de la respectiva clase o categoría” (artículo 79).

El criterio de la doble mayoría (personas y capital) está también presente en la actual ley de quiebras, y en general, se mantiene en un sinnúmero de legislaciones comparadas (v. gr. Italia).

Para el caso de los acreedores hipotecarios y prendarios, la nueva ley de quiebras señala que el voto se hará en consideración al avalúo comercial de los bienes sobre que recaen las garantías, pero en todo caso, si ese valor excede el valor del crédito, el acreedor deberá votar por el valor de su crédito (artículo 78). Esta es una afirmación ambiciosa, habrá que ver cómo se dilucida esta cuestión en la práctica. Frente a tamaña importancia del tema, es esperable que todos los acreedores hipotecarios y prendarios tengan intereses contrapuestos. Cada cual buscará la mejor valorización comercial de sus cauciones. La ley no ha dado ninguna pauta ni estándar a seguir.

Admitamos que es natural que esta situación concorra con los acreedores prendarios e hipotecarios. Ellos, a diferencia de los acreedores valistas, no se pueden medir con la misma vara. Pues si bien el monto de sus créditos es comparable entre sí, sobre la base de una misma moneda en que los pasivos se expresen, al final del día es el valor de su caución el que define el peso específico de cada crédito garantizado: en definitiva, es la probabilidad de recuperación de su crédito mediante el producto de la realización de su caución la que define el tamaño relativo. Y la búsqueda de ese valor de comparación es necesariamente especulativa, hasta en tanto no se realice efectivamente el último de los bienes sometidos a caución. De allí que lo de los intereses contrapuestos de cada acreedor sea insoluble, y la pretensión de compararlos *ex ante* sea una especulación *per se*. Hubiese sido deseable que el legislador formulara uno o más criterios y definiera un estándar sobre el cual establecer esa pretensión especulativa de comparación⁸⁷.

⁸⁷ En un mismo sentido la intervención de PUGA VIAL, para quien “la regla consagrada en el N° 1) se presta para abusos mayores. Indicó que el proyecto establece que los acreedores con garantía real son preferentes hasta el valor comercial de la garantía, valor que naturalmente puede ser disputado y que no corresponde al de liquidación, que es el valor real para las garantías reales, siendo un 35% menor en los inmuebles y hasta un 90% menor en los bienes muebles. Sostuvo que, de acuerdo a la norma propuesta, alguien va a tener que poner un valor comercial “estimado” a cada garantía y por ese valor concurrirá el acreedor en su “categoría”. En ese escenario, si para garantizar una deuda de 20.000 UF existe una

Un segundo problema, en un mismo sentido, concurre en el caso de acreedores que compartan una misma caución, tanto si son acreedores de un mismo orden (como en el caso de la comunidad sobre derechos reales) y, en mayor medida, si se trata de acreedores que gozan de preferencia entre sí (situación que concurrirá siempre que pueden concurrir dos o más derechos reales sobre un mismo bien). Si resulta difícil prever la solución en el caso del párrafo anterior, más complejo aun si se comparte una misma caución. Además, la ley no ha dado un criterio para resolver el peso del voto del acreedor de caución en segundo o tercer grado. Es posible pensar en una fórmula, cuál sería la de asignar el porcentaje de recuperación hipotético del crédito de segundo o tercer grado, usando dos variables conocidas, el monto del crédito del acreedor de mejor grado y el avalúo comercial de la caución. Eso suena simple. Pero no parece lógico asignar un mismo valor –*ceteris paribus* el porcentaje de recuperación estimado– al voto del acreedor de segundo o tercer grado, que al del acreedor de grado anterior.

Para el caso de los acuerdos de reorganización simplificados, éste debe ser presentado por *dos o más acreedores que representen al menos tres cuartas partes del total de su pasivo, correspondiente a su clase o categoría.*

4.2.4. *Contenido de los acuerdos de reorganización de prendarios e hipotecarios*

En este punto es donde resulta esencial detener el análisis para poder dimensionar ciertas consecuencias con estos *quorum* de aprobación, a la luz de lo señalado en el artículo 60, en cuanto a que las propuestas pueden versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos y activos.

¿Podrían, por ejemplo, los acreedores que reúnan los *quorum* establecidos en la ley, remitir los créditos de los demás acreedores? El análisis normativo llevaría a una respuesta afirmativa. Es decir, cumplidos los requisitos legales, los acuerdos de reorganización pueden referirse al más amplio número de materias, y, en ese contexto, el artículo 93 bien hace al señalar que los créditos que sean parte del acuerdo de reorganización se entenderán remitidos, novados o repactados, según corresponda, para todos los efectos legales.

