



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Dpto. de Derecho Comercial

CESACIÓN DE PAGO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales

Francisca Andrea Céspedes Salvatierra

Profesor Guía: Patricio Jamarne

Santiago, Chile

2020

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS	10
1.1 Derecho Romano	10
1.2 Derecho italiano	14
1.3 Derecho francés	16
1.4 Derecho norteamericano	18
1.5 Derecho español	25
CAPÍTULO II: CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS EN OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS	34
2.1 Argentina.....	34
2.1.1. Evolución histórica de la legislación concursal argentina	34
2.1.2. Legislación actual: Ley 24.522	40
2.2 Colombia.....	46
2.2.1 Evolución Histórica de la legislación concursal colombiana	46
2.2.2 Regulación actual: Régimen de Insolvencia Empresarial y Régimen de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante.....	58
CAPÍTULO III: TEORÍAS SOBRE LA CESACIÓN DE PAGOS	63
3.1 Clasificación tripartita de Raymundo Fernández.....	63
3.1.1 Teoría materialista o restringida.....	64
3.1.2 Teoría intermedia o ecléctica	67
3.1.3 Teoría amplia o moderna.....	69
3.2 Teoría de los equivalentes.....	73
3.3 Cesación de pagos actual o potencial e Insolvencia inminente	73
3.4 Teoría procesal de Camilo Viterbo	76
3.5 Teoría italiana o estado de crisis empresarial.....	77

3.6	Teoría de anglosajona o de los “ <i>acts of bankruptcy</i> ”	78
CAPITULO IV: CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS EN CHILE		80
4.1	Concepto lingüístico o gramatical	80
4.2	Concepto económico.....	82
4.3	Instituciones similares	84
4.3.1	Insolvencia.....	84
4.3.2	Mora	90
4.3.3	Operaciones ruinosas.....	92
4.3.4	Sobreendeudamiento	93
4.3.5	Mal estado de los negocios	96
4.3.6	Incumplimiento	98
4.3.7	Iliquidez	101
4.3.8	La suspensión de pagos, crisis económica y empresas en dificultad	103
4.4	Concepto jurídico en Chile.....	105
4.4.1	Primeras regulaciones concursales en Chile	105
4.4.2	Código de Comercio de 1867	106
4.4.3	Ley N° 4.558.....	107
4.4.4	Ley N° 18.175.....	109
4.4.5	Leyes especiales	111
4.4.5.1	Ley N° 20.345: Sobre Sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros	111
4.4.5.2	DFL N° 3: Ley General de Bancos	113
4.4.5.3	Ley N° 20.416: Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.....	115
4.4.6	Ley N° 20.720: Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas.....	119
4.4.6.1	Concepto jurídico de la cesación de pagos en esta ley.....	120
4.4.6.2	Características de la cesación de pagos.....	127

4.4.6.3	Teoría de los hechos reveladores	129
4.6	Jurisprudencia	131
4.6.1	Ley N° 4.558	131
4.6.2	Ley N° 18.175	134
4.6.3	Ley N° 20.720	138
CONCLUSIÓN		143
BIBLIOGRAFÍA		149

INTRODUCCIÓN

La vida en sociedad motiva a los individuos a relacionarse periódicamente de distintas maneras, ya sea jurídica, patrimonial o económicamente. En estas interacciones se pueden generar todo tipo de vínculos complejos entre ellos, por esto, desde la aparición de las primeras civilizaciones se presentó la necesidad de crear un conjunto de normas para regular las diversas perspectivas de la vida social.

Así, nació el concepto de “vínculo jurídico”. Tradicionalmente se afirma que al contraer una obligación, una de las partes se obliga a un dar, hacer o no hacer algo a favor de otra; mientras que esta última ostenta el derecho de exigir su cumplimiento. En otras palabras, mientras que una de las partes se conmina a realizar una determinada conducta, la otra adquiere un crédito o acción para exigirla a su favor. De esta manera, distinguimos una parte deudora y otra acreedora de la obligación. Pero ¿qué pasa si el deudor no cumple con su obligación? Desde sus inicios, nuestro ordenamiento jurídico contempló diferentes mecanismos sancionatorios para que el acreedor pudiera proteger y exigir su crédito en base a esta relación jurídica. De esta forma, el cumplimiento forzado o terminación del contrato sirvieron como un mecanismo privado para que el acreedor pudiera sancionar personalmente al deudor.

A medida que se fueron modernizando las distintas civilizaciones, junto con la economía y el comercio, las relaciones jurídicas también se fueron complejizando. Así, comenzó a quedar demostrado que estas acciones individuales estaban siendo insuficientes, ante lo cual, se volvió imperioso crear otra medida de coerción para responder a esta nueva realidad: el Derecho Concursal. Esta rama del Derecho Comercial es una de las más importantes y poderosas con que cuentan los ordenamientos jurídicos para sancionar el incumplimiento del deudor a través de los distintos procedimientos que contempla. Por este motivo, desde sus inicios el Derecho Concursal se entendía meramente como un mecanismo para proteger el crédito del acreedor. Sin embargo, hoy en día, tutela una variada gama de intereses tanto públicos como privados; pues, ante la cesación de pago del deudor, si bien afecta directamente a sus acreedores, también se puede llegar a afectar los intereses de otra serie de individuos: como sus trabajadores dependientes, proveedores, clientes, etc. Es decir, no podemos restringir el objetivo del Derecho Concursal y vislumbrarlo solo como un medio para resolver los intereses entre

privados, sino que también debemos tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales que puede significar la incapacidad del pago de un deudor para la mantención de nuestro orden público económico.

Debido a esto, a lo largo de la historia, se ha analizado y estudiado el Derecho Concursal profundamente. Múltiples autores han observado y discutido sus características, procedimientos, órganos, legislaciones, etc. Pero uno de los temas que más se ha destacado es el de la cesación de pago. En efecto, la cesación de pago ha sido utilizada por la doctrina desde los inicios de la aparición del Derecho Concursal y ha sido ampliamente examinada, no solo porque se ha entendido como el presupuesto necesario para iniciar el procedimiento concursal, sino porque se ha mantenido por años la discusión de qué significa exactamente la cesación de pagos.

En un inicio la discusión tenía un carácter histórico: se radicaba en comprender qué entendían las primeras civilizaciones por cesación de pagos. Recurriendo al derecho romano podemos ver como se permitía que el propio interesado o acreedor hiciese justicia personalmente por medio de la *manus injectio*¹. De esta forma, los romanos equiparaban la morosidad del deudor con una figura delictiva merecedora de una pena por sus actuaciones fraudulentas², así, el deudor en quiebra pasaba a ser considerado delincuente y pecador. En definitiva, no importaba la condición económica global del deudor o si esta mala situación económica era transitoria, más bien, la cesación de pago se equiparaba al incumplimiento de una obligación única o a la no colaboración con el proceso. Siendo el primer significado de cesación de pago uno en sentido literal: cesar de pagar es igual a incumplir. Desde el punto de vista jurídico no se diferenciaban.

La doctrina italiana, más tarde, comenzó a sostener que no debía declararse en “falencia” al deudor que simplemente había incumplido, esto es, no siempre los incumplimientos importaban una cesación de pagos, sino que había que poner atención a la situación anterior de la insolvencia. A raíz de eso definen a la cesación como la impotencia para satisfacer, con medios regulares, las obligaciones inmediatamente exigibles.

¹ SOZA RIED, M. (1998). El Procedimiento Concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (20), pp. 13-34

² PUGA VIAL, J. (1989). *Derecho Concursal: el juicio de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 90.

En Francia, por otra parte, surgió una interpretación diferente. La doctrina imperante entendía a la cesación de pago como un estado patrimonial permanente de imposibilidad de pagar, independiente del hecho de que haya ocurrido el incumplimiento.

Además, algunos entendían que la cesación de pagos, dependiendo de cómo se enfoque o se utilice este concepto, puede significar algo completamente diferente. Comúnmente, suele entenderse como “estar en bancarrota o estar quebrado”, pues el deudor no tiene el dinero suficiente para pagarle a sus acreedores. Por otro lado, enfocándose en el lado económico de la situación patrimonial del deudor, más bien se podría afirmar que el deudor “insolvente”; es incapaz de pagar sus deudas al deber más dinero de lo que tiene disponible o produce. En consecuencia, se podría decir que se produce la cesación de pago cuando el deudor deja de cumplir una obligación en específico en el modo y tiempo en que se estipuló.

Luego, a medida que se va desarrollando y modernizando el Derecho Concursal, la problemática se fue ampliando. Los distintos ordenamientos jurídicos, autores y legislaciones empezaron a mezclar la cesación de pagos con otros conceptos, por lo que ahora no solo existía incertidumbre sobre la definición de cesación de pagos, sino que se empezó a confundir con otras instituciones jurídicas.

Algunos la equiparaban con la insolvencia, entendida como la “situación de hecho (...) en que el deudor no esté en situación de pagar todas sus deudas, esto es, que su pasivo supere su activo³”. Otros, con “el mal estado de los negocios”, que utiliza nuestra actual normativa concursal en su artículo 98. Asimismo, hay quienes lo asimilan a las operaciones ruinosas entendidas como las actitudes previas que tiene un deudor que se anticipa al mal estado de su patrimonio (...) que inicia un espiral de sobreendeudamiento (...)⁴. También, hay otros autores que la equiparan a la figura de la liquidez, es decir, a la capacidad de una empresa de hacer frente a sus obligaciones a corto plazo conforme se vence⁵.

Nuestra propia legislación no es ajena a este problema. El Código Civil empleaba indistintamente las expresiones quiebra, insolvencia o insolvencia notoria⁶, así como, mal

³ ABELIUK, R. (2009). *Las Obligaciones*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 962.

⁴ FERNÁNDEZ, R. (1938). El verdadeiro cencepto económico-jurídico de la cesación de pagos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo*, 34 (1), pp. 173-189.

⁵ GITMAN, L. (2003). *Principios de administración financiera*. (12a ed.). Naucalpan de Juárez, Estado de México: Pearson Educación, p. 49.

⁶ PUGA VIAL, J. (2014). *Derecho Concursal: Del procedimiento concursal de liquidación: Ley Nº 20.720*. (4ta ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 51.

estado de los negocios. El Código del Comercio de 1865 en su Libro IV, por cesación de pago se refería al no pago de las obligaciones mercantiles, es más, en su Mensaje entendía como sinónimos la cesación de pagos y el incumplimiento⁷. La Ley N°4.558, usaba la cesación de pagos en su Título V y la aplicaba únicamente para el caso de cesación de pagos de un deudor civil, no definiéndola. La Ley N° 18.175, por otra parte, empleaba el concepto de cesación de pagos y mal estado de los negocios.

Por otro lado, si bien en diferentes fallos la jurisprudencia ha definido cesación de pagos, también la ha entendido como sinónimo de insolvencia⁸. Otros fallos, explícitamente reconocen el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico existen una serie de disposiciones legales que se refieren a los conceptos antes descritos como sinónimos de cesación de pagos⁹.

En resumen, actualmente no podemos dar una clara respuesta en cuanto a su definición.

Por aquel motivo, y ante la importancia de este concepto para el Derecho Concursal, es que en el presente trabajo analizaremos e identificaremos qué se entiende por “cesación de pago” y, así, intentaremos responder las siguientes preguntas: ¿Qué implica la cesación de pagos para abrir el procedimiento concursal?, ¿Qué requisitos conlleva?, ¿Cuáles son sus características?, ¿Es necesario que ésta sea permanente o puede ser transitoria?, ¿Debe ir sola o acompañada con la verificación pre concursal de insolvencia? En definitiva, nuestro objetivo es dilucidar cuáles son los requisitos, el contenido conceptual y sus características en el Derecho Concursal Chileno.

Para esto, dividiremos nuestro trabajo en cinco partes. En primer lugar, describiremos el origen, evolución y desarrollo de este concepto históricamente. En segundo lugar, hablaremos de cómo se entiende actualmente este concepto en las distintas legislaciones concursales de diferentes países latinoamericanos. En tercer lugar, analizaremos las diversas teorías que han sido creadas por la doctrina para entender y definir este concepto. En cuarto lugar, nos centraremos en cómo nuestro ordenamiento concursal la ha entendido. Para esto, haremos algunas precisiones conceptuales de la “cesación de pagos” desde su concepto lingüístico y económico. Luego, necesariamente

⁷SANDOVAL LOPEZ, R. (2007). *Manual de Derecho Comercial*. Tomo IV. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 43.

⁸ Corte Suprema. 11 de julio de 2019. Rol N° 20.607-2018, Considerando 9no.

⁹ Corte Suprema. 11 de octubre de 2016. Rol N.º 16.535/2015. Considerando 10mo.

nos referiremos a los conceptos con que normalmente se confunden o se asimilan, como ya lo habíamos adelantado. Después, analizaremos su concepto jurídico dentro de nuestra ley concursal actual y distintos cuerpos normativos y, por último, revisaremos cómo lo ha entendido la jurisprudencia de nuestro país.

Finalmente, concluiremos nuestro trabajo realizando una reflexión crítica de cómo debería entenderse este concepto y si es necesario modificar nuestra actual Ley N° 20.720 para darle una definición concreta a la cesación de pago.

CAPÍTULO I: EVOLUCIÓN Y DESARROLLO DEL CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS

1.1 Derecho Romano

Como ya habíamos adelantado, en sus inicios el procedimiento concursal fue entendido como un procedimiento sancionatorio de ejecución personal y física, pues las personas que pedían prestado dinero quedaban ligadas físicamente con el acreedor si no cancelaban su deuda¹⁰. Esto se denominaba *nexum*. El Derecho Romano se caracterizaba por ser inminentemente sacramental, religioso y lleno de diversas costumbres, por lo que resulta bastante natural que su concepto de obligación guarde una estrecha relación con la religión. De este modo, que un deudor incumpla con sus obligaciones se vislumbraba como un acto inmoral y deshonesto, equiparando al deudor a un pecador que recibiría la ira de los dioses¹¹. Entonces, el incumplimiento no era un hecho meramente privado, los romanos la entendían desde la esfera penal, es decir, como el deudor pecaba al no cumplir con su obligación debía ser juzgado como un delincuente y ser castigado físicamente por sus acreedores.

Más tarde este método sancionatorio fue paulatinamente mitigándose, creándose nuevos tipos de procedimientos y deudores. El primer “procedimiento” sobre la materia iniciaba con la citación del deudor ante el pretor, donde se le solicitaba que pague por sus propios medios o a través de un *vindex*¹². El deudor insolvente debía reconocer su deuda ante el tribunal y pasaba a convertirse en un *addicti* o *nexi*¹³ (categorías de cuasi esclavos). Los *addicti* eran los vencidos en juicio cuya sentencia no han cumplido, así el acreedor podía tenerlo como prisionero durante 60 días en su residencia y eran expuestos durante tres días de mercado¹⁴. El acreedor incluso lo podía llevar consigo atado con una correa o

¹⁰ CARAMES FERRO, J. (1940). *Curso de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Emilio Perrot, p. 33.

¹¹ BAEZA OVALLE, G. (2011). *Derecho concursal: Procedimiento de Liquidación de Bienes: La Quiebra*. Santiago, Chile: Thomson Reuters Puntotex, p. 27. “*Quien ha quitado a otro parte de aquello que le correspondió en la distribución original de bienes y males carga con la obligación del restablecimiento del equilibrio, en beneficio del perjudicado.*”

¹² Según la Tabla III de la ley de las XII Tablas, el *vindex* era generalmente un amigo o un pariente del deudor. En cierta forma, era el defensor de un miembro de la gran familia. Generalmente se trataba de una persona del mismo nivel social del deudor y su papel u objetivo principal era liberar el deudor.

¹³ FILIPPI, C. (2008). Antecedentes romanos de la quiebra. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba*, 1, p. 147.

¹⁴ *Ibidem*, p. 148.

con cadenas de quince libras de peso¹⁵, y si nadie llegaba a pagar esa obligación este deudor quedaba a disposición de su acreedor para convertirse en esclavo o ser condenado a muerte. Los *nexi*, por otro lado, eran deudores que se han entregado a sí mismos en prenda a los acreedores para garantizar el cumplimiento de una obligación¹⁶.

Si este procedimiento llegaba a fallar y el deudor no pagaba, se usaba una especie de embargo coactivo para perseguir todos los bienes del deudor¹⁷ para poder venderlos posteriormente, el cual fue conocido como *bonorum venditio*¹⁸. En este, el embargo y venta de bienes se iniciaba con la petición del acreedor o acreedores donde se estipulaban las razones o causas para iniciarlo, a saber, la condena, la cesión de bienes, el ocultamiento, la herencia vacante o la indefensión. Por su amplio uso que se le dio en esa época, muchos entienden que este fue el primer procedimiento concursal que apareció en el Derecho Romano clásico.

Sin embargo, este procedimiento resultó ser insuficiente para sancionar todas las situaciones que se podían dar por el incumplimiento del deudor, así, fueron surgiendo variaciones de la *bonorum venditio* como la *distractio bonorum* y la *cessio bonorum*. La primera nace como un sistema de ejecución privilegiada, ya que tenía la ventaja de evitar la infamia al utilizarse exclusivamente en determinados supuestos. Tal es el caso de las *clarae personae*: senadores y sus mujeres, de los impúberes y de los locos o los prodigios¹⁹.

