

UN RÉGIMEN DE SALVAMENTO EMPRESARIAL EN CHILE

Introducción

En primer lugar, es pertinente afirmar que el sistema concursal chileno, esencialmente, no persigue el salvamento de la empresa insolvente declarada en falencia.

Esta inspiración se refleja en que nuestra ley sobre la materia se denomina de “*quiebras*” y no “*de concursos*”, a diferencia de recientes legislaciones comparadas de Iberoamérica como la de México, Perú o España, entre otras. Lo anterior, se ve plasmado en el artículo 1° del Libro IV de nuestro Código de Comercio, que al tratar el procedimiento de quiebra establece: “*El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.*”.

A pesar de la inspiración de la ley, nuestro sistema cuenta con alguna normativa especial para determinadas empresas en crisis y, cuenta además, con ciertos institutos que, a pesar, conviven con la inspiración referida y que, de utilizarlos, pueden llevar a prevenir la crisis definitiva de la empresa, mantenerla en funcionamiento o, por último, salvarla y reasignarla, eficazmente, en medio de la crisis. Estos mecanismos, se encuentran a disposición, fundamentalmente, de los acreedores del deudor.

I.- Mecanismos de Salvamento del deudor o de la empresa

Dentro de los mecanismos contemplados en la Ley de Quiebras¹ que tienden al salvamento de la empresa podemos señalar:

- i.- los “convenios² preventivos”³;
- ii.- la “continuación del giro”⁴;

¹ Libro IV del Código de Comercio

² Sinónimo de Concordato

³ Acuerdos entre deudor y acreedor sin preferencia a efectos de evitar la declaración de quiebra.

⁴ La manutención del funcionamiento productivo de la empresa declarada ya en quiebra, en manos de un administrador, por decisión inmediata del síndico (tercero administrador de la fallida) con fines de liquidación, del juez (que en Chile es de jurisdicción civil, general u ordinaria) o, definitivamente, de los acreedores que buscan, con ella, obtener un mejor precio en el proceso de venta del activo de la fallida.

- iii.- la “venta como unidad económica”⁵,
- iv.- el “experto facilitador”⁶ y
- v.- el “convenio simplemente judicial”⁷.

La utilización de estos mecanismos, buscan privilegiar procesos de levantamiento o resolución de crisis, que no conlleven a la liquidación ineficiente, desordenada e inorgánica de una empresa la que, no obstante del propósito del legislador, es en los hechos, lo que ocurre mayoritariamente en los procesos concursales chilenos⁸.

No obstante lo que se comenta, el legislador chileno ha introducido modificaciones⁹ a efectos de agilizar y simplificar la consecución de convenios, reduciendo el coste y las formalidades para alcanzarlos. Sin embargo, esto no ha reportado avances significativos en la práctica¹⁰.

De esta manera, más allá de la pregunta de por qué no se utilizan estos institutos de la actual ley de quiebras, se debe recalcar, como punto fundamental, la heterogeneidad de la realidad en cuanto al tamaño de las empresas en Chile. En nuestro país, las empresas de menor tamaño, representan más del 90% de las empresas en Chile, por lo cual, a juicio de la autoridad política se hace necesario introducir algunas reformas a fin de alinearla con los actuales requerimientos de los negocios y la economía, especialmente en lo que se refiere a los procesos de gestión, eficiencia, salvamento de la empresa y cierres ordenados y formales de las empresas no viables.

Esto es lo que ocurre, advertimos, por ejemplo con los países desarrollados, los que han

⁵ La realización del conjunto de factores productivos de la empresa en funcionamiento, en cuanto universalidad jurídica, en subasta pública que se siguen ante el juez y se adjudica “*al mejor postor*”, conforme al artículo 124 del Libro IV del Código de Comercio.

⁶ Profesional que, por decisión de los acreedores del deudor, en conformidad al artículo 177 Ter del Libro IV del Código de Comercio, lo evaluará legal, contable, económica y financieramente, a efectos de proponer a los acreedores, un acuerdo, a través de la figura del “Convenio preventivo” “*que sea más ventajoso que la Quiebra de aquel*”.

⁷ Aquel convenio que “*se propone durante el juicio de quiebra para ponerle término*”, conforme a los artículos 186n y ss. Del Libro IV del Código de Comercio.

⁸ Según los antecedentes de que dispone la Superintendencia de Quiebras de Chile, de 500 procesos concursales que se han decretado judicialmente, desde el 01 de febrero de 2006 hasta el 30 de Julio de 2009, el 94% de ellos son esencialmente de liquidación.

⁹ Las últimas datan del año 2005, a través de la ley 20.073 que fuera publicada con fecha 29 de Noviembre de aquel año.