Recordemos nuevamente que a la altura en que se produce esa votación estaremos especulando acerca del verdadero porcentaje de recuperación de cada crédito. E imaginemos que la mayoría de los acreedores preferentes estará por remitir en un mismo porcentaje a todos los créditos preferentes. Esa regla, que funciona muy bien

propiedad que vale entre 15.000 y 20.000 UF, existen 5.000 UF de crédito que puede o no ser valista. Con la solución del proyecto, los acreedores de la categoría con garantías sobrevaluadas, como suelen serlo los acreedores prendarios de maquinaria usada, pueden amagar a un acreedor con una garantía valiosa”, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre los proyectos de ley refundidos que sustituyen el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de activos de empresas y personas y perfeccionan el rol de la superintendencia del ramo, y que establecen la quiebra como causal de término de contrato de trabajo y adecuan normas de otras leyes. BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), *Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia*, en Segundo Trámite Constitucional y Primero Reglamentario.

entre valistas, pues todos pierden o sacrifican por igual, puede acarrear injusticias de relevancia respecto de aquellos acreedores que poseen una mejor caución, que subsiste, y sin embargo, deben someterse a una remisión de un crédito que ellos tenían asegurados recuperar, con el solo ejercicio de sus acciones individuales de ejecución de la garantía.

Claramente en esta materia le faltó elaboración al Proyecto. Es por ello que sostenemos que, a pesar del texto legal, el derecho de aprobación de los acreedores de la referida clase o categoría *no puede ser absoluto*. Sin perjuicio del futuro desarrollo que este punto en particular puede tener por la vía jurisprudencial, por ejemplo, por la vía de entender que ciertos derechos no pueden ser expropiados o conculcados, bien hace el artículo 85 número 4 al establecer que será causal de impugnación de un acuerdo de reorganización judicial el “*acuerdo entre uno o más acreedores y el Deudor para votar a favor, abstenerse de votar o rechazar el Acuerdo, para obtener una ventaja indebida respecto de los demás acreedores*”.

Será clave la interpretación que deberá dar la jurisprudencia en este punto para entender si, por ejemplo, la remisión de un crédito es *per se* la obtención de una ventaja indebida, o si se requerirá algún tipo de *animus* y/o algún efecto especial.

Por otra parte, omitió la nueva ley de quiebras una interesante regulación norteamericana en materia de acuerdos de reorganización: el *cramdown power*. El llamado *cramdown power* es definido, en general y sin considerar las particularidades de cada legislación particular, como la facultad del juez de imponer el acuerdo a la totalidad de los acreedores, aun a los disidentes, aunque las mayorías no se hubieran logrado en todas las categorías⁸⁸. En el derecho comparado esta facultad puede ser conferida ampliamente al juez (Estados Unidos de América), o limitada a ciertas y específicas circunstancias (Argentina).

Nuestra legislación no contempla esta facultad (a pesar que uno de sus principios rectores es propiciar la existencia de acuerdos de reorganización), y de hecho, en un sentido expresamente contrario, establece claramente que el rechazo de la propuesta obliga al tribunal a dictar la resolución de liquidación de oficio y sin más trámite (artículo 96 RPC).

4.2.5. Declaración de bien esencial

Por su importancia, merece detenerse en el nuevo artículo 94 RPC que permite que los acreedores hipotecarios o prendarios soliciten que el tribunal declare que el bien respecto del cual recae su prenda o hipoteca no es esencial para el giro de la Empresa Deudora⁸⁹.

⁸⁸ PRONO, Ricardo y PRONO, Mariano (2002). “La novísima legislación de concursos y quiebras y algunas consideraciones sobre la ley 25.589”. *LL 2002-D-1079*, cit. en MUÑIZ, Carlos [sin fecha]. *Facultades homologatorias del juez del concurso. El art. 52, LC (ley 25.589)*. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/84/04-leccion-muniz.pdf>>.

⁸⁹ Este artículo no formó parte del proyecto original, sino que fue introducido durante su discusión en la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia. Véase BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), en Segundo Trámite Constitucional y Primero Reglamentario.

