

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

“SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE QUIEBRAS EN CHILE”

Por Arturo Prado Puga
Doctor en Derecho (Universidad de Navarra)
Profesor Titular de Derecho Comercial
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Señor Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal
Señores miembros y asociados:

I.- INTRODUCCIÓN:

Agradezco al Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal la invitación a compartir con Uds. algunos de los aspectos de mayor relieve que se presentan en la Ley de Quiebras vigente en la República de Chile y sus reformas.

Me referiré por separado a aquellos aspectos que he juzgado de trascendencia tanto teórica como práctica, teniendo en consideración que no se trata de conceptos abstractos o de una figura inerte, destinada a quedar encerrada en nuestros oficinas de abogados sino que se han dictado para ser aplicada a hechos y situaciones que mantienen y mantendrán un profundo alcance en la vida real de los negocios.

II.- OBJETIVOS DE LA LEGISLACIÓN DE QUIEBRAS CHILENA:

Si bien la quiebra como proceso de ejecución general tiene como finalidad principal liquidar bienes y distribuir su importe entre los acreedores con el objeto de extinguir el pasivo, al Estado le interesará el fenómeno económico de la quiebra mercantil en cuanto afecta a la economía nacional lo que se advierte en dos aspectos:

A) En la tutela del derecho de los acreedores en la distribución igual y proporcional del patrimonio del deudor, lo que para algunos, más que un objetivo es un *efecto* ya que el verdadero interés del Estado es liquidar las empresas insolventes que puede significar riesgo y perturbación para la economía, reasignando de mejor

manera un capital mal explotado, para reincorporarlo nuevamente al tráfico económico y la circulación de la riqueza.

B) En la severidad de las penas impuestas para la quiebra punible y la circunstancia que basta la existencia *de un solo acreedor* para solicitar la declaración de quiebra y desencadenar el procedimiento concursal.

A pesar que la doctrina no es pacífica al respecto, se ha sostenido que el bien jurídico que se protege con la quiebra va más allá de los intereses patrimoniales de los acreedores, y que en esta tutela, se contempla la fe pública y la confianza generalizada en el correcto funcionamiento de las relaciones comerciales, por lo que Carrara llegó a decir que afecta “el alma, la sangre y la vida del comercio de los pueblos cultos”.

De allí que la lesión a este interés protegido, compromete el funcionamiento de la economía y el orden público económico en general, produciendo un “auténtico trastorno de la Economía y el Derecho que, en definitiva, provoca el “quebrantamiento, rotura y desarticulación del funcionamiento normal”¹, en el entendido que la interrupción de los pagos y la circulación del dinero para la vida del comercio y de las empresas trae consigo un *efecto en cascada*, que arrastra a otros, como sucede la conservación de los puestos de trabajo y la continuidad de las empresas.

Podemos afirmar que el *Derecho de Quiebras en Chile* busca en sus aspectos *sustantivos* la protección el crédito público y la defensa de la fe pública.

La regulación legal de la quiebra tiene como objeto impedir que el deudor insolvente siga contratando amparado en la autonomía de la voluntad en perjuicio de los acreedores menos informados lo que atenta contra la credibilidad en la vida de los negocios, como principios esenciales en los que se desenvuelve el comercio serio y honrado en la vida mercantil.

Asimismo, según ha manifestado la autoridad concursal chilena persigue “la mejor asignación de recursos y la defensa y depuración del mercado y el saneamiento del sistema económico; el apoyo a la empresa viable y la eliminación de las empresas ineficientes e insolventes, para su eficiencia en otras manos; y la defensa de la pequeña y mediana empresa”².

¹ Joaquín Torres De Cruels, La suspensión de pagos, ob.cit.págs.8 y 17

² Diego Lira Silva, ex Superintendente de Quiebras de la República de Chile, “La Reforma de la Legislación Concursal”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Marzo 2006

III.- PRESUPUESTOS DE LA CONCURSALIDAD EN CHILE :

Como cualquier legislación concursal, la ley chilena parte de la base que la apertura del proceso de liquidación concursal supone el respeto irrestricto del principio de la *par conditio creditorum*, directriz que tiene por finalidad que los acreedores sean reparados mediante una regulación de *todas* las relaciones con una regulación *igual* para todos ellos³, permitiéndoles acceder mediante el proceso de quiebra al patrimonio íntegro del deudor, que es su prenda general, sin que la iniciativa o incluso audacia o la mayor diligencia en el embargo de bienes del deudor (*prior in tempore potior iure*) pueda disminuir el patrimonio y los repartos en perjuicio de los otros.

Por lo tanto esta, *par conditio creditorum* consiste en que todos los acreedores sean pagados proporcionalmente en moneda de quiebra, en igualdad de condiciones, producto de la “comunidad de perdidas” que se organiza entre los acreedores, sin que ello importe desconocer la legítima existencia de las preferencias legales para el pago establecidas por razones económicas, sociales o incluso humanitarias.-

Los presupuestos de existencia para la apertura del concurso son, en síntesis, los hechos que sirven de fundamento como causales para su declaración:

- A)** La causa de la declaratoria de quiebra, esto es los hechos que provocan la insolvencia y nuestro medio la cesación de pagos
- B)** Existencia de un sujeto activo, que puede ser el deudor pero que por antonomasia es el acreedor
- C)** La declaración jurisdiccional que pone en movimiento el concurso. No existen en Chile las “quiebras virtuales”
- D)** Existencia de un sujeto pasivo que lo será siempre un deudor o el patrimonio de su sucesión gravado con dedudas.

En términos simples, el *presupuesto necesario* para que se proceda a la declaración de quiebra en Chile y de todos los efectos que lleva consigo y la eventual puesta en marcha del proceso de calificación, es la existencia de una *declaración jurisdiccional* que reconozca el estado de insolvencia patrimonial del deudor a través del hecho externo de la cesación de pagos⁴.

En nuestro país, *no existe la quiebra virtual* en la que técnicamente existe un “estado” regular y permanente de insolvencia, que se revela en la incapacidad del deudor para hacer frente de modo regular a sus pagos.

³ Salvatore Satta Instituciones del Derecho de Quiebra, (Buenos Aires , 1951) p.5

⁴ Rafael Gómez Balmaceda, “ Cesación de Pagos e insolvencia” en Boletín de la Fiscalía Nacional de Quiebras N°35,p´gas 9 a 18;

La existencia de una situación pre.concursal como es la insolvencia puede tener importantes repercusiones en el ámbito civil por ejemplo, el Art. 1.496 N°1, del Código Civil sobre aceleración o caducidad de los plazos, pero solo alcanza efectos concursales a partir de la *resolución judicial* que declara la quiebra.

En términos económicos, el estado de insolvencia se mira como un déficit o desbalance patrimonial por insuficiencia del activo.

Empero, llegar a determinar que el pasivo de un deudor es mayor que su activo realizable, sería el resultado de una prueba tan ardua que sólo podría tener lugar una vez liquidados todos los bienes del deudor, lo que transformaría en ilusorio la apertura de cualquier procedimiento concursal.

Cabe señalar que los sistemas para determinar la insolvencia son diferentes en cada país, con el propósito de acreditar dicho estado.

En general, en Chile se adopta el sistema de la “cesación de pagos” o el “sobreseimiento” que adoptan las legislaciones latinas.⁵

En la práctica, puede darse que un deudor aparente estar solvente a pesar de estar en déficit real, si acaso, por ejemplo, los acreedores le dan crédito y plazo para pagar, con lo que no se da el presupuesto formal de la cesación de pagos.

Al revés, un deudor puede aparentar ser un insolvente pero sin un déficit patrimonial real al contar con un activo de fácil realización que le permite atender sus pagos.

Por esta razón, en estricto rigor, como presupuesto de la quiebra la exteriorización a través de la cesación de pagos, debería responder a aquel “estado” patrimonial sustantivo a que hacía referencia el viejo Código de Comercio (Art. 1.325) y no a un “ligero retraso”, esto es, una impotencia económica que impida objetivamente pagar los créditos en las fechas estipuladas en sus vencimientos y con los medios normales, sin recurrir a arbitrios ruinosos cuyas manifestaciones externas más acostumbradas serán los protestos, la inclusión en los Boletines de Morosidad, disminución significativa de su capital de trabajo, el despido de personal, etcétera.

Reconocemos que para el legislador, salvo casos de excepción, como sucede con la Compañías de Seguros (Art. 79 del D.F.L. 251 de 1931)⁶ y los Bancos en

⁵ Joaquín Torres De Cruels, La suspensión de pagos ,ob. cit., pág. 19

⁶ Sobre esta materia puede consultarse a Rafael Eyzaguirre Echeverría, “Situación de una compañía de seguros frente a las disposiciones de la Ley de Quiebras”, Boletín Informativo N° 21 de la Fiscalía Nacional de Quiebras, págs. 13 a 19.

situación de “liquidación forzosa” (Arts,121, 130 y 140 del D.F.L N° 3 de 1997), en que la insolvencia debe ser investigada, esta situación se hace patente recurriendo al mecanismo más restringido que la presume a través de la cesación de pagos, aún cuando ésta provenga del incumplimiento de una sola obligación de naturaleza mercantil.

En estricto rigor, la doctrina se ha pronunciado en favor de un concepto de insolvencia definitiva, esto es, cuando existe un desequilibrio patrimonial crítico entre los valores realizables y las prestaciones exigibles cuyos indicios más certeros se manifiestan en la cesación de pagos.

De allí el cuidado que le ley exige al Juez al tener que indagar la “efectividad” de la causal invocada (Art.45 L de Q.) y el alcance de la insolvencia que no siempre puede ser sinónima de cesación de pagos.

Pero sus efectos solo se pueden constatar y la ley así lo exige, a partir de la *declaración judicial* que la reconoce y declara.

IV.- SITUACIÓN DE LAS QUIEBRAS Y DE LOS CONVENIOS EN CHILE EN CIFRAS:

Debemos dejar en claro que la libertad de emprender es la clave para el crecimiento de una economía social de mercado, lo cual como todo sistema económico, supone riesgos, errores y fallas.

Cuando se desea evitar estas falencias mediante regulaciones excesivas en el orden jurídico, lo que se consigue, a la larga, es un estado estacionario de subdesarrollo.⁷

Las estadísticas nos mueven a reconocer que en Chile es muy importante mantener y preservar la libertad de creación de empresas y lo fundamental que resulta en este punto, establecer una legislación concursal equilibrada.⁸

Pero ello no puede significar que se deban tolerar las malas costumbres contractuales y que no se deba cuidar la solidez del crédito público como

⁷ Véase para la historia fidedigna de la ley en materia de convenios, el “ Informe Final” del Grupo de Estudio de la Ley de Quiebras compuesto por los Srs. Claudio Bonilla, Ronald Fischer, Rolf Lüders, Rafael Mery y José Tagle, Septiembre de 2003, en el marco de la Agenda Pro Crecimiento acordada entre el Gobierno y la Sofofa.

⁸ En Chile existen aproximadamente 570.544 microempresas y 105.524 pequeñas empresas. En cambio, las grandes compañías del país, aún dentro de la definición relativamente modesta de ventas del SII, ascendían solamente a 6.858.

mecanismo fundamental para el desarrollo, impidiendo que el deudor insolvente continúe contratando, amparado en la libertad contractual, con quienes actúan de buena fe, ignorando su real situación de insolvencia.