¹⁰ Ver nota 8

sido capaces de recoger en sus respectivas legislaciones la heterogeneidad de realidades entre las distintas empresas, y por lo tanto, ofrecer tratamientos legales diferentes.

II.- Una mirada crítica a nuestro régimen concursal, desde la perspectiva del salvamento de empresas en crisis.-

En definitiva las instituciones existentes, no cuentan con procedimientos de reorganización rápida (*fast track procedures*), solo existen procedimientos de quiebra rápida (*fast track procedures*) para quiebras con deudas por menos de 1000 UF¹¹.

A pesar de los cambios en la legislación chilena, tanto emprendedores como instituciones de apoyo e instituciones financieras coinciden señalar que estos distintos elementos no resuelven satisfactoriamente el dinamismo y flexibilidad que requeriría el entorno de la quiebra, además, de no promover el inicio de procedimientos de reorganización y salvación de empresas lo antes posible. Esta falta de operabilidad se realimenta debido a que los emprendedores desconocen el funcionamiento de este tipo de procesos.

Por otra parte, el estigma social parece ser importante, ya que, por una parte no se produce una liberación (*discharge*) del emprendedor que pueda ser asociado a una rehabilitación social. En general, la sociedad asume que si un emprendedor ha fracasado o quebrado es por que “*algo habrá hecho mal*”.

De esta manera, en materia de salvamento, la alerta y la asistencia técnica, rápida, para una empresa a la que acechan problemas financieros es un elemento clave para la preservación del negocio. Asimismo, el reconocimiento tardío de estos problemas es uno de los elementos causantes del fracaso empresarial o el aumento de los costos sociales de ese fracaso. El momento en que los problemas son reconocidos y se toma una acción apropiada es, a menudo, demasiado tarde para salvar el negocio.

Las principales falencias identificadas por el sector público y la sociedad civil, en materia de salvamento empresarial, son las siguientes:

¹¹ Aproximadamente unos US\$30.000 americanos

- i.- No existe una estructura de arbitraje, mediación o de intervención de tercero, de manera sistemática para el apoyo en procedimientos de salvataje;
- ii.- El sistema legal, enfoca su reglamentación a los procesos de liquidación¹²;
- iii.- Los Procesos judiciales son excesivamente lentos, no especializados y con barreras de acceso a mayoría de las empresas, especialmente las de menor tamaño;
- iv.- Nueva ley no ha producido aún resultados en cuanto a flexibilidad y agilidad del convenio preventivo y al desempeño del papel de “Experto Facilitador”, a quien lamentablemente la regulación que se entregó por ley 20.073¹³, tiene una serie de dificultades que al menos hacen cuestionar la efectividad y contribución que pueda tener, entre otros plazos muy breves para presentar una propuesta de convenio y en el evento de no presentar la propuesta, se sanciona al deudor con la declaración de quiebra, además de los altos quórum requeridos para la aprobación de sus proposiciones;
- v.- La sociedad percibe el fracaso o la quiebra empresarial como algo negativo, consecuencia de un mal hacer empresarial o personal, y
- vi.- No existen de forma sistemática, servicios de apoyo a las empresas/emprendedores para prevenir o reconducir la aparición de las dificultades en fase temprana¹⁴.

III.- Desafíos.-

Para lo anterior, sería necesario un cambio de paradigma del derecho concursal chileno, pasando del actual sistema sancionatorio, centrado en la concepción castigadora del fallido y orientado a la liquidación de sus bienes, a un sistema de salvamento de la empresa y el emprendimiento con un claro esfuerzo en la prevención, que permitan que el empresario se reinserte en el proceso productivo en el más breve plazo. En este sentido, se hace necesario incorporar procedimientos de Convenios más simples, económicos y expeditos que permitan a los acreedores colaborar en la búsqueda de la maximización de los retornos, privilegiando las continuidades de giro o bien las liquidaciones ordenadas de los activos. En este marco, el estudio de una jurisdicción especializada o altamente capacitada es, a nuestro juicio, una condición fundamental.

¹² Que conlleva, para los acreedores, una recuperación promedio del 25% de sus derechos.

¹³ De 29 de Noviembre de 2005

¹⁴ No obstante, durante el mes de Agosto pasado, con apoyo de agencias estatales, del Ministerio de economía de Chile y de corporaciones privadas, se inauguró un sistema on-line de apoyo para la alerta temprana (www.nuevamente.org). Esta iniciativa ha sido impulsada por el Foro de la Innovación (www.foroinovacion.cl).