Así, de acuerdo a las disposiciones del Capítulo III de la nueva ley de quiebras, (i) a las obligaciones garantizadas con hipoteca o prenda sobre bienes declarados esenciales, se le aplicarán los términos del acuerdo de reorganización judicial; y (ii) en el caso de las obligaciones garantizadas con hipoteca o prenda sobre bienes que no sean declarados esenciales, el acreedor concurrirá y votará en la clase de los valistas, únicamente por el saldo del crédito no cubierto por la garantía. El saldo cubierto por la garantía no se considerará en el pasivo de la clase o categoría de acreedores garantizados.

La determinación de si un bien es o no esencial para la continuidad del giro de la Empresa Deudora no es baladí, por cuanto el derecho del acreedor de ejecutar individualmente su acreencia, diferirá significativamente dependiendo de dicha declaración.

Ahora bien, la nueva ley no ha señalado expresamente cuándo se entenderá que un bien es esencial para la continuidad del giro de la Empresa Deudora, así como tampoco ha entregado directrices o estándares que permitan de antemano determinar si un bien cumple o no con dicha condición. Por el contrario, se ha dejado dicha determinación o calificación, en un primer momento, al propio deudor, por cuanto, conforme lo dispuesto en el artículo 56, este último debe, entre otras materias, efectuar una relación de todos sus bienes, con expresión de su avalúo comercial y gravámenes que los afecten, así como indicar cuáles de ellos tienen la calidad de esenciales para su giro. Misma calificación debe efectuar el deudor respecto de aquellos bienes de terceros constituidos en garantía en favor del deudor.

Ante la calificación efectuada por el propio deudor, la única vía otorgada al acreedor cuyo crédito se encuentra garantizado con prenda o hipoteca sobre el bien declarado por el deudor como esencial para la continuidad de su giro, es solicitar al Tribunal competente, dentro de un plazo de 8 días contados desde la resolución de reorganización dictada por el Tribunal, que declare que dicho bien no es esencial para la continuidad. En consecuencia, y ante la solicitud del acreedor, será el Tribunal quien determinará si el bien es o no esencial para la continuidad del giro, para lo cual podrá solicitar al Veedor un informe en relación con la calificación del bien y su avalúo comercial.

Salvo lo dispuesto en los artículos 56, 94 y 95, y no obstante la trascendental relevancia que la declaración de un bien como esencial tiene para los acreedores cuyos créditos se encuentran garantizados, no existe mayor regulación en la ley sobre esta materia que la ya referida. Por ejemplo, la ley no contempla la desafectación de la calidad de esencial de un bien en una oportunidad distinta de la ya referida.

Podría darse el caso en que, con posterioridad a su calificación, un bien declarado como esencial –ya sea por el deudor sin objeción por el acreedor respectivo, o bien por el Tribunal– dejare de tener esa importancia en el caso específico, y, siendo dicho bien parte del acuerdo de reorganización judicial, pareciera que la única forma de obtener su desafectación sería mediante el procedimiento de modificación del acuerdo contemplado en el artículo 83, el cual exige el cumplimiento del mismo procedimiento y mayorías exigidas para la adopción del acuerdo. Evidentemente

parece una barrera difícil de sortear para el exclusivo acreedor interesado en la recalificación de dicho bien.

4.2.6. *Efectos con relación a acreedores hipotecarios o prendarios*

Aprobado que sea el acuerdo de reorganización, éste regirá para todos los acreedores de cada clase o categoría, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde (artículo 91), es decir, también respecto de acreedores hipotecarios o prendarios que fueren parte de dicha clase o categoría.

Llama la atención la distinción que se efectúa en la denominación de los *créditos* y de las *obligaciones garantizadas del deudor* en los artículos 93 y 95 del Proyecto, como si fueran cosas distintas.

El artículo 93 establece la regla general en cuanto a los efectos sobre los créditos, con ocasión del acuerdo de reorganización judicial, disponiendo que los que formen parte del acuerdo de reorganización *se entenderán remitidos, novados o repactados*, según corresponda, para todos los efectos legales. De esta forma, expresamente dispone que los acreedores –en el acuerdo– deberán necesariamente convenir en dicho sentido, ya sea extinguiendo total o parcialmente sus créditos o bien modificando los términos y condiciones de la obligación a ellos adeudada.