Históricamente el número de quiebras en Chile se relaciona directamente con factores cíclicos internos y externos.

Este aserto se demuestra si vemos los períodos de la primera “gran crisis” de los años 1929 a 1935 en que las quiebras suben exponencialmente de 200 a 700 en 1931, para volver a normalizarse en 1935, a un ritmo de poco más de un centenar de quiebras declaradas por año.

Desde el año 1956⁹ se han tramitado en Chile 3.940 quiebras, de las cuales 2.651 se radican en la Región Metropolitana (Santiago) y comunas aledañas) y 1.289 en el resto del país.

Entre 1972 y del año 1982 el flujo de quiebras en el país experimentó un importante incremento, tanto que en el año 1982, justo cuando entró a regir la ley de quiebras vigente subió de 25 quiebras que había declaradas el año 1973 a 810 quiebras que se declaran en 1982, lo que equivale a una tasa anual de un 47%.

A partir de allí el promedio de quiebras descendió a 87 quiebras por año.

Se puede advertir que el incremento en las quiebras dice relación directa con las recesiones de los años 1975 (81 declaratorias de quiebras) y 1982, (810 quiebras) las que se caracterizan por una fuerte caída en el PGB.

Asimismo, en una economía con participación relevante del Estado como sucedía el año 1972, se puede comprobar empíricamente que las quiebras son inferiores en número, lo que se aprecia claramente en Chile con el cambio de modelo económico, a partir del Gobierno Militar en 1973, que abre la economía al sector privado y al mercado como ente regulador en la asignación de recursos.

En tales casos la quiebra también opera como mecanismo de reasignación de estos recursos en tanto se puede demostrar que a mayor aumento en los indicadores económicos del PGB (inflación, empleo y consumo) hay un mayor incremento del número de quiebras.

Actualmente existen 997 quiebras vigentes en Chile, afectando estos procesos concursales, principalmente a los rubros del comercio (26,53%) y a la industria manufacturera (19,57%).

⁹ Superintendencia de Quiebras, Boletín Informativo: ” La quiebra y sus cifras: Compendio estadístico”, con especial agradecimiento al su Abogado Jefe, don Patricio Navarrete A.

Un estudio demuestra que bajo el actual sistema de administración de Síndicos Privados, la recuperación en una quiebra alcanza sólo a un 3% en el caso de los créditos comunes, normalmente proveedores de servicios o suministros (Pequeñas y medianas empresas o PYMES)¹⁰ y un 43% para aquellos dotados de garantías (acreedores institucionales), en tanto que el Fisco, esto es, el Estado de Chile, recupera cerca de un 58% de sus acreencias.

Además de esas tasas de recuperación debe considerarse el tiempo que transcurre desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la última resolución, encontrando un promedio de 40,7 meses.

Cabe señalar que a partir del año 1983, se han tramitado 101 convenios alzatorios de quiebras, de los cuales 82, corresponden a la Región Metropolitana y 19 al resto del país.

Según información recopilada en los Tribunales que conocen de estas causas, desde Junio del año 1983 hasta el presente año, 531 convenios judiciales preventivos se han propuesto en Chile.

De esta misma cifra, 462 convenios judiciales preventivos han sido propuestos en la Región Metropolitana de Santiago y 69 en regiones.

De esa cifra, 307 han sido aprobados en la Región Metropolitana y 46 en el resto del país, de los cuales aparecen, en definitiva, como empresas quebradas un 16,5%, de lo que cabe concluir que en estas empresas o no se cumplió el convenio o tampoco se utilizó algún mecanismo concursal alternativo como la

¹⁰ Según información recogida de los sitios de internet de Sociedad de Fomento Fabril, la Confederación de Producción y del Comercio PC, y el Ministerio de Economía, para la Unión Europea una mediana empresa, es una firma con ventas anuales de hasta 50 millones de Euros y 250 empleados, mientras que para las pequeñas empresas, estos techos caen a 10 millones de euros y 50 empleados y, para las microempresas, a 2 millones de euros y 10 empleados.

En los Estados Unidos se utiliza una definición más flexible, que varía de industria en industria, aunque para ser elegible para los programas del gobierno federal, una “pequeña” empresa, por lo general, no puede tener más de 500 empleados.

En Chile, el Servicio Nacional de Impuestos Internos (SII), proporciona una definición basada en las ventas. Según el SII, una compañía con ventas anuales superiores a USD 3 millones, es una gran empresa, mientras que el resto, de aproximadamente 700.000 firmas que operan en Chile, son Pymes (pequeñas y medianas empresas), una categoría que incluye a las medianas empresas (con ventas entre alrededor de USD 750.000 y USD 3 millones), pequeñas empresas (con ventas entre USD 75.000 y USD 750.000) y las micro empresas (con menos de USD 75.000).

Los sectores favorecidos por las medianas y micro empresas, son el comercio, la agricultura (incluyendo la pesca), los servicios y el transporte, mientras que están notoriamente ausentes en sectores de capital intensivo, tales como en electricidad y minería.

La mayoría de las medianas empresas -al igual que las grandes compañías-, están concentradas en los sectores industriales y de servicios financieros, así como también en el comercio.

continuidad de giro o la venta como unidad económica para mantenerla en funcionamiento.

Por último, desde el punto de vista penal, a partir del año 1977, se han tramitado 1.260 procesos penales, de los cuales 905 se han tramitado en la Región Metropolitana, y 355 en el resto del país.

Entre el año 1983 y la fecha actual existen 95 sentencias condenatorias ejecutoriadas.

V.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONCURSAL EN CHILE:

La forma de analizar las instituciones de mayor actualidad y sus principales innovaciones es a través de su historia.

El Derecho Comercial mantiene su autonomía y razón de ser, acotado fundamentalmente por una organización de capital y de trabajo ajeno, destinada a la producción o intermediación de bienes o de servicios denominada empresa y la actividad externa que desarrolla el empresario titular de dicha organización.

La quiebra en Chile y los procedimientos a que da lugar sigue por una parte la tradición hispana y por la otra una corriente francesa que se inspira en el fenómeno de la codificación, común en los países de la América Hispana.

La evolución que ha tenido la legislación concursal en Chile, puede dividirse, en general, en cinco períodos fundamentales¹¹

A.- Período de dominación española; Recopilación Indiana:

Las fuentes de la legislación de quiebras en Chile arrancan de la Novísima Recopilación, (Libro XI, T.XXXII), que concede “esperas o moratorias” las Partidas Alfonsinas (Alfonso X “El Sabio”) (Ley I, T. XV, partida V)¹², el Ordenamiento de Alcalá de 1348 y, naturalmente, la Recopilación de Indias, cuerpos en que establecieron un sistema concursal aplicable únicamente a los *comerciantes* con Síndicos compromisarios elegidos por los acreedores.

Es lógico pensar que estos cuerpos no presentan una “unidad orgánica” y que sus notorios vacíos no satisfacían las necesidades del comercio.

¹¹ Jorge Carrasco Vasquez. Evolución del Derecho de Quiebras en Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963

¹² Alfonso X “El Sabio”, Ley I, T. XV, partida V” Como han los deudores a desamparar sus bienes cuando no se atreuen a pagar lo que deuen, e como deue ser reuocado el enajamiento que los deudores fazen maliciosamente de sus bienes”)

La regulación en los estatutos de las ciudades del instituto de la quiebra, especialmente en Italia, pone énfasis en la universalidad en la ejecución, y en la distinción entre la insolvencia de los comerciantes y quienes no ostentan dicha calidad, por el mayor trastorno del crédito público que provocan los primeros, aceptando en caso de fuga (*laetitia*), medios coactivos de pago tales como la tortura y la equiparación del quebrado con el estafador, amén de otras incapacidades.

A la quiebra se le denomina “decoctio”, y “decoctor” al quebrado, con lo que se quiere significar que el patrimonio de éste se consume o aniquila como alimento arrojado al fuego.

Corresponde destacar en esta época la obra monumental obra de Francisco Salgado de Somoza quien en su famoso “*Labrynthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem Inter illos causatam*” (Valladolid, 1646) trata por primera vez¹³ del Derecho Concursal como disciplina autónoma y científica pero asumiendo la corriente estigmatizadora y *publicista* que tiene el juicio de quiebras en el resto de Europa con excepción de la italiana que se mantiene fiel a la fuente romanista y *privatista* de la quiebra.

Paulatinamente, sin embargo, se va a ir mitigando la severidad de los efectos penales, buscando conciliar el carácter represivo con los imperativos de la subsistencia de las empresas y la salvaguarda de la fe pública.

El carácter público o social de la quiebra, se manifiesta en la universalidad de la ejecución, en la intervención de los Tribunales de Justicia y en la protección de los acreedores, y en la disciplina del instituto de la “*par conductio creditorum*”, que impone a los acreedores el “principio de la comunidad de pérdidas” o la distribución proporcional de estas entre los acreedores, ya que no cobran en función de su mayor diligencia, sino respetando el orden de prelación de créditos en defensa de sus derechos.

Asimismo, son los Tribunales de Justicia los que en adelante decretan la incautación de los bienes, fiscalicen la contabilidad y exijan a los acreedores justificar sus títulos.

B.- Segundo Período: Ordenanzas de Bilbao:

¹³ Cabe destacar que treinta años antes, el Profesor de Salamanca A. Amador Rodríguez ya había publicado un *Tractatus de Concursu et Privilegiis Creditorum in Bonis Debitorum*, al que se le debe la voz “Concurso”.

Sin duda, el documento de mayor valor, como antecedente histórico de la legislación concursal tanto en Chile como en América, se encuentra conformado por las “Ordenanzas de Bilbao promulgadas en 1737, como ley general de la monarquía”¹⁴.

E Capit. XVII, de esta Ordenanza, distingue entre deudores comerciantes y no comerciantes; deudores atrasados a los que se “ha de guardar el honor de su crédito”, quebrados inculpables o por accidentes que piden “quita” y aquellos fallidos alzados, los que “debiendo saber el mal estado de sus negocios arriesgan caudales ajenos con dolo y fraude, debiendo ser perseguidos por el Prior y Cónsules.”¹⁵

La dualidad entre comerciantes y no comerciantes, la concepción publicista que intensifica la tónica de las sanciones penales, (*Decoectores severissime punire, salus est mercatura*) y la extensión de la quiebra exclusivamente a los comerciantes, sometiendo al resto al sistema denominado concurso de acreedores, se advierte eso sí en los precedentes inmediatos de nuestra legislación mercantil patria. (Fuero Juzgo, Novísima Recopilación, Las Siete Partidas Alfonsinas).

Todas estas reglas se inspiran en las Partidas y rigen en Chile desde 1795 hasta 1865, año en que se promulga el Código de Comercio.

Las Ordenanzas de Bilbao reglamentan la quiebra distinguiendo entre quebrados inocentes, culpables o delincuentes.

Los primeros, son los que no pagan lo que deben a su debido tiempo, denominados también atrasados, pero que tienen bienes para pagar, guardándoseles su honor, fama y el crédito.

Los segundos, sin culpa o por infortunio, precisan enderezar su economía a través del beneficio de la quita (remisión) y la disminución de sus acreedores concluyendo, en parte a pagar sus deudas, dentro de ciertos plazos.