En la *cessio bonorum*, por otro lado, el deudor condenado, que ante su estado de insolvencia se reconocía *in ure* mediante juramento, ofrecía a sus acreedores el patrimonio que le queda para que éstos lo vendan y puedan cobrarse sus créditos con el precio; lo cual no podía ser rechazado por sus acreedores²⁰. Cabe destacar que solo se concedía al deudor que devino insolvente sin culpa propia.

¹⁵ Artículo 3 correspondiente a la Tabla III de la ley de las XII Tablas.

¹⁶ LOZANO HERNANDEZ, J. (2005). Evolución del Derecho Concursal en el Perú. *Diario Oficial El Peruano: Suplemento de Análisis Legal "Jurídica"*, 2 (67), p. 2.

¹⁷ GIRARD, P. (1901). *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. París, Francia: Arthur Rousseau, p. 204.

¹⁸ PEREZ ALVAREZ, M. (2000). *La bonorum venditio: Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*. Zaragoza, España: Mira Editores, p. 75. "Instituto que se dirige al apoderamiento de todo el patrimonio del sujeto pasivo a petición de uno o varios acreedores, los cuales son puestos en posesión de los bienes del demandado (*missio in bona rei servandae causa*) ex edicto. Transcurridos determinados plazos, el *magister bonorum* procedía a la subasta de los bienes en su conjunto y los entregaba a quien ofreciera pagar un mayor porcentaje de las deudas".

¹⁹ MONTERREAL, A. (2010). *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela, España: Andavira Editora, p. 218.

²⁰ BETANCOURT, Fernando. (2007). *Derecho Romano Clásico*. (3ª ed.). Sevilla, España: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 239.

Como podemos ver, en estos primitivos procedimientos concursales romanos no estábamos ante un procedimiento que pretendía regular la situación en que se encuentra un deudor que no puede hacer frente a sus obligaciones, sino, más bien eran procedimientos con el único fin de ejecutar los bienes del deudor. Así, se entendían como procedimientos concursales, instituciones como el embargo y venta de los bienes del deudor.

A pesar de esto, de igual manera podemos apreciar claramente el hecho o causa objetiva que gatillaban el uso del aparato jurídico en el Derecho Romano: el incumplimiento. En efecto, una vez que se vencía el término pactado el acreedor podía “poner o echar las manos” al deudor para poder reparar el daño que le causaba este incumplimiento. Como ya habíamos adelantado, el no cumplir una obligación se asimilaba al fraude, engaño o traición a la fe o confianza entregada por el acreedor al proporcionar un crédito al deudor²¹. Solo una vez que se dictó la *Lex Poetelia* se cambió esta interpretación del incumplimiento y se pasó a una meramente pecuniaria, eliminando el carácter penal.

Así, por ejemplo, en el *bonorum venditio* luego del vencimiento del plazo que les era concedido para cumplir con la obligación pactada, el procedimiento era plenamente aplicable. Es decir, bastaba con que el deudor incumpliera una sola de sus obligaciones dentro del plazo dado para que el acreedor estuviera legitimado para pedir la apertura del procedimiento. De forma tal que en la práctica podía producirse la venta de todo el patrimonio del deudor, aunque el activo patrimonial sea muy superior al pasivo²². En otras palabras, no importaba si se trataba de una insolvencia efectiva, relativa o transitoria, solo se requería incumplir una obligación de un acreedor, pudiéndose producir la venta de todo el patrimonio del deudor con la sola petición del acreedor.

Por dicho motivo los romanos empezaron a distinguir entre el deudor solvente del insolvente para iniciar los procedimientos. Así, solo aquellos deudores que presentaban características de evidente insolvencia²³ eran objeto de sanciones. Por ejemplo, en el procedimiento del *pignus in causa iudicati captum* el acreedor podría dirigirse de forma directa contra el deudor, no importando el tipo de obligación ni sujeto; solo contaba con dos requisitos: el deudor debía estar en estado de insolvencia y sin forma de juicio²⁴.

²¹ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 35.

²² PEREZ ALVAREZ, M. (2004). Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, (11), p.112.

²³ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 50.

²⁴ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 52.

De aquí en adelante los romanos no solo usaron el concepto de incumplimiento de las obligaciones para abrir los procedimientos concursales, sino que empezaron a aplicar la insolvencia como requisito para sujetarse a la mayoría de estos.

Ahora bien, es importante destacar que varios autores han entendido a la causa para iniciar estos procedimientos de diferentes maneras. Algunos entienden que solo se abría el concurso cuando existiera un incumplimiento de una obligación, sin importar si el deudor era solvente o no²⁵, esto es, cuando existía una indisponibilidad actual de pago. Por otro lado, hay autores que establecen que se inicia ante el incumplimiento de una condena establecida por sentencia²⁶.

Si bien existen estas discusiones, por nuestra parte, creemos que en el procedimiento concursal romano la causa o hecho necesario para el inicio del concurso era estrictamente el incumplimiento de la obligación. Mas no sostenemos que el concepto de insolvencia les era desconocido. Pese a no ser regulada, desarrollada, ni definida²⁷ por el Derecho Romano, la insolvencia era entendida como una circunstancia de hecho y, por ende, aplicada en la práctica como un requisito. En efecto, hay autores que entendían que el presupuesto objetivo de este procedimiento era la insolvencia entendida como la incapacidad de hacer frente al pasivo con el activo disponible. No era relevante si tenía bienes o no²⁸. A pesar de esta discusión, sí podemos afirmar que para el Derecho Romano no existía diferencia alguna entre un estado de insolvencia definitiva y una transitoria²⁹.

En resumen, si bien el Derecho Romano fue el punto de partida del procedimiento concursal, en él no se logró entender a la cesación de pagos como la causa de apertura de estos procedimientos, sino más bien, se requería del incumplimiento de una obligación. En palabras del autor Rafael Ríos Arrieta: "(...) *el interés, el móvil del deudor (en la manus*

²⁵ MONTERREAL, A. (2010), cit. (n. 21), pp. 181 y 195.

²⁶ CLEMENTE MEORO, M. (1991). Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos. *Anuario de Derecho Civil*, 44 (4), p. 1550.

²⁷ DEL PINO TOSCANO, F. (2001). La sistematización de la insolvencia en el Digesto. *Derecho y conocimiento*, 1, p. 352.

²⁸ BETANCOURT, F. (2005). El concurso de acreedores en el Derecho Romano Clásico. En *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia* (pp. 97-124). Madrid, España: Marcial Pons.

²⁹ *Ibidem*. "Carece de toda relevancia la distinción entre una insolvencia patrimonial o absoluta frente a una insolvencia pecuniaria o relativa en Derecho romano, ya que para los acreedores sólo importa si el deudor cumple o no cumple con sus obligaciones y únicamente –para este último caso– importa saber si es solvente; o bien, si es insolvente, sin distinciones sobre una insolvencia absoluta o relativa, lo que implicaría que no tiene bienes suficientes para el pago de todos los créditos con los consiguientes problemas que se derivarían para conseguir la plena satisfacción del interés de los acreedores. El deudor puede tener liquidez pecuniaria y no querer pagar total o parcialmente a los acreedores, o carecer de dinero y cumplir con sus obligaciones pendientes utilizando su patrimonio. Todo ello es irrelevante para los acreedores que, en caso de incumplimiento, tendrán que iniciar los trámites oportunos para conseguir el resarcimiento de sus créditos".

*injectio, la bonorum venditio, la bonorum distractio, etc.) era evitar una nota infamante o la prisión, con lo cual se está muy distante de un reconocimiento o declaratoria de quiebra. En el Derecho Romano, ni en ningún otro, el convenio entre el deudor con sus acreedores comporta ordinariamente una cesación de pagos o existencia de un estado de quiebra (...)*³⁰. Solo una vez que surgieron inconvenientes con los procedimientos se comprendió que la insolvencia del deudor constituía un requisito necesario y se empezó a utilizar en la práctica.

1.2 Derecho italiano

Luego, con la caída del Imperio Romano, el *Corpus Juris Civiles* se transformó en la ley común para todos los pueblos latinos y germánicos. No obstante aquello, en un inicio se siguió utilizando los procedimientos *missio in bona y bonorum distractio*. Posteriormente, tras la fusión del Derecho Romano y el germánico se notaron ciertos cambios. Para los germánicos la obligación era algo que gravaba o pesaba sobre el peculio del deudor, donde reconocían la ejecución solo en su ámbito pecuniario. Al deudor insolvente lo entendían como aquel que había dejado de pagar la deuda, o cesado en el pago de su obligación, por el hecho de que su activo no resultaba suficiente para cubrir íntegramente el pasivo³¹.

Así, la *lex romana visigothorum* más tarde superó a la antigua *lex justiniana* y se convirtió en la ley universal del Occidente.

Más tarde, debido al masivo desarrollo del comercio territorial y marítimo fue necesario modificar los viejos sistemas concursales romanos y germánicos. De esta manera, en las comunas italianas del norte se empezó a ver una proliferación en la creación de “estatutos” o códigos comunales que tenían por objetivo reunir las propias reglas de las distintas ciudades italianas. Junto con algunos tintes del derecho romano clásico y germánico, regulaban la vida política, social y económica de los ciudadanos italianos.

El Derecho Comercial de la Edad Media en Italia surge como el derecho autónomo de una profesión específica: la del comerciante. La ausencia de una autoridad central y de

³⁰ RIOS ARRIETA, R. (1961). La cesación de pagos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 22, p. 63.

³¹ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 71.

instituciones adecuadas para mantener la unidad del derecho privado permitió que los comerciantes crearan su propio derecho³².

De esta manera, los estatutos italianos significaron un desarrollo importante en el Derecho Comercial y marítimo de esa época. Así, apareció por primera vez el concepto de bancarrota o quiebra³³ y cesación de pago. El primero de estos surgió a partir de su sentido literal; la ruptura del banco del deudor insolvente en la plaza del mercado, que equivalía el cierre del negocio. Luego, se empezó a diferenciar entre el concepto de quiebra y bancarrota. La quiebra se vinculaba más bien a la idea de desgracia, donde el comerciante rompe el curso de sus negocios, mientras que la bancarrota daba la idea de fraude o falla grave de un comerciante en el sentido de un ilícito³⁴.

Por otra parte, la cesación de pago surgió a propósito del *cesante* usado en el *Constituto de Siena* en 1262³⁵. Este se refería al comerciante en estado de quiebra (...) que había manifestado su situación patrimonial a través de la insolvencia de la *negotiatio*³⁶. En sus estatutos, los italianos establecieron que el incumplimiento o cesación de pagos en sí no determinaba la apertura del concurso, sino el criterio que utilizaban era el de la insolvencia, sin importar si el deudor era civil o comercial³⁷. Esta misma interpretación se siguió usando, como se puede apreciar, en el Estatuto de Florencia de 1415³⁸.

Sin embargo, los procedimientos concursales de los deudores civiles se originaban por la cesación de pagos, la cual se manifestaba a través de la fuga u ocultación del deudor. Los italianos no entendían la fuga solamente como el hecho de que el deudor materialmente se fugara u ocultara sin pagarle a sus acreedores, sino que, la entendían como la cesación

³² MORLES HERNANDEZ, A. (1998). *Curso de Derecho Mercantil*. (Vol.1). Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, pp. 17-18.

³³ MONTOYA GIL, H. (1974). Quiebra de los comerciantes. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (48), p.119. "En la edad media, especialmente los genoveses ejercían su comercio de cambio utilizando mesas o mostradores al frente de los cuales colocaban como asientos o bancos de madera; si alguno de esos comerciantes, maliciosamente faltaba a la buena fe, los Cónsules o Magistrados de la Feria (Feria de Medina del Campo, Villa del Centro de Castilla) les imponían entre otras penas las de hacerles quebrar solemnemente ante el público el citado banco o banquillo, declarándoles al mismo tiempo indignos de alternar con los hombres de bien y excluyéndolos para siempre de la Feria."

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ RIVERA, J. (2003). *Instituciones de Derecho Concursal*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni, p. 45.

³⁶ LÓPEZ, V. (2001). *La quiebra por extensión*. Madrid, España: Editorial Consejo General del Notariado, p. 45.

³⁷ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 79.

³⁸ MIGUENS, H. (2012). El Concepto de "Estado de Cesación de Pagos" en el Derecho Concursal Argentino. *Anuario de Facultad de Derecho de Universidade da Coruña*, 16, p. 515. "En el *Constituto de Siena* de 1262 aparece por primera vez la palabra 'cesante' para designar al comerciante en estado de quiebra, término que después fue usado por otros estatutos como el de Florencia de 1415 y que dio origen a la fórmula moderna: 'cesación de pagos' (...). La Ordenanza francesa de 1673, título XI, art. 1º ya hablaba de dicho estado de cesación de pagos."

del ejercicio de una actividad comercial o ejercicio anormal de la actividad comercial, bien por el propio deudor, o sus colaboradores, con independencia de que ello se acompañe de la ausencia o traslado físico del sujeto de un lugar a otro. La fuga del deudor era considerada como una manifestación externa irrefutable del incumplimiento de las obligaciones, esto es, de la cesación de pagos; hasta el punto de que sobre la base de los rigurosos efectos del incumplimiento en este periodo sea presumible que donde hay fuga, hay cesación³⁹. Por otro lado, para los deudores mercaderes o comerciantes se volvió a la interpretación clásica romana. En estos se imponían severas sanciones al *ergo fraudator* debido a su conducta en la generación de su estado de insolvencia, de cierta forma se empezó a ver la “bancarota” como el quebrantamiento de la relación de confianza con el deudor que administraba de forma deficiente su patrimonio. De esta manera, al igual que en el derecho romano, se entendió que el deudor insolvente era un defraudador y que su actuación debía ser considerada un delito *per se*⁴⁰, y era el Estado quien tenía la responsabilidad de la represión de este ilícito que implicaba la quiebra.

Finalmente, y debido a la gran influencia de los comerciantes y mercaderes de esa época, la quiebra pasó a ser un procedimiento aplicable exclusivamente a los comerciantes. Debido a esto, surgió un nuevo concepto pertinente para nuestro análisis: los hechos reveladores. Estos fueron recogidos por los Estatutos de Venecia, Florencia y Génova, donde la cesación de pago o incumplimiento de una obligación, la fuga, ocultamiento, y notoriedad pública eran entendidos, más bien, como hechos reveladores de la situación de desequilibrio patrimonial. Siendo, por otro lado, la insolvencia la causa objetiva de apertura del procedimiento.

1.3 Derecho francés

Luego, gracias al desarrollo económico societario y a la contribución de los estatutarios italianos, el derecho concursal francés dio sus primeros pasos en las

³⁹ PULGAR, J. (2005). *La Declaración del Concurso de Acreedores*. Madrid, España: La Ley, p. 59.

⁴⁰ SÁNCHEZ-CALERO, J; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2004). *Comentarios a la legislación concursal*. (Vol. 3). Valladolid, España: Editorial Lex Nova, p. 2763.

Ordenanzas de Lyon del rey Francisco I y las Ordenanzas del Comercio, del rey Luis XIV en 1673⁴¹.

En estas Ordenanzas prevaleció la importancia de determinar si el deudor actuó de buena fe o si obró con culpa o dolo. Al igual que en el derecho romano y el italiano, aquellos deudores declarados en quiebra que hubieran actuado de mala fe se les consideraba reos y se les aplicaban sanciones basadas en el castigo corporal y en la vergüenza pública. Es importante recalcar que los deudores castigados en aquella época eran solo aquellos que se comportaban de manera fraudulenta, por ejemplo, los que escondían sus bienes para engañar a sus acreedores. Así, también lo entendía el Rey Enrique III en su mandamiento de 1582, donde distingue entre la quiebra por fuerza mayor o caso fortuito y la quiebra fraudulenta⁴². Por otro lado, los deudores de buena fe eran liberados de estos castigos y no eran considerados *banqueroutiers*.

La Ordenanza de 1673 significó un puntapié importantísimo en el desarrollo y regulación de instituciones de contabilidad, sociedad, corredores de navíos, seguros marítimos, naufragios, etc⁴³. Y además incluyó dos cambios importantes: por un lado, se diferenció entre actos de comercio y actos marítimos y, por otro, se extendió a toda Francia la competencia de los tribunales en materias concursales.

Es importante mencionar que esta Ordenanza más tarde influenciará el Código de Comercio Napoleónico de 1807, el cual constituyó un antecedente directo para muchos ordenamientos latinoamericanos y europeos. Éste estableció medidas bastantes severas debido a la corrupción que existía en esa época en materia comercial y reguló el procedimiento de quiebra en su Libro IV.

Una de las innovaciones que realizó fue la de distinguir entre la declaración de quiebra y apertura de quiebra. Determinar este último era importante, por cuanto la quiebra no era jurídicamente relevante cuando se declaraba, sino cuando efectivamente se había dado el estado de cesación de pagos. Los acreedores estaban interesados en que el patrimonio del quebrado quedara inalterado desde la producción de este estado de

⁴¹ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 85.

⁴² *Ibidem*, p. 86.

⁴³ MARTÍNEZ GIJÓN, J. (1987). El capítulo X de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 (" De las compañías de comercio y de las calidades y circunstancias con que deberán hacerse") y el título IV de la "Ordonance sur le Commerce" de 1673 ("Des sociétés"). *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (13), p. 159.

insolvencia⁴⁴. De este modo, en el Título XI (Las Quiebras y Bancarrotas) de este Código se plasmó la expresión de estado de cesación de pagos expresamente como presupuesto de apertura de la quiebra.