Luego, el artículo 95⁹⁰ regula los efectos que el acuerdo de reorganización judicial producirá sobre las obligaciones garantizadas del deudor⁹¹ y distingue, en primer lugar, si se trata de cauciones reales o personales. Tratándose de cauciones

⁹⁰ El artículo 95 fue objeto, durante la tramitación legislativa del proyecto, de una modificación sustancial en cuanto a sus términos y alcance. El texto original del proyecto era el siguiente: “*Artículo 95. Efectos del Acuerdo de Reorganización Judicial en las obligaciones garantizadas del deudor. Todos aquellos que hubieren otorgado cauciones reales o personales, o que sean terceros poseedores de bienes constituidos en garantía de obligaciones sujetas al Acuerdo de Reorganización Judicial y los demás terceros que paguen esas obligaciones sin la oposición del deudor, podrán ejercer los derechos que por vía de subrogación o reembolso les correspondan, solamente en lo pagado al respectivo acreedor en virtud del Acuerdo de Reorganización Judicial.*”

La prórroga del plazo de las deudas que se consigne en el Acuerdo de Reorganización Judicial, no pone fin a la responsabilidad de los fiadores y codeudores, solidarios o subsidiarios, o de los avalistas del deudor sujeto al Acuerdo de Reorganización Judicial, ni extingue las prendas o hipotecas constituidas sobre bienes de terceros, pero se obligarán en los términos y bajo las modalidades de pago establecidas en el Acuerdo de Reorganización Judicial.

Aprobado que sea el acuerdo, los efectos serán los siguientes según los casos:

a) No se podrá cobrar el crédito a los fiadores o codeudores solidarios o subsidiarios, ni a los avalistas, sino en los mismos términos en que se puede cobrar al deudor en virtud del Acuerdo de Reorganización Judicial;

b) El tercero poseedor de la finca hipotecada y el propietario del bien empeñado podrán liberar la garantía pagando la deuda en los mismos términos que los estipulados en el Acuerdo de Reorganización Judicial suscrito por el deudor garantizado, y en su caso, pagando sólo la cantidad que corresponda deducida la parte de la deuda extinguida mediante la novación o la dación en pago, y

c) La novación o la dación en pago extinguen la deuda respecto de los fiadores, codeudores y avalistas antes mencionados, debiendo otorgarse las nuevas garantías en los términos del Acuerdo de Reorganización Judicial en que se acordó extinguir la deuda”.

⁹¹ Como si fueran algo distinto de los créditos, cuando en realidad son lo mismo. De manera que todo lo que se diga en el artículo 95 para las obligaciones que son parte del acuerdo de reorganización, necesariamente debe entenderse precedido de la extinción o recaracterización regulada en el artículo 93.

reales realiza una nueva distinción fundada en los siguientes parámetros: (i) si la garantía ha sido otorgada sobre bienes de dominio del deudor o de terceros, y (ii) si la garantía recae sobre bienes declarados esenciales o no esenciales para el giro de la Empresa Deudora, conforme los términos de su artículo 94.

A continuación nos referiremos a las obligaciones del deudor garantizadas con cauciones reales, y respecto a ellas la ley expresamente establece que deberán seguirse los efectos que a continuación se describen.

Tratándose de obligaciones del deudor garantizadas con prenda o hipoteca sobre:

i. Bienes de dominio del deudor o de terceros y declarados *esenciales* para el giro de la Empresa Deudora. Se aplicarán respecto de dichas obligaciones los términos y condiciones establecidos en el acuerdo de reorganización judicial.

Es destacable la situación –y triple coincidencia, podríamos decir– de los bienes de propiedad de terceros, pues se trata de bienes que copulativamente (a) son de propiedad de terceros (no del deudor), y *sin embargo* (b) garantizan –con prenda o hipoteca– obligaciones del deudor (no de terceros, o independientemente, y sin perjuicio que también garanticen obligaciones de terceros) y (c) son usados por el deudor, al punto que forman parte de los bienes esenciales de la Empresa Deudora⁹².

En consecuencia, tratándose de bienes que cumplan con dichos requisitos, aún un acreedor prendario o hipotecario que no asistió a la junta o bien que, asistiendo, se abstuvo de votar, o aún más, votó en contra del acuerdo propuesto para su clase, se verá alcanzado, en virtud del mandato legal, en cuanto a los efectos del mismo sobre su obligación garantizada con los términos del acuerdo alcanzado.

ii. Bienes de dominio del deudor, declarados *no esenciales* para el giro de la Empresa Deudora. En este caso, el acreedor prendario o hipotecario no será considerado para la determinación del pasivo en la clase de acreedores garantizados, mientras que por el saldo no cubierto por su garantía, podrá concurrir y votar en la clase de acreedores valistas.