Los terceros son reputados por la Ordenanza como delincuentes vulgares “por lo cual a estos tales alzados se les ha de tener y estimar como infames ladrones públicos, robadores de hacienda ajena y se les perseguirá hasta tanto que el Prior y Cónsules puedan haber sus personas; y habiéndolas, las entregaran a la justicia ordinaria con la causa que se les hubiere hecho, para que sean castigados con todo el rigor que permite el derecho, a proporción de sus delitos”¹⁶

¹⁴ Ramón Martí de Eixalá, Instituciones de Derecho Mercantil de España, (Barcelona, 1879), 8ava Edic. p. 55; Pablo González Huebra, Curso de Derecho Mercantil, T I (Madrid, 1853), págs 7 a 16

¹⁵ Véase, Juan de Hevía Bolaños, Curia Filípica, Primero y Segundo Tomo, Segunda Impresión, (Madrid, 1844), Capits. XI, XII, XIII “Fallidos” p. 424 y sigs. N° 16 En los fallidos siempre se presumen fraudes,....” Por todos, Véase José Antonio Ramírez, La Quiebra, T.I (Barcelona 1998) 2a. Ed. págs. 119 y sigs.

¹⁶ Véase José Antonio Ramírez, La Quiebra, Derecho Concursal Español, ob .cit, Tomo I . pag.129

Cabe señalar que con posterioridad a la aplicación de las Ordenanzas en Chile se dictaron varias leyes relacionadas con materias de quiebras.

Me refiero al Decreto Ley sobre juicio ejecutivo de Febrero de 1837 (Leyes Marianas), que trataba del juicio ejecutivo y de del estado del deudor preso, concursos iniciados por el propio deudor en cualquier o bien a través de la cesión de bienes, y la presentación de convenios, con excepción de los deudores acusados por quiebra fraudulenta, modificó las disposiciones de procedimiento relativas a las quiebras vigentes en las Ordenanzas, dejando vigente en cambio las presunciones de fraude cuando el deudor celebra convenios privados con sus acreedores.

Este Decreto Ley fue un cuerpo jurídico eminentemente procesal.

Posteriormente se promulgaron dos leyes sobre Prelación de Créditos de 1845 y 1854, que fueron elaboradas por don Andrés Bello, las que posteriormente se incorporaron a nuestro Código Civil luego de su promulgación el año 1855 como Derecho Común, (Arts. 2465 a 2491 del Código Civil) y que contiene la denominada “sentencia de grados”, conjuntamente con la acción pauliana (Art. 2465) que persigue la revocación de los actos celebrados por el deudor en fraude de sus derechos y que impiden agravar su insolvencia.

La codificación española de 1829 (obra de Pedro Sainz de Andino), de gran resonancia en nuestro Código de 1865, recoge esta orientación de las Ordenanzas la que se completa con la creación de Tribunales especiales de Comercio, consagrando la quiebra como un procedimiento exclusivo para los comerciantes y conservando su doble aspecto sustantivo y procesal.

C.-Tercer período: El Código de Comercio y la codificación:

Este se inicia con la promulgación del Código de Comercio en 1865.

El Código de Comercio Chileno, fue la obra solitaria del jurista argentino y chileno por gracia, don José Gabriel Ocampo y Herrera inspirado en el Código francés de 1808 y en el de Sainz de Andino de España de 1829, la ley francesa de 1838 con “...*las luces que habían acumulado la experiencia de treinta años las discusiones del foro y las meditaciones de los jurisconsultos más eminentes.*”

Consciente de la envergadura de la tarea, y la dispersión y las “partes heterogéneas y órdenes inconciliables” de que hablaba don Andrés Bello existente hasta entonces en las Recopilaciones¹⁷, y en una ambiente donde la

¹⁷ Andrés Bello, Estudios Jurídicos, Políticos y Universitarios, selección y prólogo de Agustín Squella (Valparaíso, 1979) p 63 “Código” publicado en el Araucano, 1834

quiebra continua estando teñida de los reproches sociales de la ignominia ¹⁸, el Mensaje del Código recoge este esfuerzo al señalar que: *“Esta materia , la más difícil , grave e importante de cuantas abraza la legislación mercantil, ha sido por desgracia la más descuidada entre nosotros”*.

La nueva regulación recoge como directrices el ofrecer *“sólidas garantías al comerciante de buena fe, prevenir el fraude y asegurar la persecución y castigo de los que abusando de la confianza del comercio, buscan la riqueza en el despojo de los que se le han dispensado imprudentemente”*.

La quiebra mantiene la concepción reinante en Europa y queda reservada privativamente en el Código para el deudor comerciante, y siendo para los acreedores un derecho, para el deudor *“no es sólo un deber de honor y conciencia, sino una obligación rigurosa cuya inobservancia, a más de privarle de las diversas ventajas con que la ley recompensa la espontaneidad de la denuncia, establece contra él la presunción de quiebra culpable”*

Al mismo tiempo, abriga la esperanza que la nueva legislación *“disminuirá el número de las quiebras, dificultando el buen éxito de las maquinaciones dolosas que, a la aproximación del momento fatal sugiere la perspectiva de la miseria, o el punible deseo de enriquecerse con la fortuna ajena”*

La sentencia que declaraba la quiebra, debía designar uno o más síndicos provisionales, para que asumieran la administración de los bienes del fallido, cuyo número dependía de la complejidad del concurso, lo que se resolvía por el juez, oyendo luego a la junta de acreedores. Los síndicos debían nombrarse por el tribunal, sin otra exigencia que la de ser personas que tuvieran suficientes aptitudes de probidad, solvencia e idoneidad.

Con el objeto de precaver estas vacilaciones , en una época en que se pregonaba que el juez debía seguir *“la equidad de la ley y no la de su propia cabeza”* (Domoulin)¹⁹ *“ sometiendo a su apreciación meros síntomas o circunstancias sobre cuyo alcance e importancia pudiera equivocarse”* considera que la simple falta de cumplimiento como hecho capaz de desencadenar la

¹⁸ Sin duda , el autor que con mayor precisión detalla este comportamiento en la quiebra del perfumista Birotteau, es Honore de Balzac en su obra , Rise and Fall of Cesar Birotteau, Traducido por Katharine Prescott Wormeley ,la que forma parte de su celebre “Comedia Humana”.:” *But here it becomes necessary to explain to persons who have not had the happiness to be in business the whole drama of bankruptcy, so as to make them understand how it constitutes in Paris a monstrous legal farce; and also how the bankruptcy of Cesar Birotteau was a signal exception to the general rule “anxieties quite other than those through which he had lately passed”*

Sabido es que el propio Balzac tenía una puerta falsa para escabullirse de sus acreedores, Véase, Francisco Cabrillo, “La quiebra tema como tema literario”, Revista de Occidente, Abril 2005, N°287. Págs. 107 a 122

¹⁹ Andrés Bello, ob,cit p. 109

declaración de la quiebra, motivada en la causal genérica de la cesación de pagos y la quiebra consiguiente, al definir la quiebra como “ el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones” (Art. 1325) ²⁰, deslizando la hipótesis de que este *status* o “ estado” correspondía a una suerte de “quiebra virtual” que no requería de una sentencia, incluso anterior a la declaración judicial que le correspondía dictar al tribunal de comercio competente.

En todo caso, para proceder a la declaración de la quiebra, se establecía como causal única y genérica la: “*cesación de pagos*”, aunque se precisaba que no era necesario que fuera generalizada ya que puede ser parcial de una o más obligaciones.²¹

Nótese que el Código estableció que la “mera suspensión de pagos no constituye estado de quiebra”

El Libro IV del Código de Comercio de don Gabriel Ocampo de 1865, mantuvo la quiebra como institución privativa del comerciante, y con él la clasificación de quiebra fortuita, culpable y fraudulenta, presumiendo que ciertos hechos atribuían dicho carácter sin prueba en contra o “de derecho”, fijándose sólo en la concurrencia de los hechos, para establecer el carácter culpable o fraudulento de la quiebra (Art. 1.332 y 1.334) o ciertos hechos calificadores que permiten justificar la prueba en contra como presunciones “simplemente legales” (Arts. 1.333 y 1.336).

La orden de arresto del fallido se decreta como medida o “providencia preventiva” para impedir su fuga. En ningún caso es un medio de coacción para obligarle al pago de sus deudas (Art. 1.392).

Por su parte. el Código Penal promulgado en 1874, regula en el párrafo “De las defraudaciones” las penas correspondientes a los deudores declarados en quiebra (los derogados Arts. 463,464 y 465, que distinguen entre insolvencia culpable y fraudulenta), y las penas aplicables al deudor no comerciante que comete el delito de insolvencia punible.

La severidad inicial del Código de 1865 (entró a regir en 1867) quedó morigerada, ya que en 1868 se abolió la prisión por deudas y aunque desaparece el arresto del fallido se autoriza su prisión preventiva²² como medio para impedir su fuga²³.

²⁰ Art 1001 del Código de Comercio español de 1829, “ Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago de corriente de sus obligaciones”

²¹ Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Salvamento de empresas en crisis, coordinación de Juan Pablo Román Rodríguez, (Santiago, 2001) p.28 y sigs

²² Carrasco Vasquez, ob.,cit p.79

²³ Otro hecho fundamental en esta época, ocurre en 1879,(Ley de 11 de Enero) con la introducción de una norma que modifica el Código (Art., 1.457) que autoriza que una vez presentadas las proposiciones de convenio y mientras los acreedores se reúnen a deliberar sobre estas en junta, él podía ordenar previa

Por último, y junto a estas directrices, el año 1902 entra a vigencia el Código de Procedimiento Civil el que conforme al Mensaje procura “uniformar en lo posible la tramitación del concurso civil y de la quiebra mercantil” reservándose para la quiebra “sólo aquellas disposiciones que, basadas en el Código de Comercio y de índole peculiar a las operaciones mercantiles, no tengan cabida en el concurso civil.”

Cabe hacer notar que el Código de Comercio no contempló entre sus disposiciones, el *convenio preventivo* para evitar la quiebra, por considerarse en esa época como una verdadera *amenaza* de la que se valía el deudor en contra de los acreedores, quienes acudían al convenio para evitar el desastre de la liquidación judicial, como lo expresaba el propio Mensaje.

El Título III del Código de Procedimiento Civil²⁴ reglamentó sin embargo el “concurso de acreedores”, como una fórmula destinada a resolver un conflicto de intereses entre acreedores, distinguiendo (Art. 572) entre el concurso “voluntario” (Art.584) promovido por el deudor que había hecho cesión de bienes pero que el Tribunal declaraba que no estaban obligados a admitirla, y el denominado concurso “necesario” (Art.691) , promovido cuando existían en contra del deudor, tres o más títulos ejecutivos e iniciadas dos o más ejecuciones, no presentando bienes para satisfacer sus obligaciones.

Se aplicaba esta modalidad cuando el deudor se fugaba o desaparecía, aunque no tuviera obligaciones vencidas o bien en ciertos casos el juez podía declararlo de oficio (Arts.572, 584 y 691).

En todos estos casos los acreedores se enfrentaban con intereses contrapuestos que colisionaban en cuanto pretendían la satisfacción de sus acreencias en un patrimonio que necesariamente era común para todos.