La cesación de pagos se encontraba en el artículo 437 de este Código, el cual establecía expresamente: “*tout commercant qui cesse ou paiements est en état de faillite*”⁴⁵. La doctrina francesa de la época la entendió como el hecho externo de la falta de pago con independencia de la situación económica de fondo, así, establecía que todo comerciante que cesara de su pago se encontraba en estado de quiebra sin importar si el incumplimiento era momentáneo o si se trataba de un solo incumplimiento a una determinada obligación⁴⁶. Este Código, entonces, tomó el sentido literal de la palabra y la asimiló al simple incumplimiento de las obligaciones. En otras palabras, adoptó la teoría materialista de la cesación de pagos. Sin embargo, hay otros autores que entendieron que este Código identificaba la cesación de pagos con la insolvencia, pues el artículo 437 no declara quebrado más que al deudor insolvente que cesa en sus pagos y no al deudor solvente que se encuentra forzado a suspenderlos⁴⁷.

Debemos mencionar que en la primera redacción de este artículo se agregaba la palabra “*ou suspend*”, dándole un sentido totalmente diverso al disponer una misma consecuencia para aquel deudor que cesaba o suspendía sus pagos: el estado de quiebra.

1.4 Derecho norteamericano

Los inicios del sistema concursal norteamericano se remontan al año 1800, donde el Congreso Norteamericano aprobó y promulgó la primera Ley Federal de Quiebras. Esta ley tuvo la particularidad de ser fuertemente influenciada por la legislación concursal inglesa.

Esta ley se creó con la intención de que se implementara un solo sistema concursal para todo el territorio norteamericano de la época. No obstante, terminó fracasando y se

⁴⁴ ÁLFARO ÁGUILA-REAL, J; BADIOLA SÁNCHEZ, A; BARÓ PAZOS, J; BELTRÁN SÁNCHEZ, E; CAMPUZANO LAGUILLO, A; COMTE GUILLEMET, N; (...) TOMILLO URBINA, J. (1993). *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Tomo II. Santander, España: Universidad de Cantabria, p. 136.

⁴⁵ “Todo comerciante que cese en el pago está en estado de quiebra”. (Traducción propia).

⁴⁶ FERRERO DIEZ, A. (1993). Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (47), p. 389.

⁴⁷ Ministerio de Justicia de España. (1986). *Centenario del Código de Comercio*. (Vol. 1) Madrid, España: Centro de Publicaciones, p. 353.

derogó tres años después. Así, por cerca de cuarenta años Estados Unidos quedó sin legislación federal de quiebras, y cada Estado se vio en la obligación de imponer sus propias leyes sobre la materia. En definitiva, en esos años el derecho común, la equidad y la costumbre entre los comerciantes definían la insolvencia como la inhabilidad de pagar las deudas “*as they mature*”⁴⁸. Dicho de otro modo, es la inhabilidad de pagar las deudas al momento de la época de su vencimiento.

En 1841, ante el colapso económico de la época, se dictó una segunda Ley Federal de Quiebras totalmente apartada de la influencia inglesa. De ella se pueden destacar, principalmente, dos aspectos. Por un lado, por primera vez se les permitió a los deudores solicitar la bancarrota voluntaria. Por otro, se dispuso que para abrir el procedimiento de quiebra se debía ver la conducta del deudor, así, se entendieron como “actos de quiebra” o hechos reveladores: el abandonar el territorio con la intención de defraudar a los acreedores, esconder bienes, colusión en el arresto o en el embargo y realizar enajenaciones fraudulentas de propiedad⁴⁹.

Después de la Guerra Civil, en 1867, se promulgó la tercera Ley Federal de Quiebras. Esta mantuvo los “actos de quiebras”, por consiguiente, un comerciante que hubiere suspendido o cesado fraudulentamente el pago de sus títulos de crédito dentro de 14 días se reputaba responsable de haber cometido un acto de quiebra⁵⁰. A propósito de esta ley se habló de la suspensión o cesación del pago fraudulenta para demostrar que se estaba en quiebra, apartándose ampliamente de la interpretación francesa e italiana del presupuesto objetivo del procedimiento concursal. Además, a diferencia de las demás legislaciones europeas, se establecía un plazo y una vez vencido, el deudor se entendía haber cesado en sus pagos.

Ahora, en la historia norteamericana son dos los cuerpos normativos concursales que más han destacado: La *Bankruptcy Act* de 1898 y el *Bankruptcy Code* de 1978.

La *Bankruptcy Act* de 1898 fue la primera acta que impulsó el Congreso Norteamericano en materia de quiebra. Se dictó con el objetivo de terminar con la continua dictación de Leyes Federales de Quiebra, pues solían durar pocos años, y lograr asentar por primera vez una ley estable y uniforme para todo Estados Unidos de América. Esta acta se destacó

⁴⁸JOSLIN, G. S. (1962). Insolvency in Bankruptcy: A Synthesis. *Indiana Law Journal*, 38 (1), p. 23.

⁴⁹NADELMANN, K. (1962). La Quiebra en el derecho Norteamericano (Traducido por Enrique Elguera). Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. D.F, p. 261.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 262.

por tener una estructura administrativa minimalista, donde sus funcionarios solo contaban con poderes limitados, además, se les pagaba por trámite y no a través de un salario fijo⁵¹. Asimismo, se diferenció fuertemente de las antiguas leyes (que se centraban en la figura del acreedor) al optar por ser *debtor-friendly*, a saber, tuvo en mente prestar auxilio al deudor y ofrecer la posibilidad de reorganización corporativa, en atención a la economía de esa época.

Al igual que en la Ley Federal de Quiebras de 1867, en esta acta no era suficiente la prueba de la insolvencia o cesación de pagos para obtener la declaración de quiebra⁵². De manera similar al derecho inglés, las causas objetivas de la quiebra fueron taxativas, donde el solicitante debía probar que el deudor había realizado un acto de quiebra dentro de un plazo de cuatro meses anteriores a la presentación de la solicitud de declaración.

De esta manera, se enumeraron como actos de quiebra: cuando el deudor transmitía su propiedad con intención de obstaculizar, retardar o defraudar a los acreedores de manera fraudulenta; cuando el deudor había hecho, en beneficio de uno de los acreedores, una enajenación preferente permitiéndole recibir al beneficiario una porción mayor de su crédito que a cualquier otro acreedor (se debía además probar la insolvencia del deudor al momento de la enajenación); cuando no se levantaba un embargo judicial; cuando el deudor hacía la cesión general en beneficio de sus acreedores; la designación realizada por el tribunal de un síndico para hacerse cargo del patrimonio del deudor si en esa fecha el deudor era insolvente o incapaz de pagar sus deudas a su vencimiento (debía ser probada por el solicitante); y cuando el deudor admitía por escrito su incapacidad para pagar sus deudas y su deseo de ser declarado en quiebra.

De igual manera, tenemos que mencionar que en esa época algunos autores criticaron el sistema de “actos de quiebra” argumentando que debería bastar la prueba de la incapacidad del deudor para pagar sus deudas al vencimiento del plazo. Lo cual denota que querían acercarse a un sistema parecido al latinoamericano.

La insolvencia estaba definida dentro del segundo acto de quiebra. Según la *Section 1(19)*, una persona se entendía como insolvente “*whenever the aggregate of his property... shall not at a fair valuation be sufficient in amount to pay his debts*”⁵³. Es decir, cuando el conjunto de los bienes del deudor según una valoración correcta o razonable es insuficiente

⁵¹ SKEEL, D. (1999). The Genius of the 1898 Bankruptcy Act. *Faculty Scholarship at Penn Law*, (720), p. 326.

⁵² NADELMANN, Kurt. H. (1962), cit. (n. 51), p. 266.

⁵³ Bankruptcy Act § 1(19), 11 U.S.C. § 1(19) (1958).

para pagar sus deudas. Acá el requisito de que los bienes sean valuados en forma “razonable”, puede operar como moratoria cuando los precios bajan repentinamente a resultas de un pánico momentáneo, pues la valuación puede volverse difícil en un periodo de fuertes fluctuaciones⁵⁴. He ahí la importancia de su definición.

Algunos autores, como Joslin Stanley, comprendían que el concepto de insolvencia en esta época constaba de dos interpretaciones: la *balance insolvency*, entendida como el estado donde las deudas exceden el valor de la propiedad y el *inability insolvency*, como el estado donde uno es incapaz de pagar sus deudas a la época de su vencimiento⁵⁵. En la legislación concursal, la Bankruptcy Act utilizó la segunda definición, sin embargo, cuando se solicitaba la insolvencia involuntaria de un deudor se abría el procedimiento donde era un jurado (o *jury trial*) quien determinaba la solvencia o la comisión de un acto de quiebra. Ellos no solo usaban el segundo significado, sino que también comprobaban la solvencia a través de la *balance insolvency* u otros tipos para determinar si se ha cometido un acto de quiebra y si el procedimiento de quiebra debía proceder o no⁵⁶. Por otro lado, al definir el quinto acto de quiebra, este hablaba de la incapacidad de pagar sus deudas a su vencimiento. Acá podemos ver lo más parecido a la cesación de pago en la legislación norteamericana, ya que se hablaba de la incapacidad de pagar sus deudas en el plazo establecido, parecido a la interpretación dada por los franceses.

El *Bankruptcy Code* de 1978 contemplaba novedosos procedimientos de quiebra, siendo los más famosos el *Chapter VII* y el *XI*. Este Código se inspiró en la rehabilitación del deudor de la persona o empresa, a través de la reorganización y el *fresh start*, y en el tratamiento igualitario para los acreedores de una misma clase. En definitiva, este cuerpo normativo reviste de una enorme importancia si se considera, por una parte, que constituye una regulación de carácter federal, aplicable a todos los estados de la Unión, y por la otra, la gran influencia que ejerce Estados Unidos en el comercio mundial y en las regulaciones internacionales sobre la materia⁵⁷.

Este Código diferencia entre los casos voluntarios del inicio del procedimiento con los involuntarios. En los primeros, cualquier deudor está habilitado para solicitar la quiebra o reorganización, donde no se ve como requisito su insolvencia para acogerse al

⁵⁴ NADELMANN, Kurt. H. (1962), cit. (n. 51), p. 266.

⁵⁵ JOSLIN, G. Stanley (1962), cit. (n. 50), p. 24.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 30.

⁵⁷ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *Revista de Derecho Privado*, (34), p. 38.

procedimiento contemplado en el *Chapter XI*, solo que se encuentre de buena fe. En los segundos, los acreedores pueden exigir tanto la liquidación como la reorganización.

El *Chapter VII* establece un procedimiento que tiene como objeto principal asegurar la más eficiente y expedita liquidación de los bienes del deudor para que sean distribuidos equitativamente entre los acreedores, y donde este pierde la libre administración de sus bienes a manos de un *trustee*. El deudor para poder acogerse a este procedimiento debe satisfacer una prueba para demostrar su estado de insolvencia. Esta prueba es una fórmula específica dada por el *Code* para asegurar que solo aquellos que en verdad no puedan pagar sus deudas utilicen este procedimiento.

Ahora, una de las características más importantes de la liquidación norteamericana es el *automatic stay*, donde el manejo y la administración de la empresa, a diferencia de nuestra liquidación concursal, se mantiene en manos del deudor (excepto en el caso cuando se fija un *trustee*). Para empezar la tramitación, la petición de quiebra debe ser presentada por al menos tres acreedores cumpliendo ciertos requisitos⁵⁸. Luego, el deudor puede responder a esta petición y el juez decidirá si efectivamente el deudor “*is generally not paying it’s debts as such debts become due*”. Esto es, que generalmente el deudor está incumpliendo con sus obligaciones a medida que ellas vencen, lo cual es revelador de un estado de insolvencia⁵⁹.

El *Chapter XI*, por otro lado, permite a los deudores reorganizar sus deudas y obligaciones para mantener sus negocios y poder pagar a sus acreedores en el tiempo. Este procedimiento se inicia con la petición del deudor (en el caso que sea voluntario), o de sus acreedores (cuando es involuntario), cumpliéndose con ciertos requisitos que estipula el Código⁶⁰. Al hacer esto, los deudores se convierten en “*debtors in possession*”, ya que estos siguen con la posesión y control de su patrimonio sin la necesidad de fijar un *trustee*, siempre y cuando se confirme el plan de reorganización del deudor.

Lo novedoso de este *Code*, y a diferencia de nuestro sistema, es que, ya sea que se trate de liquidación o reorganización, para el deudor no es necesario acreditar su falencia⁶¹. En otras palabras, no es requisito que el deudor se encuentre en insolvencia, es

⁵⁸ 11 U.S.C. §§ 303(b)(1), (2) del Bankruptcy Code. “*An involuntary case is commenced upon the filing of a petition with the bankruptcy court by three or more holders of non-contingent, undisputed claims, and those claims aggregate at least US\$15,775 more than the value of any lien on property of the debtor securing such claims*”.

⁵⁹ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 107.

⁶⁰ 11 U.S.C. §§ 301, 303 del Bankruptcy Code.

⁶¹ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 74.

más, muchas compañías norteamericanas normalmente utilizan este procedimiento para poder reorganizarse aún estando solventes u operativas y aunque puedan pagar sus deudas. Sin embargo, el panorama es diferente si se trata de un *involuntary case of bankruptcy*. Ante tal evento el 11 U.S.C. §§ 303 del Código exige que la solicitud sea al menos de tres acreedores valistas distintos (...). A esta exigencia formal se agrega que los acreedores deben acreditar que el deudor “generalmente no está pagando sus deudas vencidas” o que dentro de los 120 días anteriores a la demanda de concurso del acreedor se ha sido designado un *receiver* (...) que ha tomado posesión de substancialmente todos los bienes muebles y derechos del deudor. (...). Por consiguiente, estos dos fenómenos se manifiestan como equivalentes a una insolvencia o cesación de pagos efectiva o potencial, pues ante un embargo general y designado un *receiver* o un *assignee*, el deudor no podrá servir sus otros créditos⁶².

Así, la doctrina norteamericana moderna creó dos nuevas categorías o interpretaciones de la insolvencia: el *cash-flow insolvency* y el *balance sheet insolvency*. Estas dos categorías son similares a aquellas utilizadas en la *Bankruptcy Act*. La primera hace referencia a la situación o estado donde el deudor no puede hacer los pagos de sus deudas porque no tiene dinero. La segunda, en cambio, se refiere al estado donde las deudas superan los bienes del deudor. Normalmente las empresas utilizan el segundo concepto, puesto que estas pueden estar en *cash-flow insolvency* pero no tener suficientes deudas en su patrimonio y viceversa.

Cabe mencionar que la insolvencia está definida en dos Títulos del U.S Code: el 11 y el 28.

El primero de estos, define la insolvencia de diferentes maneras de acuerdo a la clase de entidad de que se trate. Así, en la sección §101(32) letra (a) la define como “*the financial condition such that the sum entity’s debts is greater than all of such entity’s property, at fair valuation*”. Estamos frente a una condición financiera tal, que la suma de las deudas de una entidad es mayor que la suma de todas las propiedades que ella detente, valuadas razonablemente, excluyendo los bienes que se entiende que no forman parte de la masa concursal y los que hayan sido transferidos para impedir, retrasar o defraudar a los acreedores⁶³; siempre y cuando se trate de entidades diferentes de las sociedades de responsabilidad ilimitada o entidades gubernamentales. En segundo lugar, en la letra (b), a

⁶² *Ibidem*, p. 75

⁶³ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 38.

propósito de las “*partnership’s*”, habrá insolvencia cuando las “*partnertship’s debts exceeds the aggregate fair value of (i) all partnership property and (ii) the sum of the excess of any general partner’s nonpartnership assets over nonpartnership debts*”. En tercer lugar, la letra (c) hace referencia a las entidades gubernamentales o *municipality*, donde la insolvencia se traduce en *the financial condition such that the municipality is (i) generally not paying its debts as they become due unless such debts are the subject of a bona fide dispute; or (ii) unable to pay its debts as they become due*. En consecuencia, es la condición financiera tal que la entidad no está pagando sus créditos a medida que éstos se hacen exigibles, a menos que éstos se encuentren sujetos a una disputa de buena fe; o se encuentre incapacitada para pagar sus créditos a medida que éstos se hagan exigibles.