Es decir, se trata de no entregarle derecho a voto a tal acreedor en la serie de acreedores garantizados. No se tratará de una sanción sino más bien de una cuota de indiferencia o desdén respecto del bien, y, consecuentemente, no le resulta oponible un acuerdo que estará concebido para preservar bienes de la Empresa Deudora en el giro social, mismo que permitirá generar los flujos de repago respectivos.

⁹² Creemos que se estaba tratando de perseguir, en esta hipótesis, a bienes que simuladamente están en la propiedad de terceros, a pesar que la realidad dice que son bienes que *son o aparentan ser parte del activo de hecho del deudor*. Esta triple coincidencia no se da en mecanismos de financiamiento de la empresa, donde (i) el acreedor es propietario del bien pero lo entrega vía leasing financiero al deudor, hipótesis que no coincide con la del análisis o (ii) el acreedor financia la adquisición de un bien, que pasa a ser de dominio del deudor y éste garantiza tal obligación con caución, hipótesis que tampoco coincide con la del análisis. Como digo, es difícil entender cuándo se dará esta triple coincidencia, y de allí nuestra especulación de haberse intentado cubrir efectos derivados de contratos simulados.

De manera que el acreedor garantizado cuya caución recaiga en bien no esencial no se someterá al vaivén de las mayorías y preservará su propia autonomía y control sobre la totalidad de su crédito y, por supuesto, su garantía.

La redacción de esta norma (artículo 95 número 2) no se refiere expresamente a los efectos que la aprobación del acuerdo de reorganización producirá sobre los bienes garantizados que cumplan con dichas calidades. Nos parece claro –según se desprende de la historia legislativa tanto del mismo artículo 95 como del artículo 94⁹³ y especialmente de lo dispuesto en el inciso final de este último⁹⁴– que lo que el legislador ha querido es que los acreedores que gocen de garantías otorgadas sobre bienes del deudor declarados no esenciales para el giro de la Empresa Deudora, puedan perseguir el cobro de sus créditos ejecutando individualmente sus garantías.

Si ésta ha sido la intención del legislador, no se ve cuál ha sido la razón por la que no se ha señalado expresamente y sin lugar a dudas en la ley el referido efecto.

iii. Bienes de dominio de terceros, declarados *no esenciales* para el giro de la Empresa Deudora⁹⁵. Respecto de las obligaciones garantizadas con estos bienes, la nueva ley de quiebras vuelve a hacer una distinción. Si el acreedor (a) vota a favor del acuerdo de reorganización, se sujetará a sus términos y no podrá perseguir su crédito en forma distinta de la acordada, en cambio, (b) si manifiesta su intención de no votar o bien no asiste a la junta respectiva, su crédito no se considerará en el pasivo con derecho a voto de su clase o categoría de acreedores y podrá cobrar su crédito ejecutando individualmente las prendas o hipotecas otorgadas por terceros.

⁹³ El artículo 94 disponía en el inciso segundo de su versión originalmente propuesta, que la forma y modalidades de venta de los bienes de propiedad de la Empresa Deudora, otorgados en prenda e hipoteca y declarados por el tribunal como *no esenciales* para su giro, debían regularse en el Acuerdo de Reorganización Judicial. Durante su discusión en la Comisión de Constitución. Legislación y Justicia, el profesor PUGA VIAL sostuvo que “si un bien es señalado como prescindible para la reorganización, el acreedor debe tener libertad absoluta para realizarlo desde luego y en la forma en que él estime conveniente, sin que tengan nada que opinar los restantes acreedores ni el juez”. Como consecuencia, “La Superintendente propuso eliminar el inciso segundo, de modo tal que el acreedor a quien no afecta el acuerdo, pueda ejecutar de inmediato esos bienes”. Finalmente, la Comisión acordó unánimemente eliminar el referido inciso segundo. A mayor abundamiento, y en el mismo sentido –según consta en el segundo informe de la Comisión de Constitución–, la Superintendente de Quiebras señaló que “...la idea original sobre este punto en el proyecto era dividir a los acreedores en clases o categorías, o sea, reconocer que los acreedores garantizados se agrupan entre sí con independencia de los valistas. Señaló que esta solución fue cuestionada por instancias internacionales, que observaron que si el bien en el que recae la garantía no es esencial para el desarrollo del giro, debe permitirse al tenedor del crédito garantizado con ese bien ejecutarlo individualmente”. Sobre esto, véase BOLETÍN N° 8324-03 (REFUNDIDO CON BOLETÍN N° 8492-13), *Segundo Informe de la Comisión de Constitución*.