El Código de Procedimiento Civil en su Art. 663, introdujo las denominadas “proposiciones de convenio” que podían hacerse por fallido, cuando la quiebra ya había sido declarada o por cualquiera de los acreedores, tanto en el concurso denominado, como decíamos, *voluntario como en el necesario*.²⁵, y en cualquiera

audiencia del Síndico, que se suspendieran los trámites de la quiebra si de ello no se seguía grave perjuicio para la fallida. Otra modificación fue en el quórum exigido para su aprobación (Art. 1.463) ya que sólo se exige la mitad más uno de los votos de los acreedores presentes, siempre que la cuantía fuese más de los tres quintas partes del total de los que fueren susceptibles de quedar afectados por el convenio.

²⁴ Santiago Lazo, Los Códigos Chilenos Anotados. Orígenes, Concordancias y Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil, (Santiago, 1918) p.498 y sigs.

²⁵ Respecto de los orígenes de esta norma (Art.663 ex 663 del C. P. C), en la Sesión N° 42 de la Comisión Revisora, el Sr. Aldunate observó que.” no existe motivo alguno para someter a reglas diferentes las proposiciones de quitas y esperas y las relativas a otra clase de arreglos de manera que es más lógico adoptar

estado de estos juicios. Para el *deudor*²⁶ podía hacerlo antes de iniciado el concurso.

Si bien el Código Procesal *estableció* este mecanismo, descuido por completo su reglamentación, la que solo fue subsanada posteriormente a la dictación de la Ley 4.558 en 1929²⁷

Finalmente, el Código de Procedimiento Penal de 1906, dispuso que las cuestiones relativas a la calificación de la quiebra serían juzgadas en forma previa por el Tribunal a que se sujetaba el conocimiento de ella antes de iniciar la acción penal, que en la práctica era el Juzgado de Comercio conforme a lo dispuesto en el Art. 1.341 del Código de Comercio.

La quiebra reglamentada en el Código de Comercio culmina el año 1929, cuando se vuelve a descodificar por la Ley 4.558 de 1929 que deroga el Libro IV de este cuerpo legal, pasando a incorporarse su regulación *íntegra* en el apéndice.

D.- Cuarto período: La Ley de Quiebras N° 4558 de 1929:²⁸

Todo este verdadero “mosaico legislativo” señalado anteriormente, llevó al legislador a reunificar, el año 1929, en un solo cuerpo legal, toda la normativa anterior contenida en el Código de Comercio y en el Código de Procedimiento Civil, que quedó derogada con la Ley N° 4.558 promulgada en 1929 pero que entró a regir el año 1931.

un proceso uniforme, como el del Art. 611 de la ley española, que, sin entrar en distinciones, establece que, en cualquier estado del juicio de concurso pueden hacer los acreedores y el concursado los convenios que estimen oportunos” Vid Carrasco Vasquez, ob. cit p.85

²⁶ No compartimos la opinión que el convenio preventivo se aplicaba *indistintamente* al deudor *comerciante* y *al deudor civil*, fundado en que la ley desde el año 1837 no hacía la distinción ya que la propia jurisprudencia que cita el autor, es concluyente en dejar fuera de la aplicación las “ formalidades” prescritas para el Convenio presentado por un deudor comerciante. Vid Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Salvamento de empresas en crisis, ob.cit. p 65 los fallos en Santiago Lazo, Los Códigos Chilenos Anotados. Orígenes, Concordancias y Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil, ob.cit págs 550 y 551

²⁷ Otra modificación importante fue el quórum o mayoría necesaria para su aprobación, ya que el Art.670 inciso primero del C.P.C. alteró el establecido en el Art. 1463 del Código de Comercio, disponiendo que para su aceptación se requería de mayoría de los dos tercios de los acreedores concurrentes a quines afecte el convenio y mayoría equivalente a las tres cuartas partes del pasivo.” En todo caso, con posterioridad, el Decreto Ley N° 778 de 1925, se reemplazó el Art 915 del Código de Procedimiento Civil, facultando para formular proposiciones de convenio *al fallido comerciante* cuya quiebra hubiese sido declarada *fortuita-* no *culpable* como sostenía y autorizaba el Art.1470 inciso primero del Código de Comercio, lo que era una forma de terminar con la quiebra de modo *abiertamente* irregular.

²⁸ Gabriel Palma Rogers, Legislación de Quiebras, (Santiago, 1963), p.7 El texto definitivo de la Ley N° 4.558, fue fijado mediante Decreto Supremo N° 1297 de 23 de junio de 1931. Véase www.squiebras.cl/documentos/acerca_superintendencia/.consultado el 30 de Octubre de 2006

Debemos hacer notar que esta nueva Ley fue la consecuencia de una fuerte crisis financiera que golpeó con dureza al país²⁹, luego de la caída y depresión de la prosperidad del salitre.

La nueva ley derogó, como decíamos, el libro IV del Código de Comercio y las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre quiebra “en bloque”.

El Mensaje consigna en forma elocuente que aunque “ *Se ha mantenido en buena parte la legislación que nos rige en la actualidad*”, “ *la necesidad imperiosa de reformarla*” era un deber imprescindible, entre otros aspectos:

- “*...para corregir los defectos del sistema imperante y acabar de una vez para siempre con los abusos que, hoy por hoy, pesan sobre la masa como una catástrofe sobre otra catástrofe.*”

En primer lugar, la nueva legislación se apartó del principio tradicional latino o francés para acercarse más al modelo anglosajón, *ampliando* la institución de la quiebra a personas que *no son comerciantes* (Art. 1°), acabando así con la dualidad de disposiciones relativas a las quiebras tratadas en el Libro IV del Código de Comercio y en el Título III del Código de Procedimiento Civil.

La nueva ley mantiene en “*todo su rigor el principio según el cual el comerciante que ha cesado en el pago de una obligación mercantil se encuentra en estado de ser declarado en quiebra*”

Se aleja sin embargo del sistema del “*estado de cesación de pagos*” existente en el Código de Comercio, postulando en su lugar, un sistema más exigente de enumeración taxativa de las *causales* que la habilitan que la hacen procedente, acercándose también con ello al *modelo casuista* anglosajón, con lo que se busca evitar dejar librado únicamente al juez de la causa, el criterio de apreciar los hechos que fuesen demostrativos y tuvieren el mérito de revelar cual era exactamente el estado de crisis patrimonial del deudor para provocar su declaración de quiebra.

Lo anterior no importó, en todo caso, la uniformidad absoluta entre deudores comerciantes y deudores civiles. Se mantienen diferencias en punto a las causales

²⁹ Cabe señalar que el año 1919m se produjo la quiebra y liquidación del Banco Popular posteriormente la liquidación forzosa del Banco Español de Chile que determinaron al legislador anticipar la vigencia de la Ley general de Bancos de la época) DL. N°559) con el objeto precisamente de impedir su declaración en quiebra conforme a las severas normas concursales vigentes hasta entonces en el Código de Comercio, optando por su liquidación.

Entre las irregularidades cometidas y que determinaron su liquidación fue el ocultamiento de información al público y el otorgamiento de préstamos a directores, gerentes, y empleados del mismo Banco) Vid Julio Philipi Bihl, Informe sobre el Banco Español de Chile presentado por el Superintendente de Bancos (Santiago, 1926), Págs. 140 a 143

y efectos propios de la quiebra –más estrictas desde luego, para el comerciante que para el deudor civil, partiendo por establecer la procedencia de la declaratoria de la quiebra, por el mero hecho de *incumplir el deudor comerciante con una sola obligación mercantil*, e imponiéndole la pesada carga al deudor comerciante de *instar* por solicitar su propia quiebra, cuando se encontrare en estado de cesación de pagos de una obligación mercantil , dentro de un plazo fatal de 15 días (Art. 35 de la Ley de Quiebras), que su declaración de quiebra podía ser reputada , bajo un régimen de presunciones de derecho y otras simplemente legales, como constitutiva de insolvencia punible (Art. 189 N°3 de la Ley de Quiebras).

Por último, la ley instauró un procedimiento criminal de oficio para dilucidar si la quiebra del fallido comerciante había sido fruto del infortunio ,o bien culpable o fraudulenta.³⁰

El no comerciante, en cambio queda fuera la calificación punible (Art. 187), por considerar según el Mensaje de esta ley *“que los deudores civiles no tienen el volumen de obligaciones de un comerciante “ cuya quiebra alcanza mayor repercusión, por cuanto “el comercio vive de la buena fe y de la exactitud en el cumplimiento de las obligaciones”*.

Uno de los puntos de mayor relieve en esta ley ,fue acabar con la institución de los síndicos privados, que carecían de un órgano de supervisión y que bajo el Código de Comercio habían cometido innumerables abusos y corruptelas, lo que motivo un cambio radical en la Ley del que se deja elocuente constancia en su Mensaje *“...basta saber lo que ocurre en la práctica para llegar a la conclusión de que es indispensable y urgente extirpar de raíz el negociado actual de la sindicatura.”*

La Ley de Quiebras del año 1929, reaccionó contra este sistema e innovó sustancialmente en lo que dice relación con el órgano concursal ya que suprimió los Síndicos Privados y en su lugar, los *estatizó*, creando a la Sindicatura General de Quiebras, esto es un sistema público del Estado de administración de las quiebras , con carácter de servicio público estatal que en adelante actuaría como órgano auxiliar de los Tribunales de Justicia, a quien le correspondería la administración de las quiebras, la fijación de la fecha de la cesación de pagos, la liquidación del activo y el pago del pasivo y demás funciones que le encomendaba esa ley (Art.10 Ley 4.558).

Por último, la Ley 4.58 introdujo el *convenio extrajudicial*- recogiendo lo que ya era una costumbre en el comercio- pero deja fuera el convenio preventivo el que sólo se incorporó a partir del Decreto N° 248 del año 1931, pero confundió su

³⁰ La calificación queda encomendada al juez del crimen, quien debía iniciar la indagación de oficio dentro de las 24 horas siguientes de declarada la quiebra de acuerdo a lo prescrito en el Art. 194 de esta ley.

reglamentación con los convenios simplemente judiciales provocando numerosas interpretaciones encontradas.³¹

Este sistema fue el que rigió desde el año 1929, hasta la entrada en vigencia de la Ley 18.175, publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1982 que es la ley actualmente vigente.

E.- Quinto período. La actual Ley de Quiebras N° 18.175 de 1982:

La quinta y última parte de esta evolución de la legislación concursal en Chile, se produce con la entrada en vigencia de la ley N° 18.175, de 28 de Octubre 1982, y derogación completa del la Ley 4.558.

Lo cierto es que nuestra legislación en materia concursal, tras medio siglo de vigencia, era ya demasiado antigua y orientada a enfatizar básicamente, como hemos visto, los aspectos criminales de la quiebra y el estigma de la desgracia antes que preservar la empresa en crisis y conservar la actividad empresarial, buscando su regularización financiera las que a pesar de su insolvencia, en muchos casos, seguían siendo económicas y financieramente viables.

En forma paralela se venían dictando leyes en materias económicas y comerciales, que cristalizan en lo que se ha dado en llamar en Chile el “orden público económico”³² a partir de la propia Carta constitucional de 1980, con el objeto de estimular el desarrollo de la riqueza, de la actividad empresarial y el progreso de los negocios.³³

En directa conexión con esta manifestación legislativa comienza aparecer como valor primordial de nuestro Derecho Comercial Moderno, el que ya era un principio incorporado a nuestro centenario Código que se extiende al Derecho Concursal, como es el reforzamiento de la conducta *ética* y la *buena fe* en los negocios.