En definitiva, al contrastar la realidad chilena actual con las mejores prácticas mundiales en materia de re-emprendimiento, revela que Chile tiene una gran oportunidad de mejora en esta materia, ya que las mejores prácticas identificadas no se encuentran presentes en nuestro ordenamiento jurídico. Este reto es de especial significación en la coyuntura actual de Chile. Su actual nivel de desarrollo económico, cercano al umbral que separa las economías emergentes de las economías desarrolladas, exige que el país desarrolle nuevas actividades con un mayor contenido de conocimiento y de valor agregado. Esas nuevas actividades necesariamente representarán innovaciones significativas y, por ello, necesariamente requieren de una intensa actividad emprendedora: el emprendedor está ampliamente identificado como el principal agente de innovación en las economías más dinámicas.

IV.- Iniciativas legales en curso, introducen el salvamento de manera orgánica

Es evidente que faltan algunos aspectos por mejorar y perfeccionar, sin embargo, ya se hace patente la preocupación del Gobierno actual, quien ha hecho de la innovación y el emprendimiento ámbitos clave en los que debe enfocar prioritariamente sus esfuerzos, especialmente en materia de empresas de menor tamaño, lo que se ha plasmado en la creación de un mecanismo de salvamento de este tipo de empresas, contenido en un proyecto de Ley denominado estatuto PYME que busca adecuar la carga regulatoria de las empresas de menor tamaño de manera que sea consistente con la capacidad de cumplimiento de éstas.

Dentro del citado proyecto de Ley, se propone entre otros, un Sistema de Apoyo a la Reorganización o Cierre de Microempresas y Pequeñas Empresas en situación de insolvencias mediante la participación de *ASESORES ECONÓMICOS DE INSOLVENCIAS*.

El reto de revertir las actuales falencias en materia de re-emprendimiento han sido identificada por el sector público y la sociedad civil como altamente prioritario, y se está gestando un esfuerzo conjunto entre ambas para eliminar las actuales barreras al re-emprendimiento en Chile y, también, al cierre ordenado y formal.

En otras palabras, existen condiciones inusualmente propicias para que Chile dé un salto importante hacia un entorno más favorable al re-emprendimiento. Esto hace posible plantearse objetivos de mejora más agresivos que lo que sería posible en otras circunstancias. A la vez, exige asegurar las acciones tendientes a cerrar la brecha respecto a las mejores prácticas internacionales en materia de re-emprendimiento, y así llegar a un sistema concursal que contemple dentro del mismo el **salvamento**, la **reestructuración** y la **quiebra**.

Características del Asesor Económico de Insolvencia.

En el proyecto de ley que fija normas para las empresas de menor tamaño, se consulta, en su artículo noveno, la creación de un sistema voluntario para la reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis. Para ello, se crea un ente que tiene por objeto otorgar un certificado, que produce el efecto de suspender hasta por un plazo de 90 días todas las ejecuciones o medidas o procedimientos de apremios que actualmente se encuentren vigente sobre el deudor¹⁵, en la forma y en los casos que ella establece, y llevar a cabo un estudio sobre la situación económica, financiera y contable del deudor, previo requerimiento de éste.

En general, podemos caracterizar el sistema voluntario para la reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis, de la siguiente forma:

1.- Asesor Económico de Insolvencia.

1.1.- Función: Otorgar certificado de asesoría y llevar a cabo estudio sobre la situación económica, financiera y contable del deudor.

1.2.- Requisitos para ser Asesor: * Persona natural o jurídica. Si es persona jurídica, sólo el representante legal puede ser asesor y la empresa debe ser con giro único para o de “asesoría económica”.

- Cumplir requisitos de formación exigidos para síndicos,
- Rendir examen ante Superintendencia de Quiebras para ser incluido en registro,

¹⁵ Se exceptúan procedimientos de derecho de familia en contra de la persona del deudor y acciones de tutela de derechos fundamentales y laborales, entre otros.

- Estar inscrito en registro de asesores que llevará la Superintendencia,
- Mantener garantía de fiel desempeño en la Superintendencia de Quiebras, la que debe permanecer vigente mientras sea Asesor,

1.3.- Prohibiciones y causales de exclusión: En general las mismas establecidas para los síndicos en lo compatible y estar relacionado con el deudor que solicite asesoría dentro de períodos acotados,

1.4.- Cesación funciones de asesor: Por término de asesoría, exclusión y renuncia.

- En caso de exclusión, cesa de inmediato en sus funciones y debe devolver antecedentes que maneje del deudor, si no lo hace se puede requerir bajo apercibimiento art. 238 C.P.C.¹⁶, con multa de hasta 60 UF. Existe un procedimiento de reclamación ante el juez de letras competente, que se tramita en juicio sumario.
- En caso de renuncia, debe dar estricto cumplimiento a las obligaciones asumidas hasta su término.