⁹⁴ El inciso final del artículo 94 dispone en su primera parte que “*El acreedor cuyo crédito no hubiere sido enteramente cubierto por la garantía podrá solicitar...*”.

⁹⁵ Se trata de las garantías exógenas que a diferencia de los del (i) anterior, no son esenciales, es decir, o no están en manos del deudor, o estándolo son irrelevantes para la continuidad del giro.

Esta regla nos resulta difícil de entender. Si, como vimos antes, la declaración de no esencial de un bien libera a los acreedores garantizados respectivos de las cargas que impone un acuerdo de reorganización, no se entiende por qué se efectúa una diferencia en el caso de acreedores garantizados con bienes no esenciales *del deudor* –que podrán ejecutar individualmente sus cauciones– de los acreedores garantizados con bienes no esenciales *del tercero* –respecto de los cuales habrá que ver la actitud que tomen frente al acuerdo de reorganización para definir si preservan su derecho de ejecución individual. ¿Por qué con el anterior no se efectúa la misma distinción?

Finalmente, la nueva ley no regula en detalle qué efectos producirá el acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado sobre las obligaciones garantizadas del deudor. Por el contrario, su artículo 113 dispone de modo sumamente general –y a nuestro juicio, muy descuidadamente– que el acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado producirá –salvo que ello contravenga lo dispuesto en la regulación de esta clase de acuerdos– los efectos previstos en el párrafo 4 del título 2 del Capítulo III, párrafo dentro del cual se encuentran los artículos 94 y 95 ya analizados.

El acuerdo de reorganización extrajudicial podrá producir sus efectos aún respecto de acreedores que no hayan suscrito el acuerdo, o bien, que no hubieren concurrido, o habiendo concurrido se hayan abstenido de votar, o hayan votado en contra del acuerdo propuesto. Téngase presente que para efectos de la aprobación judicial del acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado, el tribunal que conoce del mismo podrá –y en consecuencia, no estará obligado a– citar a una junta de acreedores a todos los acreedores alcanzados por el acuerdo para su aprobación⁹⁶.

Por lo anterior, y atendido que el acuerdo de reorganización extrajudicial puede ser adoptado sin la unanimidad de los acreedores y puede asimismo alcanzar créditos garantizados, es razonable sostener que una de las materias que quedaría necesariamente sujeta al control judicial para la aprobación del acuerdo propuesto, es precisamente el cumplimiento en él de los efectos dispuestos en el artículo 95, en relación con las obligaciones garantizadas del deudor. Ahora bien, esta solución traería aparejada el problema de cómo enmarcar en el procedimiento regulado para el acuerdo de reorganización extrajudicial, la calificación y declaración como esencial de un bien, situación no prevista ni menos regulada por el legislador en esta materia.

⁹⁶La redacción del artículo inciso primero del artículo 112 no nos parece apropiada por cuanto señala que el Tribunal “...podrá citar a todos los acreedores a quienes les afecte el Acuerdo, para su aceptación ante el Tribunal...”. De dicha redacción, pareciera limitarse el alcance de los acreedores afectados o sujetos a los efectos del Acuerdo de Reorganización Extrajudicial, pero en dicho caso no tendría sentido la extensión genérica hecha por el artículo 113 de los efectos del acuerdo de reorganización judicial al extrajudicial o simplificado así como tampoco el proceso de impugnación regulado en el artículo 111 para los acreedores disidentes u omitidos, por cuanto si los entendemos excluidos del mismo, respecto de ellos el acuerdo sencillamente no debería producir efecto alguno.

CONCLUSIONES

Sin duda que nos encontramos frente a una modificación ambiciosa en materia concursal, que pretende acercarnos a la tendencia de legislaciones modernas. Ese es un gran avance, que se agradece. Sin embargo, nos parece que al proyecto le faltó debate y reposo.

Ello ha quedado demostrado con la sola referencia a cuatro breves esquinas del mismo. Esas referencias nos han permitido levantar un sinnúmero de dudas que no son irrelevantes. Si unimos tal circunstancia al hecho que esta legislación se continuará aplicando por tribunales civiles que no cuentan con experticia en el análisis financiero de los patrimonios en concurso, nos parece que tales dudas, de ser resueltas, no van a ser aclaradas y satisfechas sobre la base de criterios técnicos (de técnica jurídico-financiera) que el Proyecto se habría merecido si hubiese reposado y entregado más estándares, más criterios de aplicación.

En fin, presajiamos que pronto tendremos que trabajar sobre modificaciones al texto que lo complementen, precisen y modifique, esperemos que para bien.