³¹ Curiosa esta situación ya que el Congreso estudio la propuesta de convenio preventivo pero la Comisión Mixta no la incluyo en a Ley 4.558 previendo su establecimiento en el futuro ya que “siempre habrá tiempo sobrado para volver sobre esta sugerión, si la experiencia de la ley en Proyecto así lo aconseja”

³² Arturo Fermandois Vöhringer , Derecho Constitucional Económico Tomo I, Ediciones, Universidad Católica de Chile, Santiago,2001, 252 págs. “El orden público económico es el adecuado modo de relación de todos los diversos elementos de naturaleza económica presentes e la sociedad que permita a todos los agentes económicos , en la mayor medida posible y en un marco subsidiario ,el disfrute de sus garantías constitucionales de naturaleza económica de forma tal de contribuir al bien común y a la plena realización de la persona humana”

³³ Entre otras reformas, en la época fueron introducidas en esa época destacan la Administradora de Fondos de Pensiones, la ley de Sociedades Anónimas , la Ley de Mercado de Valores y Compañías de Seguros, la legislación sobre letras de cambio y pagares. Posteriormente en 1985 se modifica la Legislación Bancaria, y en 1988 la de Comercio y Navegación Marítima que se incorpora al Código de Comercio.

Así la “*seguridad del tráfico jurídico*” pasa a anteponerse a la tradicional “*seguridad de derecho*”, con lo que se persigue favorecer una mayor dinámica en la *contratación masiva* y asegura al adquirente o consumidor de un derecho que no será más tarde perturbado en el ejercicio de este derecho y en el goce de los bienes económicos adquiridos, aunque sobrevengan las circunstancias adecuadas para hacer fracasar la adquisición de aquel derecho.

En lo sustancial, la ley 18.175, conservó la estructura de la Ley 4.558 y reprodujo muchas de sus disposiciones.

Podemos afirmar que las más relevantes son:

1.-La nueva ley delimito los sujetos pasivos de la quiebra formulando una doble clasificación entre deudor *calificado* y deudor *no calificado* a partir de lo cual se derivan diversas consecuencias jurídicas.³⁴

El *deudor calificado*, es conceptualmente caracterizado en este nuevo marco legal, como aquel que *ejerce actualmente una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, lo que hace necesario examinar el alcance que debe concederse a la alocución verbal "ejercer", que se emplea en la redacción de los arts. 41, 43 N°1 y 52 N° 1 de la Ley N 18.175, para encuadrar el supuesto de aplicación de los efectos jurídicos asignados al deudor calificado, teniendo para ello en consideración que la declaración de quiebra puede abrazar actividades de trascendencia económica que tradicionalmente fueron excluidas de la mercantilidad como ocurre a partir de esta ley con la minería y con la agricultura.*³⁵

³⁴ Con respecto al deudor calificado, cabe destacar el mayor rigor frente a las causales de quiebra, en el evento que cese en el pago de una obligación mercantil. Destaca asimismo la carga que pesa sobre éste de solicitar y denunciar su propia quiebra bajo los apercibimientos que la ley señala y por último, el proceso penal de calificación, abierto paralelamente con la declaratoria, para investigar si la cesación de pagos es o no constitutiva de delito. Sobre esto, véase J. E. Puga Vial, Derecho Concursal El juicio de quiebras. Segunda Edición (Santiago, 1999) pág. 194 y 195

³⁵ La intención del Ejecutivo era extender, "en una medida importante, el ámbito de aplicación de las actuales normas relativas a la quiebra del deudor comerciante, puesto que el concepto de empresario es más amplio que el de comerciante".

La innovación añadida es extensiva a "todas aquellas personas naturales y principalmente jurídicas, que realizan actividades de considerable trascendencia económica y social para el país y difícilmente podían ser calificadas de comerciantes". En relación con este punto, la Cuarta Comisión Legislativa sostuvo que era pertinente proceder a una *unificación completa* de esas calidades atribuibles al deudor y desestimar definitivamente toda distinción entre deudor comerciante y no comerciante y entre empresario y no empresario, de tal manera que todos los deudores, cualquiera fuera la actividad que realizaron, quedan para todos los efectos de su quiebra, sujetos a un *mismo sistema jurídico*.

2.- En segundo lugar se crea un organismo denominado “Fiscalía Nacional de Quiebras” cuya finalidad consiste en fiscalizar y controlar a los particulares que se desempeñan como Síndicos Privados de Quiebras.

Con ello se *suprime* la antigua Sindicatura Nacional de Quiebras, quitándole la gestión que antes tenía de administrar las quiebras para encomendársela, en adelante, a Síndicos Privado que, por lo tanto, dejan de ser funcionarios públicos pertenecientes a la planta de aquel Servicio, para ser desde aquel entonces y hasta ahora profesionales independientes

Cabe señalar que la ex Sindicatura que al declararse en extinción, fue subrogada por la ex Fiscalía Nacional de Quiebras, hoy denominada Superintendencia, encargada de supervigilar y controlar las actuaciones de los Síndicos.³⁶

Lo anterior no importa haber privatizado las quiebras como señalaron algunos, sino que la intención del legislador fue hacer más eficiente y ágil el proceso reliquidación y reasignación que se produce con las quiebras que se incrementan en forma relevante el año 1982.

3.- Se reglamentan las Juntas de Acreedores, como un órgano con poder de decisión en las materias de mayor importancia para la marcha de las quiebras y liquidaciones de activos.

4.- Aun cuando no se alcanza a sistematizar³⁷, se cristaliza en esta legislación el concepto histórico de “*continuidad de giro*”³⁸ como principio de conservación o continuación de la empresa, sea de forma temporal o efectiva, de forma provisoria o definitiva, la que puede ser accesoria incluso a la enajenación de la empresa como “*unidad económica*” o en bloque³⁹, institución que se trata fundamentalmente en cuanto a los requisitos para acordarla y que encuentra su fundamento en el D.L. 1.509 de 1976.

5.- La ley N° 18.175 contrae el juicio penal de calificación estableciendo un factor personal o de legitimación restringida a aquellos deudores que reúnan las calidades que enumera el Art. 41, de dicha Ley esto es, asociado al desempeño

³⁶ Cabe recordar aquí que este servicio público llegó a constituir una carga enorme para el Estado, pues tenía oficinas a lo largo de todo el territorio nacional y por la escasez de funcionarios se comenzó a observar una lentitud en la tramitación de las quiebras, cuyas consecuencias se vieron el año 1982, en el que producto de la devastadora crisis económica, y aumento del número significativo de quiebras, el Estado no estaba preparado para administrar.

³⁷ Vid Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Salvamento de empresas en crisis, ob.cit. p 110

³⁸ Este concepto ya estaba presente en el Art. 1.407 del Código de Comercio, cuando se hablaba de “continuación provisional del jiro de los establecimientos comerciales del fallido”

Igual sucede con los Arts 1.429 y 1.430.

³⁹ Arts. 124 y 125 de la Ley 18.175, modificadas por la Ley N 19.144 de 13 de Junio de 1992

de alguna de las actividades que enumera sin la falta de orden o probidad que exige, como se recordará dicha calidad de comerciante, agricultor, minero o industrial.⁴⁰

6.- Termina con la utilización de la quiebra como sucedáneo de la cobranza al impedir la consignación del crédito del peticionario una vez declarada la quiebra y hace obligatoria la consignación de inicial de cien unidades de fomento (unos tres mil ochocientos dólares) para responder por los gastos de la tramitación en el caso que esta sea solicitada por un acreedor.

El deudor que no reúne dicho carácter, aunque realice actividades de trascendencia económica, por ejemplo, un empresario pesquero, no puede revestir la calidad de autor de delito concursal, sin perjuicio de que sea sancionado por otros actos u omisiones de mayor gravedad, quedando sujeto a la aplicación del Art. 466 del Código Penal que sanciona la insolvencia punible del deudor no dedicado al comercio. Eventualmente, como dijimos más arriba, esto podría afectar al minero y al agricultor.

Cabe por último se ley de quiebras hizo su estreno casi en forma paralela con los graves trastornos que experimento la economía del país a principios de los años ochenta a las que nos hemos referido precedentemente

F.- Modificación al régimen concursal del sistema financiero:

Una vez puesta en marcha esta nueva legislación concursal, se dictó la Ley 18.576 (27 de Noviembre de 1986), que contiene medidas (Título XV de la Ley General de Bancos) destinadas a regularizar las situaciones de las empresas bancarias, suprimiendo en Chile, la posibilidad de quiebra de un banco en funcionamiento, disponiendo en cambio su liquidación forzosa.

A través de esta Ley se buscaba reestablecer por la vía de la autoridad administrativa (Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras), el funcionamiento de la institución para el caso de desequilibrio en las condiciones financieras que comprometían su solvencia, provenientes ya sea de una administración defectuosa, de un trastorno generalizado del sistema económico o bien, de la falta de liquidez, supuestos todos orientados a cautelar y garantizar el ahorro público y la confianza que estos revisten como “ establecimientos públicos de crédito”.

⁴⁰ Con respecto al deudor calificado, cabe destacar el mayor rigor frente a las causales de quiebra en el evento que cese en el pago de una obligación mercantil y ,asimismo, la carga que pesa sobre éste de solicitar y denunciar su propia quiebra bajo los apercibimientos que la ley señala y, por último, el proceso penal de calificación abierto paralelamente con la declaratoria para investigar si la cesación de pagos es o no constitutiva de delito. Sobre esto véase Juan Esteban Puga Vial, Derecho Concursal, El juicio de quiebras , Editorial Jurídica de Chile (Santiago,1990) págs. 122 y 123.

VI.- EL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE Y LAS ÚLTIMAS REFORMAS:

La reciente entrada en vigencia en Chile de las leyes N° 20.004 de 8 de Marzo de 2005, y la N°20.073 de 29 de Noviembre de 2005, ambas del año 2005, importan la reforma mas significativa a nuestra legislación sobre de Quiebras N°18.175 de 1982, fundamentalmente en materia de transparencia al sistema de administración privada de las quiebras a través de Síndicos y en el fomento y privilegio de la celebración de convenios para concursales entre el deudor y sus acreedores destinadas a mantener y conservar la integridad de las empresas. Nos referiremos a ellas por separado:

VII. REFORMA AL RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LAS QUIEBRAS.

A.- Idea central:

Con fecha 8 de Marzo de 2005, se promulgó la ley N° 20.004 (D.Of. N° 38.105) que introdujo modificaciones a la Ley de Quiebras N° 18.175 de 1982, las que dicen relación, principalmente, con las facultades de la Superintendencia de Quiebras (ex Fiscalía Nacional de Quiebras) y la mejora de la reglamentación de los Síndicos Privados.

La característica fundamental de la nueva ley consiste en fortalecer y dar mayor transparencia al sistema de administración privada de las quiebras preservando dicho carácter y la finalidad de reasignación de recursos a que ella se endereza, lo cual se extiende, en adelante, a las continuaciones de giro, a los convenios y a las cesiones de bienes, evitando con ello la ocurrencia de abusos injustificados, al tiempo que le imprime una mayor eficiencia a toda la tramitación de estos procesos.