Así, podemos llegar a varias conclusiones. En primer lugar, que si bien se observa una cierta asimilación entre insolvencia y cesación de pago (o una imposibilidad de atender estos individual e independientemente), este Código no realiza una precisión sobre sus causas: no profundiza si ello obedece a simple iliquidez o a desbalance patrimonial propiamente dicho. Se concluye, entonces, que no sólo cuenta la situación patrimonial objetiva del deudor sino también, en alto grado, el respaldo adicional, cierto o potencial, con que puedan contar sus acreedores⁶⁴. En segundo lugar, podemos entender que la mayoría de las definiciones establecidas en este Código, y siguiendo a la doctrina norteamericana, hacen alusión al *balance sheets insolvency* ya que requieren una comparación de los bienes del deudor o activos con sus pasivos y le agrega un requisito: el *fair valuation*. Esto resulta bastante relevante, pues hace entender que deja que las *Bankruptcy Courts* y tasadores expertos en la materia, decidan caso a caso la metodología o el tipo de mercado en el cual se debe realizar esta tasación. Por otra parte, las ya mencionadas *municipality* utilizan la *cash flow insolvency* para definir la insolvencia. Así vemos que la importancia de esta dualidad en las interpretaciones de la insolvencia es que estas crean diferentes *tests* o pruebas para los deudores para entender cuándo se encuentran en una situación de insolvencia. En tercer lugar, en el Título 28 del U.S Code en la sección § 3302 letra (a) y (b), a propósito de los procedimientos judiciales sobre transferencias fraudulentas que involucran deudas, un deudor es insolvente si la suma de las deudas del deudor es mayor que todos los bienes de este frente una justa tasación⁶⁵. Por otro lado, en su letra (b), también reconoce que un deudor se presumirá insolvente cuando este generalmente no

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ 28. US. Code § 3302. *Insolvency. Except as provided in subsection (c), a debtor is insolvent if the sum of the debtor’s debts is greater than all of the debtor’s assets at a fair valuation.*

está pagando sus deudas a la época de su vencimiento. Así podemos ver dos aspectos interesantes, primero, se utilizan las dos interpretaciones de insolvencia que ya hemos descrito anteriormente, una económica y otra jurídica. Con esto podemos ver que el derecho norteamericano se sirve de ambas para determinar si los deudores pueden sujetarse tanto al *Chapter XI* como el VII. Segundo, la ley norteamericana establece una presunción para determinar la insolvencia del deudor, lo cual se asimila con nuestro sistema de los hechos reveladores del estado de cesación de pagos.

Como hemos visto a lo largo de la historia concursal norteamericana, más que hablar de quiebra utilizan la palabra “*bankruptcy*”. En nuestro ordenamiento, entendemos ambos términos como sinónimos puesto que la traducción literal de la palabra “*bankruptcy*” sería bancarrota o quiebra. Sin embargo, otorgarle aquel significado para el ordenamiento jurídico estadounidense sería una equivocación. La *bankruptcy* es una clase de “segunda oportunidad” que da la ley a las personas o empresas que no pueden pagar sus deudas mediante la reestructuración de estas; se vislumbra como un proceso legal que le permite a la persona o empresa deudora sujetarse a algunos de los procedimientos establecidos en el *Bankruptcy Code* para pagarle a sus acreedores. La quiebra, por otro lado, la asocian con el estado de insolvencia, un estado o situación económica deficiente por el hecho de que el deudor es incapaz de pagar sus deudas; la *bankruptcy* es el procedimiento que los deudores tienen para remediarla. En definitiva, uno puede ser insolvente sin pasar por el procedimiento de bancarrota, pero no se puede estar en bancarrota sin ser insolvente.

En resumen, en el derecho norteamericano la insolvencia es un estado económico deficiente y de manera permanente que da como resultado la *bankruptcy*. Esta última es la orden de la Corte que decide como un deudor insolvente pagará sus deudas impagas, ya sea, a través de un procedimiento de liquidación o un procedimiento de reorganización.

1.5 Derecho español

En España las primeras conversaciones sobre el derecho concursal surgieron en el Siglo XVII a partir del texto “*Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum inter illos causatam*” escrita por el jurista español Francisco Salgado de Somoza. Este texto marcó el inicio en la doctrina española para entender el concurso como una disciplina

autónoma⁶⁶. Además se trata del primer texto que estudia completa y comprensivamente la quiebra donde criticó la noción privatista del derecho concursal italiano, en especial el concepto de concordato-contrato, apoyando la noción publicística del convenio-acto de autoridad⁶⁷. Ahora, un aspecto relevante para nuestro trabajo es que el autor distinguió entre derecho privado concursal y derecho penal concursal, admitiendo que la insolvencia no siempre es ilícita y que puede ser fortuita⁶⁸.

Luego, en el Siglo XVIII se dictaron las primeras regulaciones positivas de estos procedimientos concursales a través de las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Las Ordenanzas se promulgaron con el objetivo de regular el comercio desde un punto de vista legal y regular, específicamente, a los atrasados o fallidos, sus clases y los modos en que proceden sus quiebras. Sus principales fuentes de inspiración fueron Salgado Somoza y las Ordenanzas francesas.

En cuanto a la causa de apertura de la quiebra, en esta época se traducían en el estado patrimonial de imposibilidad de pagar y no el mero incumplimiento de una obligación, además se hacía la distinción entre dificultad transitoria e imposibilidad de pagar⁶⁹. Siguiendo esta línea la Ordenanza expresaba que el hecho de experimentar atrasos, falencias o quiebras en su crédito y comercios, no pudiendo, o no queriendo, cumplir con los pagos a su cargo, unos ausentándose, y otros refugiándose en las iglesias, sin dejar de manifiesto sus libros, papeles y cuentas con la debida claridad, de que resultan notorios daños a otros negociantes y demás personas acreedoras (...) ⁷⁰, eran hechos expresivos de un estado patrimonial de imposibilidad de pagar. En cierta forma la causa de la quiebra no solo derivaba de hechos jurídicos, sino que también de ciertos actos u omisiones que realizaban los deudores, pero siempre teniendo en consideración el daño provocado a terceros por no hacer frente a sus deudas y el riesgo para el crédito del acreedor.

Por otro lado, esta regulación distinguía tres tipos de crisis patrimoniales y tres tipos de deudores: de los atrasados (Nº II del capítulo XVII), insolvencia fortuita (Nº III del mismo capítulo) y de los fallidos fraudulentos (Nº IV del mismo capítulo). En cuanto a los primeros,

⁶⁶ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 167.

⁶⁷ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 167.

⁶⁸ SOZA RIED, M. (1998), cit. (n. 1).

⁶⁹ ZALAQUETT, J. (1968). *La causa de declaratoria de quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 115.

⁷⁰ MOTILLA MARTINEZ, J. (1983). Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, interesante fuente histórica del derecho mercantil. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (15), p. 211.

se establece que “son los comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo pero que tienen bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores y justifican que su demora se debe a su accidente (...)”. Estos a pesar de no encontrarse en un estado de insolvencia (entendiéndolo como la situación donde no se tienen bienes suficientes para satisfacer la totalidad de sus deudas) se encontraban en estado de mora por no cumplir con sus obligaciones en el tiempo indicado. Los segundos “son aquellos que por infortunios imprevisibles llegan a quedar calzados en sus causales y precisados de dar punto a sus negocios y solicitan, por tanto, una disminución de sus deudas a sus acreedores, ofreciendo pagar en cierto plazo (...)”. Estamos ante insolventes por una causa ajena a su voluntad, lo cual no debía ser probados al presumirse la quiebra fortuita. Asimismo, se les daba ciertas facilidades por haber ejercido el comercio de buena fe, por ejemplo, se les daba la posibilidad de pagar posteriormente en el caso de efectuar convenio con los acreedores. Y, por último, los quebrados fraudulentos “son aquellos que debiendo conocer el mal estado de sus negocios, no obstante ello, arriesgan caudales ajenos con dolo y fraude deteriorando aún más su situación patrimonial (...)”. De todas maneras, a este deudor declarado insolvente se le daba la oportunidad para demostrar la ausencia del *animus fraudator*. Entonces, distinguían entre el simple desarreglo pasajero, la quiebra fortuita y la quiebra imputable a dolo del deudor. Siendo el primero insuficiente para abrir el procedimiento de quiebra. Adicionalmente, en esta época se define la quiebra como un estado de insolvencia definitivo.

Luego, en 1805 apareció la Novísima Recopilación, la cual era una recopilación de derecho español y castellano que recogía todo tipo de importantes leyes sobre varios temas como la jurisdicción ordinaria, los contratos y obligaciones, los juicios civiles y los delitos, entre otros. Así, en su Título XXXII del Libro IX reguló las normas de derecho concursal y estableció las normas sobre los juicios de acreedores, alzamientos, quiebras y cesión de bienes de los deudores.

Más tarde, y debido a la expansión territorial de España, se vieron en la necesidad de crear una legislación única y uniforme para toda la Monarquía, por lo que, en 1829 se promulgó el Código de Comercio. Este se estructuraba en cuatro libros, siendo el Libro IV el relativo al derecho concursal. En definitiva, esta nueva regulación significó un progreso significativo para el derecho mercantil español y mejoró el antiguo modelo francés, al tratar temas nuevos como los contratos mercantiles y el acto de comercio.

Este nuevo Código introdujo innovaciones en materia concursal al establecer ciertas obligaciones para el deudor, por ejemplo, si se encontraba en estado de quiebra⁷¹ debía ponerlo en conocimiento del Juzgado de su domicilio dentro de los tres días siguientes al que hubiera cesado en el pago corriente de sus obligaciones (artículo 1017). Por otro lado, el deudor también debía acompañar el balance general de sus negocios y una memoria o relación que expresaba las causas directas e inmediatas de su quiebra y se le daba libertad para acompañar toda clase de documentos (artículo 1020). Es interesante este punto al ser el propio deudor el que debía realizar esta especie de informe manifestando las causas de su cesación de pago. En otro orden de cosas, para declarar en quiebra a un comerciante, a los acreedores no les bastaba con que el deudor tuviera ejecuciones pendientes en su contra, sino que se debía manifestar o se le debían hallar bienes disponibles para trabar estas ejecuciones (art. 1026).

Finalmente, era el juez quien debía hacer la apreciación caso a caso, en base a los documentos aportados, y determinar si el deudor comerciante se encontraba en cesación de pago por no cumplir sus obligaciones en el tiempo determinado; así como la época en que debían retrotraerse los efectos de la declaración por el día que resultare haber cesado el quebrado en el pago corriente de sus obligaciones (artículo 1024). Se trataba, por tanto, de una calificación de orden público.

En cuanto a los procedimientos que regulaba, podemos afirmar que distinguió cinco clases de quiebra (art. 1002): la suspensión de pagos, insolvencia fortuita, insolvencia culpable, insolvencia fraudulenta y el alzamiento. Se estableció como presupuesto objetivo la cesación de pagos, entendida en su interpretación más amplia (propio del sistema napoleónico), hasta el punto de incluir como una clase de quiebra la mera suspensión de pagos. Otro aspecto importante de este artículo es que los legisladores entendieron que la insolvencia era un estadio más o un grado superior a la suspensión de pagos propiamente tal y no una categoría jurídico-económica autónoma⁷².

La determinación de la cesación de pagos como presupuesto objetivo produjo varias discusiones para los redactores del proyecto del Código de Comercio, donde pusieron de manifiesto las discrepancias que, con referencia a la cuestión de las definiciones, se produjeron entre el Secretario y el resto de la Comisión. Los de la Comisión Real,

⁷¹ De acuerdo a su artículo 1001 se considera en "estado de quiebra" a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones.

⁷²CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 35.

aficionados a las definiciones, se inclinaron por suprimir el término “cesar”, sustituyéndolo por una confusa descripción en la que se mezclan las expresiones “atraso en el giro” y “corte” en el “pago y cumplimiento corriente” de las obligaciones. A raíz de esto, y de manera similar al Proyecto del Consulado de Málaga y el Proyecto de la Comisión Real de 1828, se buscó un nuevo término para caracterizar el estado de quiebra: el de sobreseimiento⁷³. Se utilizó principalmente para disipar las diferencias interpretativas surgidas en el sistema de quiebra francés en torno al concepto de cesación para cobijar toda clase y supuesto de quiebra: tanto la “suspensión de pagos” -temporal- como la “insolvencia” -definitiva “imposibilidad de satisfacer íntegramente las deudas”-; tanto la falta momentánea de medios de pago, con un activo superior al pasivo -“bienes suficientes para cubrir todas sus deudas”, artículo 1003-, como la reducción del capital al punto de no poder cubrir el pasivo -art. 1004-, el alzamiento, la fuga u ocultación del comerciante (arts. 1012 y 1025), etc. En resumen, el término de sobreseimiento comprende, en el Código de 1829, tanto los supuestos de “cesación” como los de “suspensión”, siguiendo con lo establecido tanto en el artículo 1001 como en el 1015⁷⁴⁷⁵.

En 1885, se dictó un nuevo Código de Comercio, el cual tuvo una importante innovación: la separación del procedimiento concursal. Así se reguló dos procedimientos diferentes: la suspensión de pagos y la quiebra. Esta última se dividió en insolvencia fortuita, insolvencia culpable y fraudulenta. Anteriormente, como ya habíamos planteado, se entendía que la suspensión constituía una clase de la quiebra; así, en este nuevo Código se crea este nuevo término para referirse a un estado preliminar o intermedio de esta⁷⁶.

La quiebra era el procedimiento de liquidación que contemplaba este Código y su regulación se encontraba en el artículo 874 y siguientes. Los españoles la entendían como la insuficiencia de los bienes para hacer frente a la totalidad de los créditos de los acreedores. Lo que equivale a decir, (en los casos donde) el pasivo era superior al activo⁷⁷.

⁷³Ministerio de Justicia de España (1986), cit. (n. 49), p. 352. *“El vocablo, que en el lenguaje procesal ya tenía una acepción conocida, se introduce así en nuestro Derecho concursal, con un significado amplio de actitud negativa, de desistimiento en la acción, de abstención. Sobreseer, del latín supersedere, significa etimológicamente sentarse ante algo, desistir o abstenerse”.*

⁷⁴ De acuerdo al art. 1015 todo procedimiento sobre quiebra se ha de fundar en obligaciones y deudas contraídas en el comercio, cuyo paso se haya cesado o suspendido, sin perjuicio de acumularse a él las deudas que en otro concepto tenga el quebrado.

⁷⁵ Ministerio de Justicia de España (1986), cit. (n. 49), pp. 350-352.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 350.

⁷⁷ HUALDE LÓPEZ, I. (2017). *La evolución del moderno derecho de insolvencia en España*. Lección inaugural presentada en el Acto Académico de Apertura del nuevo curso 2017-2018 del Departamento de Derecho de UNED Pamplona, España. Transcripción disponible [en línea]: https://www.unedpamplona.es/documentos/admin/archivos/lecci%C3%B3n_inaugural_uned_ibon_hualde.pdf

Este Código declaraba expresamente lo que se consideraba estar en “estado de quiebra”; estamos ante aquel comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, es decir, está en una situación o estado de incapacidad absoluta para responder a sus acreedores por ser insolvente. Y en seguida, en su artículo 875, establecía los legitimados para abrirla: cuando la pida el mismo quebrado y por la solicitud fundada de acreedor legítimo. En este último, era necesario que la solicitud se fundara en un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio y que del embargo no resultaran bienes libres bastantes para el pago o en el caso cuando no se hubiere obtenido mandamiento de embargo, los acreedores justifiquen sus títulos de créditos y que el comerciante haya sobreseído de una manera general en el pago de sus obligaciones o que no ha presentado su proposición de convenio, en el caso de suspensión de pago dentro del plazo de 3 años (artículo 876). Por último, se mantenía la fuga u ocultamiento del deudor como una causa inmediata o presunción para la declaración de la quiebra (artículo 877).

En resumen, para este Código el que dejaba de pagar, ya sea de forma temporal o definitiva, podía ser declarado en quiebra. Esto trajo consecuencias importantes al hacerse posible que el deudor solvente fuese declarado en quiebra si su presupuesto objetivo era el de sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, donde solo podía establecer su solvencia una vez recaído el auto de declaración de la quiebra en el trámite de oposición. Esta declaración se producía sin citación ni audiencia del deudor quebrado, lo que fue ampliamente criticado en la época por la facilidad para obtener la declaración de quiebra para cualquier tipo de deudor.

Por otro lado, la suspensión de pagos se entendía como la situación en que el deudor era incapaz de hacer frente a sus obligaciones de pago por falta de liquidez. En esta no se intentaba verificar la insolvencia o cesación de pago, sino que más bien, respondía a la situación donde no se tenía suficiente dinero en efectivo en el momento en que la deuda era exigible. Tenía como presupuestos objetivos tres hechos en los que el deudor podía solicitar este procedimiento (artículos 870 y 871): la existencia de activo superior al pasivo, con previsión de la imposibilidad de efectuar el pago a la fecha de sus respectivos vencimientos⁷⁸, la carencia de recursos para satisfacer las deudas en su integridad y la falta de satisfacción de una deuda, siempre que solicite el estado de suspensión dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento o cese del pago. Así, este procedimiento, más que ser destinado a los acreedores, era usado por los deudores que ante alguna dificultad

⁷⁸ Ministerio de Justicia de España (1986), cit. (n. 49), p. 365.

económica que solo afectaba al tiempo de cumplimiento o a la integridad de este⁷⁹. Por tanto, el deudor podía anteponerse a su incumplimiento solicitando la suspensión, constituyéndose como un procedimiento ante una situación de insolvencia próxima o inminente. Para ponerlo en marcha solo bastaba con que fuera probado el hecho que no se podría cumplir las obligaciones que estaban próximas a vencer. Sin embargo, este procedimiento se entendió como preventivo de la quiebra y como una forma de permitir que los comerciantes culpables y fraudulentos, que estén en una situación tanto de iliquidez como de insolvencia, escapen de la quiebra debido a que a los deudores solo les bastaba manipular la presentación de su estado patrimonial para acogerse a este procedimiento.