1.5.- Inhabilidades: En general las mismas que para los síndicos. Se establece la incompatibilidad de ser nombrado síndico en caso de quiebra posterior del deudor.

1.6.- Sanción al concierto: Entre asesor persona natural, socios de de la sociedad que actúen en calidad de asesores y deudor o acreedores. La sanción es penal e inhabilidad perpetua para ser asesor o síndico.

1.7.- Responsabilidad del asesor: Culpa levísima.

1.8.- Ente fiscalizador: Superintendencia de Quiebras, que tiene las mismas atribuciones establecidas en ley 18.175, además:

- Llevar registro de asesores,
- Aplicar sanciones a los asesores quienes tendrán los mismos derechos del N°5 artículo 8 ley 18.175,
- Llevar registro público de certificados emitidos por asesores,
- Poner antecedentes criminales en conocimiento del ministerio público. Si denuncias no tienen carácter criminal, deberá informar al denunciante e informar al asesor.

2.- Procedimiento: Se desarrolla de la siguiente forma:

- Asesor actúa a instancia de parte (deudor),
- Asesor acepta designación y comunica el hecho a Superintendencia,

¹⁶ Código de Procedimiento Civil

- Asesor verifica cumplimiento requisitos y emite certificado, abre expediente de requerimiento y comunica emisión certificado a Superintendencia para su validación,
- Emisión certificado no es discrecional del asesor, caso de negativa emisión certificado, se debe fundar,

2.1- Efectos de la emisión del certificado: **Suspensión** de apremios cualquier clase, actos consecuencia de protestos mercantiles, ejecuciones individuales y colectivas, juicios tributarios, medidas administrativas, otras judiciales y de policía local. Excepción: acciones constitucionales, delitos, ejercicio de derechos colectivos del trabajo, incumplimiento de normas de higiene y seguridad laboral, obligaciones de familia y cualquiera otra que implique infracción normativa.

- El deudor no puede gravar ni enajenar los bienes de su activo fijo, una vez emitido el certificado.
- El certificado deberá ser presentado ante el organismo pertinente mediante una copia certificada por la Superintendencia. En caso que se haga valer ante autoridad judicial, se hará valer por las normas establecidas para las excepciones dilatorias o perentorias, según sea el estado de tramitación del juicio,

2.2.- Período de suspensión: plazo lo fija asesor, pero no puede exceder de 90 días corridos desde su emisión y no puede ser prorrogable,

- Se suspenden los plazos de prescripción que estuvieren corriendo,
- Durante el período de suspensión el asesor debe efectuar el estudio de la situación del deudor y emitir una copia a cualquiera de los acreedores que lo solicite,
- El asesor en conjunto con el deudor podrá efectuar gestiones para obtener recursos o asistencia técnica, ante instituciones públicas o privadas, para llevar a cabo una reorganización,
- El asesor deberá citar a los acreedores y al deudor, por cualquier medio legítimo, durante este período, a reuniones que se celebrarán con los que asistan, para exponer la situación del deudor y sugerir medidas de solución insolvencia,
- Proposiciones del asesor no son obligatorias para el deudor ni acreedores,
- Los acuerdos a los que se arribe deberán ser protocolizados dentro del plazo de suspensión y obliga sólo a los que los suscriban, pudiendo el resto de los acreedores adherirse a él dentro de 10 días contados desde la protocolización,

2.3.- Extinción de los efectos del certificado: vencido que sea el plazo de suspensión, todos los acreedores recobran sus derechos y pueden pedir la quiebra del deudor,

2.4.- Remuneración asesor: acordada con el deudor. Hasta 100 UF preferencia 2472 N° 4 CC. Con todo, la remuneración no puede exceder de 2% activo de la quiebra.

- En caso de quiebra el Fisco pagará hasta 75 UF y se subrogará al asesor. El síndico debe verificar este crédito y asume la representación del fisco.

Características Generales:

De lo anteriormente expuesto, podemos extraer como características generales, del proceso, las que siguen:

- a).- Procedimiento acotado sólo a determinadas empresas,
- b).- Es un proceso desjudicializado, la intervención de tribunal es excepcional,
- c).- No se trata de un proceso concursal, sólo afecta a quienes suscriban el acuerdo respectivo,
- d).- Tiene como plazo máximo de duración 90 días improrrogables,
- e).- La emisión del certificado no es discrecional, basta que se cumpla el supuesto de aplicación,
- f).- El gran efecto que produce el certificado es la suspensión de obligaciones y ejecuciones de naturaleza patrimonial, salvo excepciones (laboral y constitucional),