B.- Resumen de las principales reformas que se introducen:

1.- Facultad de interpretar la ley y poder sancionador de la Superintendencia:

La reforma le confiere a la Superintendencia, ex Fiscalía Nacional de Quiebras, una nueva facultad que otrora carecía como servicio público, consistente en la potestad de interpretar administrativamente las leyes que rigen esta materia con el objeto de mejorar su labor fiscalizadora y velar por el interés público sin perjuicio, como es lógico de la interpretación que en caso de discrepancia pueda emanar de los Tribunales competentes. (Art. 8 N°1 inciso segundo. Ley 18.175).

En este mismo orden de ideas, la nueva ley (Art. 8° N°5, Ley 18.175) dota a la Superintendencia como órgano de la quiebra de la facultad de imponer sanciones por resolución fundada a los Síndicos y a los administradores de la continuación de giro, tales como multas de hasta 100 Unidades de Fomento (tres mil ochocientos dólares) censuras por escrito, suspensiones para asumir nuevas quiebras y la solicitud de remoción presentada ante el juez ante el cual se tramita la quiebra, o su revocación ante la Junta de Acreedores, sin perjuicio del derecho del afectado de reclamar de ellas ante los Tribunales a través del procedimiento establecido para su interposición y fallo, el que no suspende, en todo caso los efectos de la resolución.

Asimismo puede examinar, cuando lo estime necesario, los libros, documentos y la contabilidad de la quiebra, revisión que puede practicar la Superintendencia por sí o bien a través de auditores externos, quedando desde luego, en adelante, (Art.8, N° 6 en relación con el Art. 30 de la Ley 18.175) facultada para objetar las cuentas rendidas al Tribunal y que correspondan a la administración ejercida por un Síndico, sin perjuicio de las facultades de la Junta de Acreedores.

La nueva ley extiende esta atribución, además de las quiebras, a los convenios, a las continuaciones de giro y a las cesiones de bienes en que sean designados para ejercer dicha función.

2.- Inhabilidades e incompatibilidades:

La nueva ley (Art. 17 de la Ley 18.175) establece inhabilidades e incompatibilidades para ser designado como Síndico de Quiebras, tal como la notoria insolvencia; el desempeño como director de una sociedad fallida en los dos años anteriores a la declaración de su quiebra y también la cesación en el cargo por incapacidad física o mental.

Al mismo tiempo es mucho más exigente con los requisitos para ser designado como Síndico restringido a profesionales con experiencia acreditada ante la Superintendencia- acorde con la seriedad y envergadura de su función.

3.-Impedimentos para ser designado Síndico en una quiebra:

Se establecen (Art.24 de la Ley 18.175) impedimentos para que un Síndico sea designado en una determinada quiebra, convenio o cesión de bienes, fundados en el parentesco o en alguna relación de interés con el fallido.

Por último, tampoco pueden ser designados Síndicos los acreedores y deudores del fallido y los que tuvieren interés directo o indirecto en la quiebra, convenio o cesión de bienes, en forma simultánea a la declaración o como inhabilidad sobreviniente con posterioridad.

4.- Causales de exclusión de la nómina:

Se establecen causales de exclusión de la nómina nacional de Síndicos existente, que apuntan a la falta de probidad de éstos fundadas en hechos, tales como, intervenir de algún modo en quiebras ajenas. (Art. 22 de la Ley 18.175).

Por ejemplo, un Síndico que ejerce en otras quiebras como abogado de acreedores o de un deudor, lo que por las razones expuestas supone una restricción impuesta a los Síndicos letrados para ejercer en ese ámbito específico. Proporcionar y obtener ventajas indebidas a terceros; adquirir para sí o para determinadas personas relacionadas (cónyuge personas jurídicas que tengan interés económico directo o indirecto o sociedades en que tenga participación, excepto en aquellas en que es accionista), bienes o activos de las quiebras y cesiones de bienes que tramitan.

5.- Nombramiento por los acreedores:

Se regula la designación de los Síndicos en cada una de las quiebras, convenios y cesiones de bienes disponiendo como eje central y preeminente el traslado de este nombramiento a la voluntad de los acreedores mayoritarios. Si la quiebra es solicitada por un acreedor, el juez se encuentra ahora obligado a designar como Síndico provisional a aquel señalado por el propio peticionario, en tanto que si el deudor solicita su propia quiebra, está obligado a citar a los tres mayores acreedores informados del pasivo, a una audiencia previa, para el nombramiento del síndico titular y suplente, lo que deberá realizarse a la mayor brevedad.

6.- Remuneración del Síndico:

Se determina la remuneración y honorarios que pueden percibir los Síndicos, a través de una escala gradual por tramos, reglamentando desde el monto máximo hasta el mínimo que tienen derecho a percibir, sin perjuicio que los acreedores puedan pactar honorarios mayores pero que no podrán pagarse por su exceso con cargo a los bienes de la masa.

Dentro del concepto de honorarios y remuneraciones quedan comprendidos la de sus asesores, contadores y abogados, a no ser que la mayoría de los acreedores en junta extraordinaria acuerde específicamente otra cosa distinta como podría ser una rebaja o un aumento.

7.- Libros y papeles de la quiebra:

Se establece, de modo análogo a lo que sucede en la Ley General de Bancos (Art. 155 D.F.L. N° 3), con relación a la conservación de libros y papeles del fallido y documentación de la quiebra, la obligación del Síndico de almacenarlos o reproducirlos bajo cualquier sistema que ofrezca seguridad pero sólo hasta un año

después de estar ejecutoriada la sentencia que declare el sobreseimiento definitivo de la quiebra, salvo que el Superintendente de Quiebras disponga otra cosa o cuando los libros y papeles dicen relación con algún litigio pendiente, en cuyo caso deberá conservarlos.

8.- Recurso especial de reposición contra de la sentencia que declara la quiebra:

Si se declara la quiebra y se deduce en contra de dicha resolución un recurso especial de reposición y el juez paraliza o suspende la tramitación de la quiebra con una orden de no innovar dictada con posterioridad a la incautación de los bienes del fallido, la reforma legal (Art. 57 inciso final de la Ley 18.175) dispone que el Síndico designado, a pesar de la orden de no innovar, quedará igualmente habilitado para llevar a cabo los actos de administración de dichos bienes para evitar su deterioro, procurando en beneficio de todos los acreedores la debida conservación el activo.

9.- Acciones Revocatorias:

Se introducen modificaciones a las acciones revocatorias ampliando en beneficio de la masa el plazo para interponerlas de uno a dos años, contados desde la fecha de la celebración del acto o contrato que se pretende impugnar de manera que los acreedores puedan ejercitarlas de un modo efectivo, lo que en el actual sistema era impracticable por la brevedad del plazo de prescripción.

No obstante, quedó sin modificarse el plazo que la ley establece para la fijación de fecha de la cesación de pagos, (Arts. 61 a 63 de la Ley 18.175) lo que solo se vino a modificar Noviembre del año 2005 con la dictación de la Ley 20.073 para darle consistencia a la norma en la práctica, en materia de deudores calificados y no entorpecer el ejercicio de la acción revocatoria, especialmente en cuanto a la prueba de la mala fe del deudor antes de la declaración de quiebra.

La otra modificación dice relación con el procedimiento ordinario en que se amparaba la tramitación de estas revocatorias, lo que también era poco práctico, disponiendo, en adelante, que las acciones de esta naturaleza se tramitarán acorde con las reglas del juicio sumario y podrán ser ejercitadas por el síndico, previo acuerdo de la junta de acreedores, o individualmente por cualquiera de los acreedores, en ambos casos, en interés de la masa. (Arts. 80 y 81 de la Ley 18.175).

J.- Iniciativa para solicitar la calificación:

Se sustituye el inciso primero del actual Art. 222 de la Ley de Quiebras en el sentido que la pretensión formal de calificación para la indagación de los hechos que ocasionaron la quiebra, queda entregada a la junta de acreedores quien podrá efectuar la correspondiente denuncia o bien a cualquier acreedor, los que podrán

efectuar denuncia o bien interponer querrela criminal si estimaren que se configura alguno de los hechos previstos como presunciones de quiebra culpable o fraudulenta.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad, ejercida en subsidio de la acción penal directa de la Junta o de cualquier acreedor (Art. 222 inciso segundo Ley 18.175) de iniciar el proceso de calificación a través del Ministerio Público por denuncia de la Superintendencia de Quiebras y a la iniciativa que tiene el Ministerio Público para instaurar, de oficio, la investigación criminal según dispone la Ley N° 19.806 de 31 de Mayo de 2002.-

Con la modificación legal y con la derogación de los Art. 8° N° 7 y Art. 225 de la Ley 18.175, la Superintendencia de Quiebras ya no figura como parte en el juicio de calificación, solicitando diligencias sin necesidad formalizar querrela, como era antes.

VIII.- REFORMA EN MATERIA DE CONVENIOS CONSURSALES

A.- Ideas fundamentales:

Las ideas fundamentales de la nueva ley en materia de convenios que rige en Chile consisten en fomentar y privilegiar la celebración de convenios entre el deudor y sus acreedores y dar flexibilidad a los acuerdos extrajudiciales lícitos de reestructuración de pasivos de manera de permitir mantener y conservar la integridad.

Sobre este tema y - haciendo salvedad de lo simple que puede ser esta visión - conviene cotejar algunos ejemplos en el Derecho Comparado. En particular, tanto en el Bankruptcy Code de los Estados Unidos de 1978, (Chapter 11; en la Ley de Prevención y Convenio Amistoso en caso de Dificultades de Empresas, de 1984 y de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas, de 1985 de Francia, ambas modificadas en 1994.

La Ley de Concursos Mercantiles de México del 12 de Mayo del año 2000 que expresamente establece en su Artículo 1.- *“La presente Ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios.”*

Destaca además la moderna Ley de Concursos y Quiebras de Argentina, normativas que presentan como denominador común⁴¹ la existencia de una etapa

⁴¹ Ibidem ob. Cit. p 27 y sigs.

preconcurso, de arreglo negociado o de conciliación de intereses, que buscan mantener la conservación de la empresa, antes que detonar el procedimiento colectivo, manteniendo el objetivo primordial de lograr la continuidad y la reorganización destinada a reflotar o reconvertir una empresa viable.

Como se sabe, en Chile ha existido reticencia en materia de convenios preventivos⁴², teniendo en cuenta, como hemos señalado anteriormente, que el Código de Comercio, que reglamentaba la quiebra de los comerciantes, no los contemplaba y el Código de Procedimiento Civil los reservó solo para el deudor no dedicado al comercio. Ni siquiera la antigua Ley de Quiebras (Nº4,558 de 1929), que precede a la actual, los reguló y no es sino hasta el año 1931-época de crisis y cesantía devastadoras- en que se incorporan a su articulado.

La nueva ley se inscribe en la Agenda Pro Crecimiento, acordada entre el Gobierno y la Sociedad de Fomento Fabril y persigue dar una solución a los problemas derivados de la crisis financiera en la empresa, especialmente de las Pequeñas y Medianas Empresas (PYMES), dotándolas de nuevas alternativas de negociación y estrategias de grupo, que se encaminan a preservarlas, por la vía de dar eficacia a los acuerdos entre privados, antes de su liquidación forzada, que casi siempre es perjudicial para los acreedores y trabajadores.