Para salvar esta dificultad en 1897 se introdujo una importante modificación en este cuerpo normativo: se eliminó del art. 870 del Código de Comercio de 1885 la frase: “y *el que carezca de recursos para satisfacer (sus deudas) en toda su integridad*” y se añadió al art. 871: “*también podrá el comerciante que posea bienes suficientes para cubrir todo su pasivo, presentarse en estado de suspensión de pagos dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho*”. De esta manera, la suspensión de pagos y la quiebra quedaron con diferentes presupuestos de apertura, reservándose la suspensión de pagos a supuestos de existencia de suficiencia de bienes⁸⁰ o de mera iliquidez. Entendiéndose que, a pesar de verificarse una situación de insolvencia inminente, los procedimientos concursales no podían entenderse como una vía de prevención de la crisis económica que atravesaba el deudor.

Debido a la importancia de la suspensión de pagos y su contenido procesal, en 1992, se dictó la Ley de Suspensión de Pagos, la cual introdujo un nuevo capítulo en la Ley de Enjuiciamiento Civil Español bajo el título “de las suspensiones de pagos de comerciantes y compañías mercantiles” y la separó aún más de la quiebra. Esta Ley cambió el enfoque de la suspensión de pagos donde ahora este beneficio legal podía ser usado por el deudor que se encontraba en un estado de insolvencia definitiva y no solo por su iliquidez, como lo hacía el antiguo Código de Comercio, pues tenía como objetivo la celebración de un convenio al que se pudiera acoger cualquier deudor insolvente, sea cual fuere su situación económica y sin establecer limitaciones a su contenido.

Actualmente, el Derecho español cuenta con la Ley Concursal 22/2003, donde regula los procedimientos concursales de manera única, eliminando la dispersión normativa que

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰PULGAR, Juana (2005), cit. (n. 42), p. 93.

existía en el ordenamiento jurídico español sobre la materia. A través de ella se da un tratamiento universal a la insolvencia de cualquier tipo de deudor, terminando con la dualidad de procedimientos que antes existían, reemplazándolos por dos procedimientos: el convenio y la liquidación. Desde su dictación ha estado sujeta a diversas modificaciones que tendieron a simplificar y agilizar los procedimientos, como la del Real Decreto-Ley 3/200, Ley 38/2011 y la de la Ley 14/2013.

En esta ley se entiende como presupuesto objetivo de apertura del concurso de la insolvencia: la situación en que el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (artículo 2). Ahora bien, una de las finalidades del concurso es la de analizar las causas de la insolvencia y, en particular, si el comportamiento del deudor o de otros sujetos vinculados a él, directamente o por vía accesorio, ha contribuido en su generación o agravamiento, depurando a tal fin las correspondientes responsabilidades a través del cuadro de sanciones que recogen los arts. 172 y 172 bis de la Ley Concursal. Por esto, la ley española concursal establece que la insolvencia opera de manera distinta según se trate de un concurso voluntario o necesario.

Otra de las innovaciones de esta ley radica en que se introdujo el concepto de insolvencia inminente, entendida como la situación ante la cual el deudor prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, pero es previsible que acontezca dentro de un periodo más o menos cercano cuya amplitud no está determinada por ley⁸¹. Se incluyó la insolvencia futura a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores⁸², y además, porque es el deudor el que conoce de mejor manera su situación económica para acudir tempranamente a un procedimiento concursal.

Asimismo, en caso de que sea actual, la ley le impone la obligación al deudor insolvente de solicitar su propio concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia, presumiéndose tal conocimiento cuando haya ocurrido alguno de los hechos anteriormente mencionados (artículo 5).

⁸¹ DASSO, A. (2006). La dilución del Principio de Colectividad o Universalidad de Acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos: El nuevo panorama concursal. Presentado en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México. (Disponible [en línea]: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La_Dilucion_del_Principio_de_Colectividad_o_Universalidad.pdf), pp. 19-20.

⁸² Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado. Legislación Consolidada. Disponible [en línea]: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-13813-consolidado.pdf>

Por otro lado, si se presenta por el acreedor, se deberá basar en alguno de los hechos como presuntos reveladores de la insolvencia: el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor, el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor o el incumplimiento generalizado de obligaciones de unas obligaciones específicas. Podemos sostener, de esta manera, que la insolvencia pedida por el acreedor tiene una doble base de distinción entre los hechos que la demuestran: económicas e incumplimientos realizados por el deudor.

En suma, podemos ver que el sistema español se aparta, en primer lugar, de la doctrina francesa al establecer como presupuesto objetivo la suspensión y no la cesación de pagos, y, en segundo lugar, que no entiende la insolvencia ni la suspensión como un incumplimiento de una obligación. Por otro lado, distinguen entre la primera e insolvencia, entendiendo la suspensión como algo meramente pasajero o temporal y la última como un estado definitivo.

CAPÍTULO II: CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS EN OTROS PAÍSES LATINOAMERICANOS

2.1 Argentina

2.1.1. Evolución histórica de la legislación concursal argentina

El derecho argentino, al igual que nuestro país, en sus orígenes estuvo fuertemente influenciado por el derecho español debido a la consolidación temprana que tuvieron las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación en el territorio latinoamericano. Sin embargo, algunas provincias argentinas prefirieron establecer sus propias regulaciones en lugar de aplicar el Código de Comercio español de 1829. De esta forma, el derecho concursal argentino se fue separando gradualmente del español.

Más tarde, en 1862 se promulgó el primer Código de Comercio. Con su dictación se buscó perfeccionar el sistema de liquidación y distribución, y se legisló sobre los efectos de los actos en el periodo de sospecha, así, como la situación de los deudores fallidos⁸³. Lo original de este Código es que estaba construido a base de diversas normas: las propias reglamentaciones que habían surgido en las provincias argentinas, la normativa española y la francesa.

Así, la regulación concursal argentina de la época tenía las mismas características que los procedimientos concursales medievales italianos y franceses, a saber: contenía una regulación de la insolvencia con normas de fondo y forma; se aplicaba solo a comerciantes; la quiebra era dirigida por un juez comisario, el cual integraba el Tribunal de Comercio; la quiebra era calificada como causal, culpable o fraudulenta; al decretarse la quiebra se disponía el arresto del fallido; no se contemplaban la reestructuración o soluciones preventivas; existía un concordato resolutorio o extintivo; y por último, la cesación de pagos era considerada el presupuesto objetivo de la quiebra⁸⁴. En suma, la calidad comercial del deudor y la insolvencia exteriorizada por la cesación de pagos –como hecho

⁸³ GRAZIABILE, D. (2006). Fundamentos de derecho concursal. Nociones, antecedentes, evolución y crisis. *Revista Electrónica de Derecho Concursal Via Crisis*, 18

⁸⁴ GERBAUDO, G. (2019). Aproximación a la regulación de la insolvencia en el Código de Comercio de 1859/1862. *Diario Comercial*, 192. Disponible [en línea]: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Gerbaudo-Comercial-06.02-Documentos-de-Google.pdf>

generador del procedimiento- fueron las características esenciales del sistema latino “primitivo”⁸⁵.

El artículo 1379 de este Código establecía lo que se entendía por cesación de pagos: *“La cesación de pagos, ya se trate de una o varias obligaciones comerciales, y sea cualquiera su causa determinante, constituye el hecho generador del estado de quiebra. De este estado solo son susceptibles los comerciantes y colectividades que revisten ese carácter.”* Asimismo, reglamentó la “cesación de pagos comerciales” en el artículo 1511 inciso final: *“todo aquel que sin razón particular respecto de alguno o algunos créditos comerciales, cesa de pagar unos, se considera en estado de quiebra aunque atienda el pago de los otros créditos”*. De esta manera, la cesación de pagos se entendía en el sentido de la tesis materialista y solo podía servir como apertura de la quiebra o liquidación cuando se trataban de créditos u obligaciones de carácter comercial. Por otro lado, hay autores que entendían que esta legislación reunía caracteres de la tesis amplia por cuanto se imponía la obligación de confesar el estado de cesación, previa la quiebra de oficio a instancia del Ministerio Público en caso de fuga y establecía el período de sospecha sin mención de los incumplimientos⁸⁶.

Como ya hemos mencionado, el deudor tenía un plazo de tres días contados desde la fecha de cesación de pagos para manifestar su estado. Lo relevante de este plazo recae en que, si la declaración era considerada como intempestiva por el juez se debía expedir la orden de arresto del fallido (artículo 1389 inc. 6). Por otra parte, los acreedores al solicitar la declaración de quiebra debían presentar al tribunal la prueba de los hechos o circunstancias que acrediten que el deudor había efectivamente cesado en sus pagos (artículo 1392). Una vez que el juez declaraba la quiebra inmediatamente se detonaba la orden de arresto del deudor.

En sus inicios la regulación argentina seguía conectada fuertemente con el derecho penal, aquello se refleja en que consideraba casi un delito que el deudor cayera en el procedimiento de quiebra. Por consiguiente, se consideró menester establecer una especie de presunción de fraude del deudor por encontrarse en esta condición de “quebrado”, pues se le condenaba a prisión por deudas pudiendo obtener su libertad provisional solo una vez

⁸⁵ FRONTERA, J. (2007). La Erosión del Código de Comercio de la República Argentina a través del Instituto de la Quiebra: Primer estudio sobre su descodificación. Revista IusHistoria, (4), pp. 1-24

⁸⁶ MIGUENS, H. (2012), cit. (n. 41), p. 524.

que pagara fianza. En definitiva, construyeron una regulación anacrónica similar al del derecho romano, donde quebrar y delinquir eran casi sinónimos.

Es interesante ver que este Código reguló fuertemente este presupuesto, no solo en cuanto a su definición, sino que también cómo se entendía en diversos supuestos. Por ejemplo, se explicaba cómo se afectaba el estado de cesación de pagos al patrimonio del fallecido (artículo 1382)⁸⁷ y cómo influía en los sujetos que no eran comerciantes (artículo 1383)⁸⁸.

En 1899 se reformó este Código con la Ley N° 2.637 debido a la necesidad de compatibilizar sus normas con el recién formado Código Civil argentino. En cuanto al Título IV, sus modificaciones se centraron en eliminar el juicio de calificación de quiebra y modificó la situación del fallido limitando la prisión hasta la presentación del informe del síndico acerca de la causa productora de la quiebra si no había indicios de fraude⁸⁹. En consecuencia, el sujeto pasivo de la liquidación siguió siendo el comerciante y el hecho generador de éste siguió siendo la cesación de pagos.

Ahora, pasaremos a analizar las leyes más importantes en materia concursal argentina.

- Ley N° 4.159 de 1902

En 1902 se eliminó del Código de Comercio la legislación concursal y se promulgó la Ley N° 4.159. Esta nueva ley introdujo cambios revolucionarios sobre la materia, sin embargo, recibió múltiples críticas debido a la redacción de la moratoria y la concordato preventivo. En cuanto al presupuesto objetivo, se mantuvo la cesación de pago de la misma forma que en el antiguo Título IV del Código de Comercio.

Lo relevante de esta época es la discusión que se produjo en la doctrina debido a que esta ley no utilizó solamente el concepto tradicional de “estado de cesación de pagos” (artículos 2 y 52) como presupuesto de apertura que se había visto en las legislaciones

⁸⁷ Artículo 1382: “La quiebra puede ser declarada después del fallecimiento de un comerciante, cuando la muerte se ha verificado en estado de cesación de pagos (...)”.

⁸⁸ Artículo 1383: “La persona que ha dejado de ser comerciante, puede ser declarada en quiebra siempre que se compruebe que la cesación de pagos tuvo lugar cuando ejercía el comercio (...)”.

⁸⁹ GRAZIABILE, D. (2006), cit. (n. 87).

anteriores argentinas, sino que también empleó: “cesación de pagos” (artículos 3, 48, 78 y 79), “efectiva cesación de pagos” (artículos 6, 43, 46 y 76) e “imposibilidad de cumplir con las obligaciones comerciales” (artículo 6).

Autores como Fernández argumentaron que esta ley entendía el estado de cesación de pagos según la tesis amplia, puesto que el juez tenía la facultad de determinar, al pronunciarse sobre el pedido de quiebra por el acreedor por un incumplimiento, si realmente existía o no el estado de cesación de pago. Además, la ley admitía la quiebra en los casos de fuga y ocultación del deudor. Por último, porque se tomaba como fecha de la cesación de pagos “el día de la primera presentación del deudor cuando la cesación efectiva hubiera sido posterior”⁹⁰. Otros, en cambio, eran partidarios de la tesis materialista puesto que el estado de cesación de pagos se entendía como incumplimiento⁹¹. Finalmente, autores como Bunge Guerrico sostenían que la ley seguía en algunas de sus disposiciones la tesis amplia y, en otros, la materialista⁹².

Asimismo, existieron opiniones como las de los doctores Félix Martín y Herrera y Juan Carlos Cruz, donde criticando esta confusión de conceptos y establecieron que para salvar esta discusión se debía utilizar otro término: el de bancarrota. Este sería más adecuado a un nivel constitucional y no quiebra, pues serían sinónimos. Así expresan: “(...) *existen una relación de género-especie, toda bancarrota es quiebra, pero no toda quiebra es bancarrota, la primera puede producirse por caso fortuito, la culpa o el fraude, pero la segunda es cuando el deudor le es imputable el estado anormal en que se encuentra*”⁹³.

En definitiva, en la práctica la mayoría de la doctrina se adscribió a la tesis materialista estableciendo, incluso, que un incumplimiento único acarrearía necesariamente la quiebra. En cambio, se utilizaba la tesis intermedia o amplia solo de manera excepcional.

⁹⁰ FERNÁNDEZ, R. (1939). *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*. Buenos Aires, Argentina: Compañía impresora argentina S.A., p. 263.

⁹¹ ARMENGOL, M. (1914). *Fundamentos y crítica de la ley de quiebras*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Imprenta de José Tragant, pp. 8, 17, 106, 198, 199, 201, 238, 247 y 402.

⁹² BUNGE GUERRICO, H. (1916). *Interpretación de la Ley de quiebras*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, pp. 7, 8, 39, 106, 107, 117.

⁹³ THURRIOT, H. (1909). *Breves apuntes sobre quiebras*. Buenos Aires, Argentina: La Industrial, p. 26.

- Ley N° 11.719 de 1933

En cuanto al presupuesto objetivo, esta regulación volvió a la antigua concepción de los Códigos de 1862 y 1889 y la reguló fuertemente; se diferenció entre el origen comercial o civil del estado de cesación de pagos; la obligación de denuncia de las causas de la cesación; fijación de la fecha inicial de la cesación de pagos coincidente con la fecha de la presentación en convocatoria; obligatoriedad de manifestar la cesación de pagos por un plazo de tres o cuatro días según el caso desde la cesación de pagos; la prueba del estado de cesación de pagos por el acreedor; fijación de la fecha provisoria de la cesación de pagos; su impugnación; opinión del síndico sobre la fecha de cesación de pagos, etc.

Sin embargo, la redacción de la ley fue defectuosa debido a la ambigüedad del concepto. Identificando, erróneamente, muchas veces el estado de cesación de pagos con los incumplimientos⁹⁴ y se mantuvo la discusión sobre si la ley respetaba la tesis materialista o la amplia⁹⁵.

A pesar de esto, el Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial (celebrado en el año 1940 en Buenos Aires) entre las 25 declaraciones formuladas, estableció que debía mantenerse el principio de que la cesación de pagos sea el presupuesto al cual se condicionaba la procedencia de la quiebra. Asimismo, dicho Congreso declaró como base fundamental para una reforma concursal que: *“1º. Debe eliminarse del art. 1º de la ley, el concepto doctrinario de ‘estado de quiebra’, a fin de descartar la posibilidad de que se entienda legislada en nuestra ley la quiebra virtual. (...) 2º. El incumplimiento como exteriorización de la cesación de pagos para la procedencia de la declaración en quiebra, no debe limitar el criterio judicial en la fijación oportuna de la efectiva cesación de pagos. (...) 14º. La declaración de quiebra debe proceder, sin excepción alguna, en todos los casos en que el deudor recurrió a los tribunales pidiendo la convocatoria de sus acreedores en procura de un concordado preventivo y no obtuvo éxito en esta gestión, sea que no se haga lugar a su pedido, o se le dé por desistido o que por cualquier otra causa no llegue al concordato”*⁹⁶. Como puede verse, los congresistas se enrolaron en una concepción amplia

⁹⁴MIGUENS, H. (2012), p. 527.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 527-529.

⁹⁶ YADAROLA, M. (1943). Bases para la reforma de la ley de quiebras. En *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*. (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, p. 589.

sobre el ECP (estado de cesación de pago) y concibieron al derecho vigente en 1940 como adscrito a esa concepción, pues propusieron su mantenimiento⁹⁷.

- Ley N° 19.551 de 1972

Esta ley fue la primera en regular un sistema judicial de “continuación de la empresa”. En este sentido, le otorgó al juez gran independencia para que, teniendo en cuenta el “interés general, pudiera disponer cuanto estime pertinente respecto de la explotación de la firma continuada (...)”. De este modo, si bien el legislador nacional partió de la fórmula de la ley italiana anterior al Real-Decreto de 1942, dictó normas mucho más audaces para la protección de las empresas, disminuyendo proporcionalmente el papel de los acreedores⁹⁸.

En materia de presupuesto objetivo, esta ley significó un considerable avance por su precisión conforme al concepto tradicional, toda vez que mediante la legislación seccionada de la materia, existía la posibilidad de discrepancias en la conceptualización y aplicación de dicho presupuesto según se tratara de un tipo u otro de sujeto. Incluso, derivaban en soluciones divergentes según la jurisdicción y la legislación provincial que resultara aplicable⁹⁹.

Así, esta ley mantuvo como presupuesto de apertura de los concursos la cesación de pagos, como lo dice explícitamente en su artículo 1. Además, el artículo 85 de este cuerpo normativo establecía que dicho estado: “*debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan*”. Y por último, el artículo 86 disponía cuáles hechos eran considerados como reveladores del estado de cesación, a saber: el reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor; mora en el cumplimiento de una obligación; ocultación o ausencia del deudor o de sus administradores; clausura del establecimiento; venta a precio vil; ocultación de bienes; etc. Si bien ninguno hace una alusión expresa a la situación de insolvencia, podemos ver algunos relacionados con el desbalance patrimonial o que se referían a un concepto

⁹⁷ MIGUENS, H. (2012), cit. (n. 41), p. 508.

⁹⁸ RUBÍN, M. (2004). El juez del concurso en el régimen de continuación de la actividad productiva en la quiebra. *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, (31/32).

⁹⁹BERSTEIN, O. (2015). *Una necesaria y beneficiosa ampliación del presupuesto objetivo en el concurso preventivo*. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de la Plata, Argentina, p. 132.

económico o jurídico de insolvencia. En cierta forma se alude a los actos, omisiones o manifestaciones externas del deudor, que la ley considera suficientes para la procedencia del trámite de la quiebra¹⁰⁰. Entonces, los artículos 85 y 86 pasaron a complementar el artículo 1, pues en ellos se determinan los hechos que permiten acreditar la cesión de pagos; y aunque se indican con precisión algunos de ellos, no se debían entender como una enumeración taxativa ni como una enunciación que necesariamente obligará al juez a declarar la quiebra¹⁰¹.

Dentro de los motivos de la redacción de esta nueva legislación, la Comisión estableció que si bien se omite definir la cesación de pago, ella se entendía como un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos. Se había preferido mantener la fórmula “cesación de pago” por su tradición en el derecho argentino y en sus fuentes, estimando que un cambio por otro giro, también discutible en cuanto a su precisión, aparejaría nuevos problemas interpretativos que se han querido superar¹⁰².

Esto trajo como consecuencia que la ley fuera interpretada casi en forma unánime (tanto en la doctrina y en la jurisprudencia) en su sentido amplio, como impotencia del patrimonio para la atención de las obligaciones exigibles, y no en su acepción más restringida como sinónimo de incumplimiento¹⁰³.

2.1.2. Legislación actual: Ley N° 24.522

En la actualidad, dentro de las normas que rigen los procedimientos concursales en Argentina se encuentra la Ley N° 24.522, promulgada en 1995, que vino a reemplazar la Ley N° 19.551. Esta nueva regulación respondió a la influencia del derecho concursal estadounidense en el territorio argentino, expresado en el *Bankruptcy Act*. Especialmente en lo relativo a su *Chapter 11*, ya que incorporó la categorización de acreedores, el acuerdo por el tercero, el *cramdown*, el nuevo punto de partida o *fresh start* como descarga (*discharge*) o, en su caso, novación (...) ¹⁰⁴. En definitiva, el espíritu de esta ley se basó en

¹⁰⁰ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 39.

¹⁰¹ Ley 19551, Buenos Aires, 4 de Abril de 1972. Boletín Oficial, 8 de mayo de 1972. (Disponible [en línea]: <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-19551.htm>), p. 19.

¹⁰² *Ibidem*, p. 6.

¹⁰³ BERSTEIN, O. (2015), cit. (n. 106), p. 133; y Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala I, noviembre 9 - 1984 – “Bertrán, Miguel A. L.”, La Ley, 1985-E, 397 (37.028-S).

¹⁰⁴ DASSO, A. (2008). La Prueba Concursal del “Mejor Interés de los Acreedores” y la Exclusión de Voto del Disidente. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, p. 697.

la protección del interés de los acreedores lo que llevó a la ley a un exacerbado voluntarismo o privatismo, otorgándole un excesivo protagonismo a los acreedores aún por sobre el poder jurisdiccional. Luego, en sus modificaciones y debido a las críticas que tuvo al momento de su promulgación, terminó por incorporar como principio formativo la “conservación de la empresa”.

En cuanto a la cesación de pagos, el legislador argentino prefirió no darle una definición expresa. Se argumentó que “la cesación de pagos constituye una noción doctrinaria cuya precisa definición escaparía a la tarea del legislador”¹⁰⁵, respetando así la tradición legislativa de Argentina de los Códigos de 1862 y 1889 y las leyes de 1902, N° 11.719 y N° 19.551.

Esta ley, terminológicamente, utilizó principalmente la expresión “cesación de pagos” y solo excepcionalmente “insolvencia”, pero entendida la insolvencia como sinónimo. Resultando, por ello, conceptos intercambiables libremente, como puede apreciarse en el artículo 173 de esta Ley¹⁰⁶.

Como ya habíamos mencionado, la cesación de pago continúa siendo el presupuesto objetivo para la apertura concursal y no solo del procedimiento de quiebra sino también del concurso preventivo judicial. Según la doctrina, en esta ley se sigue la teoría amplia para entender este concepto, es decir, como el patrimonio impotente para afrontar el cumplimiento de las obligaciones regularmente contraídas, a través de medios y recursos también regulares¹⁰⁷. Dejándose atrás el uso de la teoría materialista, por cuanto consideran que esta última tiene como característica la permanencia (en cuanto perdure dicha situación

¹⁰⁵ HEREDIA, P. (2000). *Tratado exegético de derecho concursal: Ley 24.522 y modificatorias: comentada, anotada y concordada: Tomo I (arts. 1 a 40)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, p. 210.

¹⁰⁶ Artículo 173: “Responsabilidad de los representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados (...). Responsabilidad de terceros, Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”.

¹⁰⁷ GRAZIABILE, D. (2004). Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de la cesación de pagos y los sujetos concursales. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 208, pp. 879-907.

en el tiempo), y alcanza a la generalidad de los acreedores del deudor impotente de pagar¹⁰⁸.

Así, en su artículo 1 la describe como: *“el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a la que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulares de esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69”*.

Al igual que en las legislaciones anteriores, este estado de cesación de pagos se prueba a través de los hechos reveladores de este estado, donde debe demostrarse cualquier acto o hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generen (artículo 78). Lo interesante de esto es que, en primer lugar, la ley adopta la noción de “imposibilidad de cumplir regularmente con sus obligaciones” de la legislación italiana y española. Sobre este punto, la doctrina y jurisprudencia argentina han ofrecido criterios para entender cuando se considera “regular” un pago: al vencimiento; con medios regulares normales (dinero disponible y el crédito, por lo tanto, no es considerado regular el pago que efectúa un empresario vendiendo para ello las máquinas de su fábrica); en la especie de vida (entrega de bienes distintos al debido en especial si en lugar de dinero se entrega otras cosas) y a todos los acreedores (deudores que solo pagan a ciertos acreedores)¹⁰⁹. En segundo lugar, la legislación argentina expone, de manera no taxativa, ejemplos de hechos reveladores, como el reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo efectuado por el deudor; la mora en el cumplimiento de la obligación; ocultamiento o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad; venta a precio vil; ocultación o entrega de bienes en pago; cualquier medio ruinoso o fraudulento empleado para obtener recursos; etc. En tercer lugar, si bien el artículo 83 habla de “probar los hechos reveladores de la cesación de pagos”, el artículo 78 se refiere a que “el estado de cesación de pagos debe ser demostrado”, ante lo cual, la mayoría de la doctrina entiende que el acreedor demandante de la quiebra debe probar los hechos reveladores de ese estado y no la cesación de pagos

¹⁰⁸ FARACI, M; CASADIO MARTÍNEZ, C; RODRÍGUEZ, R; OMEGNA, C. (2015) *¿Cómo se puede probar el estado de cesación de pagos del tercero que contrató con el deudor fallido? Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Trabajo de Investigación 2014/14), p. 14.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 9.

propriadamente tal¹¹⁰. No obstante, es usual que los tribunales igualmente exijan al acreedor probar la cesación de pago.

Ahora los elementos que conforman el estado de cesación de pagos en la ley concursal argentina son dos: generalidad y permanencia. El primero se debe a que estamos ante un estado y no un hecho, por lo que debe ser general. En otras palabras, la situación económica del deudor vuelve su patrimonio impotente para cumplir con sus deudas vencidas y las que están próximas a vencer. El segundo, porque el deudor se verá imposibilitado económicamente para cumplir con sus obligaciones de forma permanente y no pasajera, toda vez que no se estaría en presencia de una cesación de pagos por la simple existencia de una insuficiencia transitoria de fondos. Por otro lado, establece que por "imposibilidad de cumplimiento" se refiere al supuesto en que el deudor se ve imposibilitado de cumplir con sus obligaciones si concurre en él la falta de crédito o de liquidez. Al referirse "en forma regular" se alude la idea de que igual se evidencia el estado cuando el deudor cumple con sus obligaciones, pero no de forma ordinaria. Entonces, el cumplimiento regular es el que se realiza al vencimiento de la obligación, a todos los acreedores y en la especie debida. Y por obligaciones exigibles, en tanto, se entiende que no se configura la cesación de pago por el hecho que las obligaciones se hayan diferido en el tiempo por condición o plazo.

En consecuencia, para que el acreedor o acreedores realicen la petición de quiebra o de concurso preventivo es necesario que expliquen las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado (artículo 11 y 83). Ahora bien, hay que considerar que en el concurso preventivo o en la quiebra solicitada por el propio deudor la ley no exige reconocer la situación real de la empresa ni la posibilidad de mejora o agravación de su situación, sino que el deudor debe confesar estar en este estado. Esto ha sido un punto controversial en la doctrina, ya que si bien se reconoce la teoría amplia de este concepto, resulta prematuro juzgar acerca de la inexistencia del estado de cesación de pagos al tiempo de resolver sobre la apertura del concurso preventivo, o el decreto de quiebra pedido por el deudor, cuando no existen indicios claros de que la confesión de este

¹¹⁰ GERBAUDO, G. (2018). *El estado de cesación de pagos en el pedido de quiebra por acreedor*. Recuperado de Microjuris Argentina: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/12/el-estado-de-cesacion-de-pagos-en-el-pedido-de-quiebra-por-acreedor/>

último constituye una mentira fraudulenta que deba ser develada y reprimida¹¹¹. Así, la doctrina ha opinado que la mera declaración no debería suplir el estado real de cesación de pagos. También el artículo 11 nos revela, según una interpretación literal, que el estado de cesación de pagos debe ser actual al momento de solicitud de apertura, pues exige al deudor estimar la fecha de cesación de pagos.

En cuanto a la fecha en que se considera el estado de cesación de pagos, el artículo 115 de esta ley establece que se determina por resolución firme, la cual tiene efecto de cosa juzgada para los acreedores y terceros que intervinieron en el trámite para su determinación, y su fecha inicial se entiende dentro de los treinta días posteriores a la presentación del informe general (artículo 117). La fijación de fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse más allá de los dos años de la fecha del auto de la quiebra o de presentación en concurso preventivo. Por último, el período de sospecha se entiende entre la fecha que se determine como iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra (artículo 116).

Sin embargo, esta ley fue ampliamente criticada. En palabras del profesor Martorell, entre los aspectos más criticados al legislador de 1995 se halla el mantenimiento de la adhesión a la noción de cesación de pagos, y también la entronización, como *condicio sine qua non*, de la apertura de los procedimientos concursales (...). Como se sabe, la doctrina nacional propiciaba, incluso con anterioridad a la reforma introducida en el régimen concursal argentino mediante la ley N° 22.917, la incorporación de otros presupuestos de los procedimientos concursales (como las dificultades de las empresas), no obstante, la nueva ley optó por mantener exclusivamente la cesación de pagos¹¹². En suma, para este profesor y para la doctrina argentina mayoritaria, se viene insistiendo en la necesidad de cambiar la noción de cesación de pagos por otra: la de “crisis de la empresa”.

Esta nueva corriente nació de la doctrina-legislativa italiana, fundándose en que la actual realidad de la economía y la sociedad impone considerar todos los intereses involucrados en la crisis de la empresa, de modo que la orientación eliminatória de la

¹¹¹ CNCom Sala D 11/09/86 citada por RIBICHINI, Guillermo E. (1999). Inoponibilidad concursal por conocimiento del estado de cesación de pagos. Fondo Editorial de Derecho Economía, p. 12.

¹¹² MEDAWAR, G. (2019). Concursos y Quiebras. Un Derecho Concursal vetusto y adormecido, para paliar crisis modernas y dinámicas (por un Derecho Concursal para empresas). *Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina*, (7).

empresa está superada por la orientación de salvamento, de mantenimiento de la estructura aun cuando improductiva, en vista a los otros intereses (...). De modo que la noción de insolvencia, solo conmensurada con el interés de los acreedores, ya no basta; no responde a aquella exigencia de tutela de otros intereses¹¹³. Así, el autor argentino Guillermo Medawar, sostiene que la mantención de anacronismos tales como exigir la existencia del estado de cesación de pagos, en procesos voluntarios como el Concurso Preventivo o la propia Quiebra es una cuestión absolutamente incompatible con el desarrollo tecnológico, las herramientas de gestión, los recursos humanos, las técnicas de *management* y con la evolución de las empresas (deudoras y acreedores) en general¹¹⁴.

Actualmente la discusión recae en que los procedimientos concursales clásicos se demostraban como insuficientes para remediar las crisis empresariales y que era necesario que la legislación se orientara hacia un criterio (de cesación de pago) más amplio de salvataje, saneamiento o reorganización de las empresas en dificultades, que permita detectar a mejor tiempo las crisis, proveyendo, a partir de ello, remedios más tempranos y adecuados¹¹⁵. Además, no se explicaba la razón de por qué el presupuesto objetivo de los concursos preventivos tenía que ser el mismo que el de los liquidativos, puesto que se producía un problema para el deudor que pedía el concurso preventivo al imponérsele la cesación de pagos. Así pues, la doctrina argentina también criticaba esta situación y exponía que era necesario que el deudor debiese poder solicitar la apertura de este concurso sin estar necesariamente en cesación de pagos, similar al sistema norteamericano.

Como conclusión, durante todo este apartado hemos evidenciado que las distintas legislaciones argentinas han hablado repetidamente, no de cesación de pagos como tal, sino de un “estado de cesación de pagos”, a diferencia de nuestro ordenamiento concursal. Diferentes autores han explicado que este país utiliza este término porque lleva implícita la idea de cierta duración en el tiempo¹¹⁶ y, además, de que no se trataría de un hecho aislado, diferenciándolo tajantemente del concepto de incumplimiento e insolvencia.

¹¹³ GRAZIABILE, D. (2004), cit. (n. 114).

¹¹⁴ MEDAWAR, G. (2019).

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ FARACI, M; CASADIO MARTÍNEZ, C; RODRIGUEZ, R; OMEGNA, C. (2015), cit. (n. 115), p. 36.

2.2 Colombia

2.2.1 Evolución Histórica de la legislación concursal colombiana

Al igual que nuestro país, el derecho comercial colombiano se vio fuertemente influenciado por el derecho español a través de las Siete Partidas, la Nueva y Novísima Recopilación, las Ordenanzas de Bilbao y el Código de Comercio Español de 1829. Estas normas tuvieron vigencia hasta la promulgación del primer Código de Comercio en 1853. Este Código, si bien recogió textualmente el Código de Comercio Español, suprimió el Libro V sobre jurisdicción comercial y procedimientos, las cuales fueron reguladas, en cambio, por la Ley de 16 de junio del mismo año.

En 1845, debido a la instauración de la Confederación Granadina se originó una ruptura entre la legislación marítima y comercial. Lo cual se debió, por un lado, porque se le autorizó a los estados soberanos para legislar sobre todos los ramas de derecho privado, y por otro, porque se le dejó al Gobierno Nacional lo concerniente al comercio marítimo. A pesar de esto, el Código de 1853 siguió en vigor convirtiéndose en el Código Nacional de aquel país.

Luego, en 1887 Colombia incorporó como Código Nacional de Comercio Terrestre el adoptado previamente por Panamá en 1869. Este Código reunió textualmente el estatuto comercial chileno de 1865, pero le introdujeron una serie de modificaciones. Siendo unas de las más importantes: la enumeración de los actos mercantiles y no mercantiles; la regulación del contrato de cuenta corriente y de las sociedades comerciales; y la consagración de la analogía de sus disposiciones para los casos no previstos en el Código.

Para continuar con nuestra exposición estimamos prudente seguir la tendencia de la doctrina colombiana de distinguir tres etapas históricas: la peligrosista, intervencionista y aperturista¹¹⁷.

- Etapa peligrosista

¹¹⁷ Colombia. Superintendencia de Sociedades. (2011). *Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano: Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf

Según la doctrina, esta etapa comprende desde el inicio de la legislación concursal colombiana propiamente tal (lo cual se atribuye a la dictación del Decreto 750 de 1940) hasta el año 1969 donde se criminaliza, de manera objetiva, la insolvencia empresarial¹¹⁸.