B.- Modificaciones principales:

Las principales modificaciones que se introducen en este cuerpo legal, que sustituye completamente el Tomo XII de la Ley de Quiebras, son, a nuestro juicio, las siguientes:

1.- Ampliación de la Ley:

En primer lugar, se extiende la aplicación de la Ley de Quiebras a todos los concursos, comprendiendo dentro de ellos a la quiebra, los convenios y las cesiones de bienes, y se separan las normas aplicables a las diversas clases de convenios, distinguiendo el convenio preventivo (Art. 171-185) del simplemente judicial (Art.186-189), a la vez que suprime el denominado “convenio extrajudicial” que requería de unanimidad, el que se reemplaza ahora por un “Acuerdo Extrajudicial”, previo a la declaratoria de quiebra, dotando a los acreedores que lo celebran de una mayor flexibilidad y autonomía, que les permita alcanzar cualquier tipo de arreglo extrajudicial lícito, eso es amistoso y no jurisdiccional, que conduzca a solucionar la insolvencia a través de la reprogramación y a la reestructuración de sus pasivos (Arts. 169 y 170), restringida eso sí, en su aplicación, como digo, exclusivamente a los que lo suscriben, aún a pesar que se le denomine “convenio” (Art. 169.)

⁴² Rafael Gómez Balmaceda, ”Convenios Concursales”, Gaceta Jurídica, Nº301, Año 2005,págs. 26 a 29

Consecuente con lo anterior, se deroga la causal de quiebra establecida en el artículo 43 N°4, referida a la declaración de nulidad o resolución del convenio extrajudicial.

2.- Cese de la causal de indignidad:

En segundo lugar, y en atención al interés básico de la ley de privilegiar los acuerdos, se elimina la causal de indignidad del deudor, como impedimento para proponer convenios de solución de sus créditos. Aunque éste haya cometido delitos de quiebra, podrá hacer proposiciones de convenio, puesto que ello va en directo beneficio de sus acreedores para el pago de sus acreencias.

En esta misma dirección, se elimina como causal de nulidad del convenio aquella fundada en la condenación sobreviniente del fallido por quiebra fraudulenta o por algunos de los delitos del artículo 466 del Código Penal, puesto que ella venía a perjudicar aún más a sus acreedores.

3.- Nuevas formulas de convenios:

Destacando el valor preeminente de las salidas negociadas entre el deudor y sus acreedores, se introduce una modalidad de convenio preventivo nuevo y se perfeccionan las soluciones tradicionales.

3 a.- En primer lugar, se confiere una facultad inédita en el derecho concursal chileno para los acreedores, de exigir al deudor o a su sucesión, ante determinadas circunstancias de insolvencia crítica, la presentación obligatoria de un convenio judicial preventivo (convenio obligatorio) (Arts.172-176), institución que con toda seguridad viene del Bankruptcy Code del derecho norteamericano y que allí se denomina "solicitud o petición involuntaria".

Como digo, se otorga por primera vez esta iniciativa a los acreedores para exigir que el deudor comerciante, industrial, minero o agrícola, que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, o aquel deudor común en contra del cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos y dos o más ejecuciones iniciadas, presente proposiciones de convenio judicial preventivo.

Con este objeto los acreedores podrán ocurrir ante el juez para que ordene tanto al deudor como a su sucesión, la presentación de un convenio dentro del plazo de 30 días, y si no se hace, se declarará necesariamente la quiebra de oficio por el Tribunal.

Contra la resolución que le ordena presentar el convenio, el deudor puede allanarse y el juez citar a junta de acreedores, o bien puede oponerse mediante el recurso de reposición, frente al cual, una vez resuelto, no cabe recurso alguno.

Fallada y desechada la reposición, tendrá el plazo de 20 días contados desde la resolución para presentarlo.

Para evitar el abuso o la presión indebida que podría significar esta facultad compulsiva de los acreedores, la ley (Art. 172 inciso cuarto) establece que una vez notificada la solicitud, el acreedor no podrá retirarla o desistirse de ella, como tampoco podrá ser materia de una transacción, y el pago que se haga al acreedor solicitante, después de efectuada la presentación, será nulo de pleno derecho.

Con todo, la ley establece que si la solicitud del acreedor es desechada, éste podrá pedir nuevamente la quiebra; pero si la petición se basa en la misma causal invocada y en idéntico fundamento de hecho, deberá solicitarla ante el Tribunal que desestimo la solicitud.

3 b.- Otra alternativa, pero que ya se conocía, es la presentación de un convenio apoyado, (Art. 177 bis) por el 50% del total del pasivo, lo que provoca el “efecto paraguas” de la suspensión de ejecuciones y de los plazos de prescripción por 90 días, además de ampliarse los plazos de prescripción de las acciones paulianas concursales. (At.177 bis inc. final) en tantos días transcurran desde la fecha de la resolución que recae en las proposiciones hasta la declaración de quiebra.

Con todo, es necesario decir que este artículo 177 bis tradicional se remozó, en cuanto al número de acreedores necesarios para la determinación del pasivo, quienes deben apoyar la proposición, ya que exige dos o más acreedores que representen más del cincuenta por ciento del pasivo, dejando de lado la tesis de la doble mayoría -numérica y valorativa- que se discutía anteriormente.

Se agrega que para el cálculo de la mayoría del apoyo requerido, se excluyen determinadas personas vinculadas, como el grupo empresarial o el titular de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada proponente de un convenio, si el proponente es el titular.

Asimismo se modifica el efecto práctico de este apoyo, ya que ahora no se puede solicitar- no ya declarar- la quiebra del deudor proponente del convenio como tampoco iniciarse juicios ejecutivos, incluso ejecuciones de cualquier clase, o demandar la restitución en los juicios de arriendo de bienes que ocupa el deudor, durante 90 días siguientes a la notificación del Convenio. Se establece la suspensión de los procedimientos judiciales y de los juicios ejecutivos que ya se habían iniciados o las solicitudes de quiebra en curso, antes de impetrar el procedimiento especial del Art. 177 bis, con excepción de ciertos juicios laborales, lo que, en la práctica, aclara una situación no resuelta por la norma antigua que se limitaba a establecer que durante ese período no podría ser declarado en quiebra ni procederse a la realización de sus bienes.

A ello se agrega que durante este período se suspenden los plazos y no corren la prescripción extintiva.

Se mantienen las prohibiciones del deudor para gravar o enajenar sus bienes, salvo los indispensables durante el período de suspensión y la previa autorización del síndico para ejecutar ciertos actos.

3 c.- Por último, está el convenio simplificado del Art. 177 quater, para el caso en que la proposición de convenio judicial preventivo se haya presentado con el apoyo de uno o más acreedores, que representen más del 66% del total del pasivo.

En este caso se suspenden los procedimientos, al igual que en el Art. 177 bis y los acreedores se pronuncian directamente en junta sobre las proposiciones de convenio, eliminándose la función que el síndico tiene como informante en los demás procedimientos.

4. – Alcance del convenio:

Cabe destacar finalmente, que el texto nuevo fija cuales son las obligaciones y el pasivo que forma parte del Convenio judicial preventivo, señalando que aquellas comprenden, las que el proponente mantiene al momento de dictarse las resoluciones que dan inicio al procedimiento de proposición judicial del Convenio, aún cuando no sean de plazo vencido. (Art. 171 en relación con el Art. 200 letras a y b)

5.- Objeto del convenio:

En cuanto al objeto de las proposiciones de convenio, (Art. 178) tanto en el preventivo como en el simplemente judicial, se otorga gran amplitud para permitir arreglos destinados a solucionar la insolvencia, tales como reprogramación de pasivos, prórrogas de plazo, abandono de todo o parte de los bienes o activos del deudor, para que los acreedores se paguen con sus frutos y con el producto de su liquidación.

Se elimina así toda limitación a los posibles objetos y contenidos de los convenios, salvo aquella referida a la ilicitud, o aquella que implique alterar la cuantía de los créditos para determinar el pasivo, con el fin de evitar las manipulaciones de las mayorías necesarias para aprobarlo, resguardándose así su unidad y la igualdad para todos los acreedores. (*Pars conductio creditorum*)

Respetando el principio de la igualdad de trato entre los acreedores (Art. 178), se autorizan los convenios de objeto múltiple, esto con una proposición u oferta principal y proposiciones alternativas

Así, el convenio podrá tener proposiciones sucesivas, esto es, distintas pero que se cumplen en etapas diferentes (por ejemplo, continuación de giro y enajenación como unidad económica) o presentadas de forma alternativa, por lo que se debe

cuidar siempre que las proposiciones formuladas, a la hora de ejecutarlas, no sean incompatibles entre sí, ya que los acreedores deberán necesariamente escoger una de ellas, bajo un criterio de coherencia, dentro de los diez días contados desde la fecha que la Junta lo acuerde.

Lo anterior es sin perjuicio del acuerdo unánime en contrario, para que el convenio no sea uno ni el mismo para todos los acreedores.

Por último, se mantiene la posibilidad de constituir garantías condicionadas a la aprobación del convenio, en el mismo instrumento o en forma separada (Art. 192).

6.- Designación del Síndico:

En cuanto al nombramiento del Síndico titular y suplente, al igual que Ley N° 20.004, que reglamenta la designación de los Síndicos en las quiebras y cesiones de bienes, se dispone como eje central y preeminente para los convenios, el traslado de su nombramiento y designación a la voluntad de los acreedores mayoritarios, lo que se reglamenta minuciosamente (Art. 173 inciso final), primero con el acreedor con domicilio en Chile que aparezca con el mayor crédito, o en subsidio, con el segundo. En tanto que los honorarios propuestos para el Síndico se fijan en audiencia por los tres mayores acreedores, más el deudor y, en subsidio, por el Juez (Art. 174 N° 6)

En definitiva, los acreedores intervienen ahora en el nombramiento del síndico, como informante e interventor del convenio, antes de su aprobación, o bien como interventor, de acuerdo al convenio, cuando éste es aprobado, o como síndico de la quiebra, cuando ésta es decretada por haberse rechazado o desechado el convenio o, en último término, cuando se acoge su nulidad o se declara su incumplimiento.

7.- Funciones de los Síndicos en los convenios:

Respecto de las funciones de los Síndicos en los convenios digamos que se pueden dividir en dos etapas:

7 a. Como interventor:

En la etapa de presentación de las proposiciones de convenio preventivo, de acuerdo al Art. 174, se establece su papel como interventor, con las facultades del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, con lo que se llena un vacío de la actual legislación en que no se establecían las facultades del síndico como interventor

7 b. Como informante:

En cuanto al informe que debe elaborar dentro del plazo de 20 días prorrogables, se precisa el objetivo y contenido del informe documentado que debe presentar al tribunal, con lo cual los acreedores podrán contar ahora con los elementos de juicio necesarios para determinar si el convenio que se propone es viable y razonable, acompañado de “la calificación fundada del Síndico acerca de si la propuesta es susceptible de ser cumplida, habida consideración de las condiciones del deudor”. (Art. 174 N° 2 ,letra b.)

En adelante, el Síndico deberá calificar proactiva y fundadamente, la viabilidad de las proposiciones, apreciar su conveniencia para los acreedores y pronunciarse sobre la recuperación probable para cada acreedor valista.