Como mencionamos previamente, entre 1869 y 1887, el derecho comercial colombiano se encontraba regulado por el Código Nacional de Comercio de Terrestre de Panamá, encontrándose regulada la quiebra en su Título V, desde el artículo 121 al 181.

El artículo 121 establecía que: “(...) *todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, y se halle en incapacidad actual y declarada de cubrirlas (...)*” entraba en el supuesto para entrar a la quiebra. Además, estableció que este deudor tenía la obligación de poner en conocimiento al juez de su estado dentro de los seis días siguientes al que hubiere cesado en el pago corriente de sus obligaciones, por incapacidad de cumplirlas (artículo 137), so pena de que fuera tenido por culpable de su quiebra. Finalmente, distinguió cinco clases de quiebra: la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta y el alzamiento (artículo 122).

Por tanto, podemos afirmar que, si bien en un inicio la legislación colombiana no establecía expresamente que “cesar en el pago” era el presupuesto de apertura, se entendía que era sinónimo al “sobreseimiento en el pago”. Sobre este punto, autores como Félix Cortes, expresaban que “*sobreseer equivale a desistir, cesar en el cumplimiento de las obligaciones, dejar de atender los pagos; pero no basta la suspensión del pago; ésta debe surgir de la incapacidad de hacerlo. Las dos definiciones agregan un tercer elemento, la declaración de esa suspensión de conformidad con la ley (...). Una cosa es, pues, la insolvencia de hecho, y otra el estado jurídico de la quiebra, que para que se produzca exige la ocurrencia de estas condiciones: a) que se trate de un comerciante; b) que haya la insolvencia o incapacidad de atender el cumplimiento de las obligaciones; c) que estas sean de carácter comercial; y d) que recaiga una declaración judicial*”¹¹⁹.

De esto podemos sacar dos conclusiones importantes. Por un lado, el sobreseimiento en el pago se traducía en una incapacidad de hacerlo y no a la mera suspensión del mismo,

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ CORTES, F. (1933). *Comentarios al Código de Comercio Terrestre*. Bogotá Colombia: Tipografía Moderna, pp. 64-65.

ya que esta última era comprendida como la situación en que el deudor estaba en estado de iliquidez, esto es, *cuando no había suficiente flujo de caja para cubrir las obligaciones sin que el deudor haya dejado de ser solvente*. Mientras que “cesar o sobreseer en el pago” era más bien *“la imposibilidad absoluta de pagar porque no se tiene con que hacerlo, pues la persona se encuentra insolvente, esta se presenta cuando los pasivos son mayores a los activos”*¹²⁰. Y por otro lado, el sobreseimiento o el cese en el pago se entendía como sinónimo de insolvencia, diferente a la declaración de quiebra. En consecuencia, mientras que el primero se entendía como un estado de hecho, para acudir al segundo, se debía cumplir con los requisitos del artículo 1¹²¹. Debido a esto, surgieron distintas voces que criticaron fuertemente la confusión entre ambos términos. Por ejemplo, José Gabino Pinzón llegó a afirmar que: *“la exigencia conjunta de la cesación en los pagos y de la insolvencia o incapacidad de cubrirlas desfiguraba fundamentalmente la institución de la quiebra, porque, además de dificultar la comprobación del estado de quiebra aseguraba de antemano la inutilidad del proceso de ejecución, ya que este solo podía iniciarse cuando el deudor estaba en condiciones de no pagar, esto es cuando ya no podía conseguirse fácilmente la finalidad de pagarse a los acreedores”*¹²².

En definitiva, consideramos que en esta época la insolvencia era toda una categoría jurídica para señalar un trámite específico, según el grado que adoptara la figura, el cual a su vez determinaba la causa de la crisis. De esta manera, la cesación en el pago de las obligaciones, acompañada de la incapacidad inmediata para cubrirlas, conducía irremediamente a la quiebra, cuya punibilidad dependía de las causas que hubieran determinado la insolvencia o de si se trataba de una simple suspensión en los pagos¹²³.

Así se mantuvo, hasta que en 1940 el Decreto 750 derogó expresamente el Código de Comercio vigente y sustituyó los artículos 121 a 181 del Código de Comercio de 1869, reglamentando por completo la institución de la quiebra. Se había expuesto la necesidad de derogar por completo el régimen anterior debido a las frecuentes prácticas fraudulentas en la que incurrían los comerciantes con la intención de defraudar a sus acreedores. Así, este decreto le dio un énfasis profundo a la protección de los acreedores y en las sanciones

¹²⁰ *Ibidem*, p. 67.

¹²¹ SOTOMONTE, D. (2005). Los Presupuestos del Concurso en la Legislación Colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4 (1). (Disponible [en línea]: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2107/1884>), p. 6.

¹²² *Ibidem*, p. 7.

¹²³ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 43.

severas al deudor moroso (donde se podía presumir su culpa, inhabilitar comercialmente e incluso castigar penalmente), teniendo como fin último el de darle seguridad al crédito. De ahí que la ley asimilaba la quiebra del deudor a un ilícito penal, donde incluso el juez concursal podía declarar la detención preventiva del deudor y condenarlo penalmente si así lo consideraba. En cuanto a la cesación de pagos, se establecieron varias presunciones de mala fe comercial en los actos del deudor en su artículo 10 (fuga notoria, la venta de activos y cambios de nombre del comerciante, etc), con la finalidad de otorgarle mayor severidad a los actos dolosos o culpables del deudor y hacer más fácil la prueba para los acreedores. Por último, se dividió la quiebra en culpable e inculpable, donde en la primera existía una presunción de culpa que le correspondía al deudor desvirtuar.

En cuanto a la apertura del procedimiento, se consideró que se hallaba en estado de quiebra todo comerciante que sobreseía en el pago corriente de sus obligaciones. Por lo cual, todo comerciante que incurría en mora en el pago de sus obligaciones se encontraba en estado de quiebra (artículo 1). Entonces, para solicitar la declaración de la quiebra se requería, en primer lugar, ser comerciante, en segundo, la cesación de pagos y, en tercer lugar, la cesación debía referirse a obligaciones comerciales. Eliminándose por completo el requisito de hallarse en incapacidad actual de cubrir el pago corriente de sus obligaciones.

Hay autores que criticaban la redacción de este presupuesto objetivo puesto que la simple cesación de pagos no ponía en evidencia la situación real en que se encontraba el deudor. Llegándose a afirmar que *“en este aspecto la norma es vaga pues no establece una condición más precisa de lo que se puede entender por cesación de pagos, ni ningún otro elemento relevante para establecer el verdadero estado de crisis”*¹²⁴. José Gabino Pinzón sigue esta misma idea y expuso que: *“Esta norma refleja la rigidez de la que se habló con anterioridad, a favor de los acreedores, sus créditos y la economía, colocando a los deudores en inferioridad ya que es seguro que aunque no se encontraran en una situación crítica, como los que están ilíquidos se les daba inicio a un proceso de quiebra en caso de incurrir en una de las presunciones que relaciona el artículo 10, y a pesar que se trataban de presunciones de cesación de pagos, no todas se fundamentaban en conductas que llevaran directamente a pensar en dicha cesación, porque más que ser de este tipo,*

¹²⁴ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 14.

*eran presunciones de comportamientos fraudulentos por parte de los comerciantes deudores”*¹²⁵

En suma, el excesivo uso de presunciones y la desconfianza hacia los deudores llevaron a que se declarara la quiebra a sujetos que posiblemente no se encontraban en cesación de pagos. Se utilizó la quiebra como una especie de medida cautelar más que un procedimiento de *ultima ratio* para el deudor que veía insostenible soportar sus deudas.

- Etapa intervencionista

Esta segunda etapa comprende desde el año 1969 hasta 1990. Se le conoce como “intervencionista” por la marcada intervención del Estado en la economía colombiana y por la generación de múltiples empresas estatales y de economía mixta o privadas de gran tamaño. Este intervencionismo fue una tendencia en varios países de Latinoamérica debido a la implementación de un novedoso modelo económico: el de sustitución de importaciones. De esta manera, el derecho concursal de la época se concentró en proteger excesivamente la situación de la posible insolvencia de empresas nacionales pues si fallaban podrían causar daños graves a la economía.

Esta etapa inició con el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 29 de mayo de 1969 donde se declaró la inexecutable (o inconstitucional) del Decreto 750 de 1940, al considerarse que el gobierno había excedido las facultades otorgadas por el legislador para expedirlo. Debido a esto se decretó de urgencia el Decreto 2264 de 1969, el cual se tradujo en el Título I del Libro IV del Proyecto de Código de Comercio redactado en 1958. Esta nueva implementación significó un cambio radical en cuanto al deudor en comparación a la etapa pasada, ya que se “premiaba” a los comerciantes “*en razón de sus antecedentes personales y de la forma en que puedan asegurar el pago de sus obligaciones, sea porque tengan activos suficientes, o porque den garantías reales o personales a sus acreedores, o porque éstos tengan plena confianza en el deudor*”¹²⁶. En virtud de aquello, “buenos” comerciantes podrían reestructurar sus relaciones con sus acreedores y evitar un juicio de quiebra a través del concordato.

¹²⁵ PINZÓN, J, (1957). *Derecho Comercial: Cuestiones generales y quiebras*. (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Editorial Temis, p. 361.

¹²⁶ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 16.

La regulación del concordato estaba contenida en el artículo 2222 el cual disponía que: *“El comerciante que haya suspendido o vaya a suspender el pago corriente de sus obligaciones podrá solicitar se le admita a la celebración de un convenio o concordato con sus acreedores (...)”*. Por tanto, para poder utilizar esta figura no era necesario encontrarse en cesación de pagos, sino que también se podía utilizar en aquellos casos donde se temía que se podía incurrir en esa situación.

En cuanto a la quiebra, este decreto la vio como un fenómeno económico de trascendencia pública y a diferencia de la antigua reglamentación, se estableció que se consideraría en estado de quiebra el comerciante que sobreseyera el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales, ordenándole que ponga en conocimiento al juez competente dentro de los 15 días siguientes, su estado de cesación de pagos (artículo 21). Acá vemos dos cosas interesantes: en primer lugar, se utilizó una vez más el término de “sobreser en su pago” como sinónimo de cesación de pagos y, en segundo lugar, no se ahondó en la diferencia de la causa de la cesación de pagos (es decir, en determinar si existía insolvencia o iliquidez).

Este Decreto tuvo una vigencia bastante breve pues apenas tres años después, en 1971, el Decreto N° 410 promulgó el Código de Comercio. Este Código reglamentó por primera vez el concordato preventivo potestativo y obligatorio, sin embargo, modificó lo establecido en el proyecto de 1958 y cambió sus condiciones y requisitos. En cuanto a la regulación de la quiebra, esta se contempló en el Título II entre los artículos 1937 y 2010.

Los concordatos, en este nuevo Código, se veían como mecanismos para recuperar o restablecer las empresas y tenían como principal objetivo su restructuración y su uso para empresas grandes con capacidad para generar empleos e impactar beneficiosamente a la economía colombiana.

En el concordato preventivo potestativo el deudor no solo debía encontrarse en dificultades económicas, sino que era indispensable que cumpliera con los deberes que establecía la ley (inscripción en el registro público, llevar contabilidad al día, etc). Ahora, el artículo 1910 hablaba de dos supuestos que debían verificarse para que los deudores pudieran utilizarlo: *“El comerciante que haya suspendido o tema suspender el pago*

corriente de sus obligaciones mercantiles (...).” El primero implicaba un hecho objetivo: el que había dejado de cumplir con el pago corriente de sus obligaciones mercantiles, es decir, la cesación de pagos. Acá se entendía como una situación en la que no cuenta con los recursos necesarios para el oportuno cumplimiento de sus obligaciones, pero esta situación debe ser producto de una situación de iliquidez. Supone que no tenga los recursos en un momento determinado, pero que los pueda generar más adelante. No resultaría productivo prolongar la agonía de una empresa incapaz de generar los activos necesarios para el pago de sus obligaciones; estamos hablando de una empresa que incumple por un estado de insolvencia, y no de iliquidez, lo cual implica no tener recursos en un momento determinado pero con la posibilidad de generarlos posteriormente¹²⁷. Diferenciándose claramente la insolvencia de la iliquidez. El segundo, hacía relación a una situación en que el deudor puede estar cumpliendo con sus obligaciones mercantiles, pero está el temor que en el futuro pueda verse en una situación de cesación de pagos. Ahora bien, este temor debe estar fundado.

En cuanto al procedimiento de quiebra, la situación fue totalmente inversa: no tuvo ningún cambio e incluso se hizo más explícito su carácter punitivo con la creación de una tipología penal completa para los casos de mala fe. De esta forma, el legislador volvió a adoptar una base objetiva externa, partiendo de hechos reveladores, independientemente de cual fuera la situación patrimonial del deudor, soportándose para ello incluso presunciones¹²⁸.

En cuanto a la quiebra, esta estaba contemplada en su artículo 1937 donde se *consideraba “al deudor en estadio de quiebra al comerciante que sobresea en el pago corriente de dos o más de sus obligaciones comerciales (...)*”. Si bien este artículo estableció el sobreseimiento en el pago como presupuesto objetivo, no estableció si debía ser insolvente, produciéndose así una discusión en la doctrina de la época para determinar cuál era la causa de la cesación de pagos necesaria para abrir el procedimiento de quiebra.

Finalmente, se concluyó que la insolvencia daba lugar a la quiebra y la iliquidez a la concordato¹²⁹. En consecuencia, el concordato supone una suspensión el pago de las

¹²⁷ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 23.

¹²⁸ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 45.

¹²⁹ *Ibidem*.

obligaciones debido a una situación de iliquidez por parte del deudor; en cambio, en la quiebra se habla de una suspensión en el pago por motivo de insolvencia definitiva del deudor. En otras palabras, la insolvencia que da lugar a la suspensión de pagos puede ser temporal o definitiva, la provisional supone siempre iliquidez y la definitiva implica déficit o inferioridad del activo frente al pasivo del deudor. En Colombia, una situación de iliquidez conduce al concordato y una situación de insolvencia definitiva conlleva la declaratoria de quiebra¹³⁰.

En definitiva, el Código de Comercio de 1971, permitió que el deudor en crisis pudiera someterse al proceso concursal antes de llegar a la cesación de pagos, pero igualmente sancionaba penalmente al deudor cuando utilizaba el mecanismo de quiebra para defraudar a sus acreedores.

Luego, debido a que en 1982 se produjo la primera gran crisis económica post guerra en Colombia, además con la constante intervención por parte del Estado y el hecho de que el ordenamiento concursal de la época resultó totalmente ineficaz para lidiar con esta situación, en 1989 se promulgó el Decreto N° 350 que modificó e innovó la regulación concursal y otorgándole preponderancia a un nuevo sujeto: la empresa. Esto se vio claramente plasmado en su artículo segundo, el cual señala: “*el concordato preventivo tiene por objeto la conservación y recuperación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, cuando ello fuere posible, así como la protección adecuada del crédito*”. Así, este Decreto derogó el Título I del Libro IV del Código de Comercio, dejando el Título II de la quiebra intacto.

La introducción de la importancia del empresario y la empresa introdujo un cambio de paradigma importante en cuanto a la cesación de pagos. En su artículo 1 se estableció que todo empresario sujeto a la ley comercial que se encontrara imposibilitado para cumplir sus obligaciones mercantiles, o temiera razonablemente llegar a dicho estado, podría solicitar la admisión al trámite de un concordato preventivo potestativo. Acá ya no se menciona ni insolvencia, ni cesación de pagos o suspensión de pagos, sino que se utilizó un concepto mucho más amplio: el de “imposibilidad de cumplir”. También uno mucho más etéreo y de

¹³⁰ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 32.

imposible prueba objetiva, el de “temor razonable de incumplimiento”¹³¹. Estableciéndose, en consecuencia, un criterio mixto en cuanto al presupuesto objetivo de la concordato.

La imposibilidad de cumplir se refiere a un concepto que abarca tanto la suspensión de pagos como la cesación¹³², lo que equivale al incumplimiento temporal o permanente. Ahora, según la doctrina colombiana de la época, se trataban de conceptos diferentes: *“En estricto sentido, la suspensión de pagos no es lo mismo que la cesación de los mismos. Porque la cesación hace referencia a una situación de incumplimiento definitivo, mientras que la suspensión se refiere a un incumplimiento temporal de las obligaciones del comerciante. En cuanto a la primera tenemos que se presenta cuando el comerciante aun teniendo activos superiores a sus pasivos no cumple con sus obligaciones de manera puntual, es decir, se presenta un incumplimiento temporal, ya que el hecho de no cumplir puntualmente no implica que este imposibilitado para hacerlo después. Mientras que si se encuentra en estado de cesación de pagos, el incumplimiento es definitivo, no está en posibilidad de cumplir con su obligación en ningún momento. Cuando se da la cesación en estos términos estamos frente a un estado de insolvencia, que es aquel estado propio del deudor a quien le es totalmente imposible atender el pago de sus obligaciones. Por lo anterior, el estado de insolvencia definitiva o de cesación de pagos no puede confundirse con el estado de suspensión, ya que mientras el primero es duradero y permanente, el del segundo puede ser temporal, relacionado con la suspensión de pagos”*.¹³³

Los comisionados que redactaron el decreto dedicaron prolongados debates para diferenciar entre los términos de “insolvencia” e “iliquidez” y entre “cesación” y “suspensión”. Pero finalmente optaron por la expresión “incumplimiento de obligaciones mercantiles”, al considerar que abarcaría más situaciones en las que se puede encontrar una empresa en dificultades¹³⁴.