8.- La figura del “experto facilitador”:

Por otra parte, la nueva ley (Art. 177 ter) incorpora la figura de un nuevo personaje en los convenios, denominado “experto facilitador”, que es designado por la Junta de Acreedores -50% del pasivo con derecho a voto, incluyendo a los preferentes, quienes si votan no pierden sus privilegios- y cuyas funciones quedan sujetas al control de la Superintendencia de Quiebras.

En términos prácticos, el deudor en potencial insolvencia, queda facultado para solicitarle al Tribunal que cite a una Junta de Acreedores para que le designe un “experto facilitador”⁴³ (Art. 177 ter), con el propósito que evalúe su situación legal, contable, económica y financiera.

El “experto facilitador” deberá estar plenamente informado de la situación de la empresa en dificultades, ya que dispone de un expedito y libre acceso a todos los libros, papeles, documentos y antecedentes que estime necesarios, con la obligación de guardar estricta confidencialidad.

Mientras dura esta labor y evacua su informe, se suspenden las ejecuciones y el deudor conserva la administración de sus bienes con ciertas limitaciones, que para ser levantadas deberán contar con la autorización de un interventor nombrado por el juez, o del experto facilitador cuando éste asuma, según el período de que se trate. (Art. 177 ter)

La introducción de este agente que es una persona natural, obedece a una sugerencia de la Sofofa y persigue establecer un puente entre los acreedores y el deudor, proponiendo dentro del plazo de 30 días improrrogables, soluciones encaminadas a determinar si la empresa es viable y si puede continuar su giro con un convenio que evite la quiebra. En caso contrario, si fracasa, deberá solicitar al Tribunal que declare la quiebra, en la que no podrá actuar como Síndico.

⁴³ Véase el “ Informe Final” del Grupo de Estudio de la Ley de Quiebras, ob.cit.págs.6,7 y 8

Recordemos, en todo caso, que los honorarios de este experto son de cargo del propio deudor.

Estimamos que esta última modificación constituye una fórmula de asesoría real y efectiva- ojalá barata, simple y rápida- para las PYMES, para hacer frente a sus dificultades, sobre todo ante los desafíos y la competencia que impone un mundo globalizado.

9.- Arbitraje:

Otra novedad, con miras a la desjudicialización de los procedimientos y a su mayor especialidad técnica, es la posibilidad de incorporar al convenio (Art. 178) la alternativa del arbitraje unipersonal, por acuerdo especial de la junta de acreedores (66% del pasivo), investida con las amplias facultades que establece la nueva ley (Art.181), especialmente en cuanto a la prueba y a su apreciación.

En general (Art. 184), aunque ya era una práctica en algunos casos, todas las dificultades que surjan entre las partes con motivo de los convenios podrán ser sometidas a arbitraje, si así se estableciere en una cláusula del convenio.

En los convenios de las sociedades anónimas fiscalizadas por la Superintendencia de Valores, excepto en el caso de las Compañías de Seguros, se establece un mecanismo de arbitraje unipersonal forzoso y de derecho, mediante un árbitro designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de una lista de abogados con más de 20 años de experiencia, que lleva la Superintendencia, (Arts.180, 181,y182), pudiendo ser mixto, si consiente el deudor y lo acuerdan dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo, cuando se trata de S.A. fiscalizadas y el 75% en los demás casos.

Cabe destacar que los costos del arbitraje serán de cargo del deudor y gozan de la preferencia de las costas establecidas en el art. 2472 N° 1 del C.C.

10.- Forma de comparecer:

Respecto de la comparecencia de los acreedores, se incorpora un procedimiento de verificación de los créditos, (Art. 174 N° 3), que no existía en el convenio judicial preventivo, que se rige por el procedimiento establecido en el artículo 102, aplicable al derecho a voto en las juntas de acreedores de las quiebras y que fuera modificado por la ley 20.004, procedimiento que permite tener certeza de quiénes son los acreedores reconocidos para votar en esa junta y cuáles son los créditos por los cuales tienen derecho a votar.

La nueva ley establece la obligación del Síndico o interventor de presentar una nómina de los acreedores con derecho a voto con la indicación de sus respectivos

créditos, con diez días de anticipación a la Junta de Acreedores que para estos se convoca (Art. 174 N° 4), no antes de los 30 días y no como los 40 días anteriores.

11.- Aprobación del convenio:

Para los efectos de la aprobación del convenio, la nueva ley (Art. 190) establece que no podrán votar, ni sus créditos ser considerados como parte del pasivo, las siguientes personas:

11 a. - El cónyuge y parientes, quienes podrán votar para oponerse al convenio. Sin embargo, la misma ley (Art. 193), dispone más adelante que si estas personas votan, lo pueden hacer únicamente para oponerse al convenio y en tal caso se incluyen en el pasivo

11 b. - Personas relacionadas, de acuerdo al artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, esto es, los denominados grupos empresariales que se guían por un mismo centro o dirección de intereses (matrices, filiales y sus coligadas).

11 c. - El titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente y esta empresa, si el proponente es su titular; y

11 d. - Los cesionarios de créditos adquiridos en los 30 días anteriores a la proposición de convenio, quienes tampoco podrán impugnarlo.

Ahora bien, para los efectos formar las mayorías necesarias destinadas a su aprobación, la nueva ley reglamenta un sistema para excluir al acreedor disidente, que manifiesta su voto en contra del convenio, acompañando o consignando un vale vista de por lo menos, la suma mínima que corresponda al monto probable de recuperación que le correspondería a cada acreedor valista en la quiebra. (Art. 190 en relación con el Art. 174 letra c.)

12.- Impugnaciones:

En cuanto a las impugnaciones, que en rigor, son causales de nulidad hechas valer anticipadamente, las modificaciones son las siguientes:

12a. - En cuanto a la legitimación para deducirlas por vía incidental, la nueva ley elimina las restricciones para la impugnación de los convenios por determinadas personas, como aquellas que impedían impugnar al acreedor presente en la junta y al que haya votado a favor, y se establece que el convenio puede ser impugnado por cualquier persona a quien pudiere afectarle, sin distinguir si votó en contra o disintió de la mayoría, como era en la antigua ley (Art. 186 L. de Q.) y también por quienes hubiesen otorgado cauciones reales o personales o que sean terceros poseedores de bienes constituidos en garantía de obligaciones del deudor, siempre que los acreedores no hubieren votado a favor del convenio.

Tal cual como dijimos, se elimina como causal de impugnación la indignidad o incapacidad legal del deudor para proponerlo, con el objeto de favorecer así su celebración.

12 b. Además, a las ya tradicionales causales del Art. 186 que se reemplaza por el Art. 196, se agregan como causales:

b.1 La de contener el convenio una o más estipulaciones contrarias a los objetos permitidos del convenio, según el artículo 178; y

b.2 La ocultación o exageración del activo o pasivo, puesto que la única causal de nulidad que se conserva es ésta, pero descubierta con posterioridad al vencimiento del plazo para impugnar el convenio.

El plazo de impugnación se reduce de 8 a 5 días, contados desde la notificación por aviso del extracto del convenio acordado (Art.195.

13.- Vigencia anticipada de los convenios:

Se autoriza (Art. 199) la entrada en vigor del convenio en forma anticipada, con el objeto de evitar la incertidumbre que provocan las discusiones sobre impugnaciones pendientes de créditos, evitando que quienes se oponen al convenio usen maniobras dilatorias, con el fin de impedir o retardar su entrada en vigencia, y se establece que rige el convenio, aunque hubiere impugnaciones, si ellas no tienen el apoyo de acreedores que representen a lo menos el 30% del pasivo con derecho a voto.⁴⁴

14.- La nulidad y la resolución de los convenios:

Se reducen las causales de nulidad de los convenios a una sola causal genérica (Art. 210), fundada en la ocultación o exageración del activo o del pasivo descubiertas después de haber vencido el plazo de impugnación y que vence en un año.

Se deja de lado el vocablo “resolución” que empleaba la antigua ley –ya que no hay contrato- y se modifica esta acción por una acción declarativa de incumplimiento de sus estipulaciones, manteniéndose, en todo caso, los avales y fianzas que lo resguardan (Art. 212) y que prescribe a los seis meses.

En ambos caso la tramitación se acoge al procedimiento sumario.

⁴⁴ Véase, Juan Pablo Román Rodríguez, “Informe sobre Nulidades en Juntas de Acreedores,” Superintendencia de Quiebras, Boletín Informativo N° 81. -

15.- Modificaciones a los convenios:

En cuanto a las modificaciones, éstas se pueden hacer efectivas utilizando el mismo procedimiento y las mismas mayorías exigidas para su aprobación, es decir, dos tercios o más de los acreedores concurrentes que representen las tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, con exclusión de los preferentes que no hayan votado.

Serán excluidos de estas votaciones los acreedores de los créditos posteriores a las primitivas proposiciones de convenio, puesto que a ellos este convenio no los obliga.

IX. Conclusiones y valoración crítica:

Hasta aquí esta síntesis de la evolución de la legislación de quiebras en Chile y su estado actual con la últimas reformas que estimamos serán de gran provecho para la comunidad forense, y permitirá un desarrollo más acelerado y transparente de los procedimientos y de las soluciones, especialmente en el sector más modesto de nuestra industria pequeña y mediana para las cuales ellas fueron concebidas.

La reforma legal a las facultades de la Superintendencia de Quiebras persigue sin duda perfeccionar la reglamentación de los Síndicos nos sitúa ante un mayor control del Estado sobre las quiebras y convenios e intenta despejar el uso caprichoso y poco solidario de este procedimiento en ventaja de unos pocos.

A su vez, conserva y deja subsistente el carácter privado que tiene la administración del complejo fenómeno de la quiebra, que por repercutir en el crédito y en última instancia en la buena fe, requieren ser reforzados a través de las tutelas que nos aporta esta nueva ley.

La reforma le ha dado al convenio preventivo la importancia que su aplicación está llamada a tener.

Sin embargo, en materia de reforma a los convenios, forzoso es reconocer que no hay fórmulas mágicas ni precisas que permitan hacer fácil el camino, como diría el célebre escritor y ex fallido Honoré de Balzac: “desde el ruego que implora la misericordia de los acreedores hasta el abismo y la catástrofe de la quiebra”, ya que todas tienen sus defectos.

Esperamos que la creación de una instancia de acuerdo más ágil y no sólo como la antesala de la quiebra contribuirá, sin duda, a salvar las empresas viables, eliminando las ineficientes, incentivando así una mejor asignación de los recursos

a través de una rápida liquidación de sus activos y su distribución y recolocación en otras manos para que las empresas sigan funcionando como entidades productivas y generadoras de empleo.

Esperemos asimismo, que así sea y que esto se vea reflejado en Chile en un incentivo hacia una mayor actividad económica y sobre todo empresarial.

Agradezco vuestra benevolencia y el esfuerzo en haberme escuchado, en este auditorio internacional de este país que siento tan cercano al mío, esperando que la mayor utilidad de la empresa intelectual que hemos acometido, se vea compensada con las reflexiones que hemos comentado con Uds. esta mañana.

Muchas Gracias

Arturo Prado Puga
Abogado- Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Comercial
Facultad de Derecho Universidad de Chile
Consejero General del Colegio de Abogados de Chile A.G