- Etapa aperturista

¹³¹ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 45.

¹³² LEAL PEREZ, H. (1989). *Concordatos Mercantiles: Decreto Número 350 de 1989*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional, p. 63.

¹³³ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 36.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 37.

Tras el término de la Guerra Fría se abrió paso a un nuevo modelo de economía de mercado y de liberalización económica. En Colombia esto se vio reflejado en la promulgación de la Constitución de 1991 y en las múltiples reformas legales que se realizaron al ordenamiento jurídico colombiano debido a este nuevo marco constitucional.

En materia concursal la reforma llegó con la dictación de la Ley N° 222 de 1995. Siguiendo con los principios de la Constitución de 1991, la nueva regulación concursal se basó en los principios de libertad, iniciativa privada, libre competencia y en la protección a la empresa. Asimismo, se constituyó el paso final del proceso de sustitución gradual de la figura de la quiebra por mecanismos menos drásticos, como el de los procedimientos concursales. De esta manera, se sustituyó toda la normatividad concordataria establecida en el Decreto N° 350 de 1989 y las reglas del estatuto procesal civil en cuanto concurso de acreedores¹³⁵. En este último se unificó el concordato potestativo y obligatorio en un solo procedimiento, el cual pasó a ser llamado concordato o acuerdo de recuperación de los negocios del deudor. Por otro lado, se despenalizó la quiebra y se reemplazó por la liquidación obligatoria.

Una de las innovaciones más importantes de esta ley fue la modificación de los supuestos de procedencia de la concordato y de la liquidación obligatoria. En efecto, el artículo 91 estipuló tres situaciones en que se podría encontrar el deudor para abrir el procedimiento concursal: cuando éste se encontraba en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones y si temiere razonablemente llegar a cualquiera de las dos situaciones anteriores. Por otro lado, según el artículo 150 la liquidación obligatoria se podía abrir por tres supuestos taxativos: por decisión de la Superintendencia de Sociedades; por terminación del trámite concordatario por falta de acuerdo o incumplimiento de éste; o cuando el deudor se ausente y haya abandonado sus negocios.

Como hemos mencionado anteriormente, se establecieron distintos eventos en los que podía procederse al concurso. El primero, cuando se estaba incumpliendo el pago regular de sus obligaciones de contenido patrimonial. A diferencia con la regulación anterior, se eliminó el requisito de tratarse de obligaciones mercantiles, dado que la nueva regulación entendió que los comerciantes ya no eran los únicos que podían utilizar este procedimiento,

¹³⁵ GARZÓN, D. (2015). *Los procesos de insolvencia en Colombia: análisis comparado de los requisitos y condiciones*. (Tesis para optar por el título de abogado). Universidad Católica de Colombia, Colombia, p. 8.

atendiendo así a la realidad colombiana de la época. En cuanto a lo que se refería esta ley por “incumplir con el pago regular de sus obligaciones”, la doctrina ha establecido que se conserva la orientación contenida en el régimen concordatario contenido en el Decreto N° 350 de 1989, puesto que el sentido que se le quiere dar es el mismo que se le dio a la de estar “imposibilitado para cumplir” en la antigua regulación¹³⁶. El segundo, cuando el deudor se encontraba en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las obligaciones patrimoniales. En esta época se intentaba prevenir las situaciones donde los deudores no podían cumplir oportunamente con sus obligaciones, en razón de que podían afectar a la economía de manera global. Por aquel motivo, se les daba la opción del concordato incluso si no cumplían con sus obligaciones; dándole la oportunidad a los empresarios de utilizar este procedimiento antes de que estos no se puedan recuperar económicamente. Y por último, si éste temía razonablemente llegar a cualquiera de las dos situaciones anteriores. Este temor debía ser razonable, esto es, el deudor debía demostrar de manera real y fidedigna que se encontraba en una situación donde presenta serias dificultades para cumplir oportunamente o que efectivamente incumplirá con el pago de sus obligaciones.

Lo interesante de estos supuestos es que trataban de introducir tanto el criterio subjetivo como el objetivo, de manera similar al anterior Decreto N° 350 de 1989. Pues si nos remitimos al numeral primero del artículo, vemos que éste consagraba una situación objetiva, la cual era que el deudor se encontraba “en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de las mencionadas obligaciones”, obligaciones que no sabemos cuáles son, pues la ley guarda silencio al respecto. Y en cuanto al criterio subjetivo, vemos que éste se aplica en el numeral segundo, pues sostiene: “si se teme razonablemente que llegue a cualquiera de las dos situaciones anteriores”. El problema radica en que no entra a explicar cuáles son estas dos situaciones, pero lo que se quiere mostrar es que el legislador intentó aplicar el criterio subjetivo al utilizar la expresión “teme razonablemente”, que hace referencia a la esfera interna del deudor: a la convicción que tiene de que es muy posible que pueda llegar a incumplir¹³⁷.

Por consiguiente, el legislador cometió un error al presentar una redacción incompleta de estos supuestos, dejando un vacío importante en este punto. El deudor no

¹³⁶ SOTOMONTE, D (2005), cit. (n. 132), p. 46.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 51.

tenía la claridad de saber cuáles eran estos supuestos y se veían incapaces de saber si podían, o no, utilizar estos procedimientos. Lo anterior implicó que los deudores que se encontraban acogidos por el Decreto N° 350, ahora con la Ley N° 222 se encontraban totalmente desprotegidos. Entonces, podemos ver que el legislador no se comprometió con definiciones, ni con fórmulas aritméticas, sino que aludió a dificultades existentes, o al temor de que ocurrieran, sin ocuparse siquiera de hechos externos reveladores de la situación, excepto por la presunción de que el abandono era síntoma suficiente para proceder a la liquidación¹³⁸.

Esta ley no pudo soportar la crisis financiera que azotó a este país en la década de los 90'. Por lo que en 1999, se expidió la Ley N° 550 con el objetivo de mantener a flote las empresas y promover la inversión nacional y extranjera. Esta nueva regulación hizo uso de las disposiciones constitucionales de intervención estatal en la economía con el fin de *“promover la reactivación de la economía y el empleo mediante la reestructuración de empresas pertenecientes a los sectores productivos de la economía, tales como el agropecuario, el minero, el manufacturero, el industrial, el comercial, el de la construcción, el de las comunicaciones y el de los servicios”* (artículo 2, numeral 1). Para lograr esta finalidad, se suspendieron las reglas del concordato para ser reemplazadas por el acuerdo de reestructuración, el cual consistía en un convenio con los acreedores con el fin de mantener la empresa y evitar la liquidación.

En cuanto al presupuesto objetivo del trámite de reestructuración, esta ley volvió a utilizar el criterio tradicional de la cesación de pagos. El artículo 6 establecía que: *“(…) En las solicitudes de promoción por parte del empresario o del acreedor o acreedores, deberá acreditarse el incumplimiento en el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones mercantiles contraídas en desarrollo de la empresa, o la existencia de por lo menos dos (2) demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles. En cualquier caso el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del cinco por ciento (5%) del pasivo corriente de la empresa”*.

Entonces, para abrir el concurso existían dos causales: la primera era el incumplimiento de dos o más obligaciones mercantiles por un término superior a 90 días. En esta era necesario, primero, un incumplimiento de dos o más obligaciones. Segundo,

¹³⁸ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 46.

estas debían ser obligaciones mercantiles y, tercero, se exigía un plazo de incumplimiento superior a 90 días, obedeciendo a la práctica comercial de los empresarios en Colombia.

La segunda causal, era la existencia de dos demandas ejecutivas para el pago de obligaciones mercantiles, sin que se requiera que las mismas tengan un vencimiento superior a 90 días. Se redactó esta causal con la finalidad de obtener, mediante la intervención estatal, el cumplimiento de las relaciones jurídicas de carácter obligatorio que existan entre los particulares, de suerte que se logre la ejecución forzada de la prestación por parte del deudor¹³⁹.

Esta nueva regulación no fue lo suficientemente clara en cuanto a sus supuestos. Aquello en vista de que al volver al sistema de la cesación de pagos entendida como el incumplimiento regular de las obligaciones, se dejó a la discrecionalidad del juez determinar cuando existía incumplimiento regular o irregular, lo cual dio lugar a situaciones de abusos por parte de los jueces.

2.2.2 Regulación actual: Régimen de Insolvencia Empresarial y Régimen de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante.

En 2006 se promulgó la Ley N° 1116 por la cual se estableció el Régimen de Insolvencia Empresarial en Colombia. Esta tuvo por finalidad *“la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de Liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor”*¹⁴⁰. En definitiva, esta nueva ley tuvo en mente eliminar la posición dominante de los acreedores, la desigualdad de las partes en el proceso, la dilación del procedimiento y la multiplicidad de procesos.

Se le llama “régimen de insolvencia empresarial” porque sus sujetos pasivos son las personas naturales y jurídicas, empresas nacionales o sucursales de sociedades extranjeras que realicen actividades comerciales (artículo 2), excluyéndose de esta manera a la persona natural no comerciante de esta ley. Debido a esta laguna legal se promulgaron las Leyes N° 1380 de 2010 y N° 1564 de 2012 (las cuales tienen por objeto regular la

¹³⁹ Superintendencia de Sociedades de Colombia. Concepto N° 2001-01-011512 del 12 de marzo de 2001.

¹⁴⁰ Ley N° 116 de 2006, Artículo 1. Congreso de la República de Colombia.

insolvencia de estas personas). Por lo tanto, podemos sostener que el sistema colombiano consta de dos regulaciones diferentes: una para la persona natural o jurídica comerciante y otra para la persona natural no comerciante.

La primera de ellas contempla cuatro procedimientos: la reorganización (ex reestructuración), la liquidación judicial, la validación judicial de acuerdos privados y la insolvencia transfronteriza. La reorganización tiene por objetivo que, a través de un acuerdo, se pueda preservar las empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, y de activos o pasivos. La liquidación judicial, por su parte, persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor. La validación judicial de acuerdos privados busca propiciar y proteger la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general, además de sancionar las conductas que le sean contrarias (artículo 1).

Ahora, en cuanto al proceso de reorganización, se establecen dos supuestos de admisibilidad: la cesación de pagos y la incapacidad de pago inminente.

“Artículo 9: 1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando: incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año”.

La cesación de pagos se presentará, entonces, cuando para no menos del 10% del total del pasivo al corte de los estados financieros presentados se incurra, ya sea en incumplimiento en el pago por más de 90 días de mínimo dos obligaciones a favor de dos

o más acreedores, o cuando tenga en su contra dos o más procesos ejecutivos por dos o más acreedores para el pago de sus obligaciones respecto a su actividad comercial.

Como ya hemos establecido a lo largo de este análisis, la doctrina colombiana mayoritaria entiende que la cesación de pago se traduce en el desequilibrio económico que importa un estado patrimonial de imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones, asimilándola muchas veces a la insolvencia. Para esta doctrina, la diferenciación entre los conceptos de insolvencia y del estado de cesación de pagos no existe etimológicamente, además, haciendo una interpretación literal significan lo mismo¹⁴¹.

Asimismo, su conceptualización la fundan en aspectos objetivos que se encuentran directamente ligados al patrimonio, esto es, más que intentar establecer un concepto estricto, lo que ha hecho la doctrina es establecer límites para no confundirlo con otras patologías del patrimonio¹⁴². De esta manera, se ha ido aceptando por la doctrina, varios elementos o criterios que configuran la cesación de pagos: la generalidad, permanencia e imposibilidad de cumplimiento en forma regular sobre obligaciones exigibles.

De esta manera, por generalidad se entiende que la cesación de pagos es un estado y no un hecho, el cual debe ser general: debe volver impotente el patrimonio del deudor para cumplir con sus deudas vencidas y las que están próximas a vencer. Por permanencia, en tanto, se refiere a que el deudor debe estar imposibilitado económicamente de forma permanente y no pasajera o transitoria. Por imposibilidad de cumplimiento, el autor establece que el deudor debe estar imposibilitado para cumplir con sus obligaciones si concurre en él la falta de crédito o de liquidez. Y por último, esta imposibilidad de cumplimiento debe referirse cuando el deudor, por un lado, cumple con sus obligaciones pero no de forma ordinaria y cuando se tratan de obligaciones exigibles. En cuanto a la incapacidad de pago inminente, será necesario acreditar la existencia de razones internas o externas a la organización que afecten en forma grave el cumplimiento normal de las

¹⁴¹ HERRERA, A; RESTREPO, A. (2012). *Acercamiento al Proceso Concursal de Insolvencia Transfronteriza*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogados). Universidad EAFIT, Colombia, p. 14.

¹⁴² *Ibidem*, p. 13.

obligaciones de corto plazo, esto es, con vencimientos contractuales en el próximo año. Esta condición no será suficiente en el caso de personas naturales comerciantes¹⁴³.

Por otro lado, la doctrina colombiana y la ley concursal también desarrollaron la materia de los hechos reveladores. Ellos consisten en manifestaciones del estado de insolvencia que se caracterizan por ser exteriores y objetivamente comprobables, por lo que no es necesario invadir la esfera de la intimidad patrimonial del deudor para conocer el estado de insolvencia¹⁴⁴. La misma ley en su artículo 49 al enunciar los supuestos de apertura de un concurso liquidatorio inmediato (en su numeral 7) establece como hecho revelador: *“Tener a cargo obligaciones vencidas, por concepto de mesadas pensionales, retenciones de carácter obligatorio a favor de autoridades fiscales, descuentos efectuados a los trabajadores, o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, sin que las mismas fuesen subsanadas dentro del término indicado por el Juez del concurso, que en ningún caso será superior a tres (3) meses”*¹⁴⁵. De igual manera, vemos que esta regulación mantiene la presunción del abandono de sus negocios como hecho revelador de cesación de pago.

La insolvencia de las personas naturales no comerciantes fue regulada por la ley N° 1.380 de 2010, la cual fue derogada y reemplazada posteriormente por la Ley N° 1.564 de 2012, incluyendo este régimen en el Código General del Proceso. Este Código contempla la insolvencia en sus artículos 531 al 576 del Título IV y tres distintos procedimientos: la negociación de deudas, la convalidación del acuerdo privado y la liquidación patrimonial.

El procedimiento de negociación de deudas le da la posibilidad a los deudores de negociar a través de acuerdos con sus acreedores. El presupuesto objetivo para abrir esta negociación se encuentra en el artículo 538: *“Supuestos de insolvencia. Para los fines previstos en este título, se entenderá que la persona natural no comerciante podrá acogerse a los procedimientos de insolvencia cuando se encuentre en cesación de pagos. Estará en cesación de pagos la persona natural que como deudor o garante incumpla el pago de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores por más de noventa (90) días,*

¹⁴³ CORREA, L. (2015). *Fortalezas y Debilidades de la Ley 1116 de 2006 en sus primeros años de aplicación*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para la obtención del título de magister en Administración Financiera). Universidad EAFIT, Colombia, p. 12.

¹⁴⁴ PAJARDI, P. (1991). *Derecho concursal*. Tomo I. Editorial Abaco. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco, p. 302.

¹⁴⁵ HERRERA, A; RESTREPO, A. (2012), cit. (n. 154), p. 17.

o contra el cual cursen dos (2) o más procesos ejecutivos o de jurisdicción coactiva. En cualquier caso, el valor porcentual de las obligaciones deberá representar no menos del cincuenta (50%) por ciento del pasivo total a su cargo. Para la verificación de esta situación bastará la declaración del deudor la cual se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento". Podemos ver que se utiliza el mismo criterio que en el Régimen de Insolvencia Empresarial.

Por otro lado, según el artículo 562, el supuesto objetivo para la convalidación del acuerdo privado será la incapacidad inminente de pago y no con la cesación propiamente tal. Esto se debe a que éste se utiliza cuando la persona natural no comerciante enfrente dificultades para la atención de su pasivo (que se traduzcan en una cesación de pagos dentro de los siguientes 120 días), por la pérdida de su empleo, o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal o de otras circunstancias similares. De esta manera podrá solicitar que se convalide el acuerdo privado que hubiere celebrado con un número plural de acreedores que representen más del 60% del monto total del capital de sus obligaciones.

Y por último, en cuanto a la liquidación patrimonial, a diferencia del otro régimen, en este no se puede acudir directamente sino que debe ser decretado por el Juez Civil Municipal del domicilio del deudor. Vemos que no se utiliza ni la cesación de pagos ni la incapacidad inminente de pagos, sino que procede cuando fracasa la negociación de deudas, cuando prospere la impugnación del acuerdo o cuando no se subsane el acuerdo conforme a las razones del incumplimiento.

CAPÍTULO III: TEORÍAS SOBRE LA CESACIÓN DE PAGOS

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, debido a la constante necesidad de aparejar el Derecho Concursal con la realidad comercial actual, el presupuesto objetivo ha sido objeto constante de modificaciones. Aquellas recaen tanto en su interpretación como en su formulación, generando un amplio debate doctrinario en el cual diversos autores han intentado dilucidar su verdadero sentido, sus características y por sobre todo, han intentado superar las dificultades conceptuales que este concepto ha generado.

Para solucionar esto, la doctrina ha optado por la formulación de diferentes teorías o interpretaciones de la cesación de pagos, donde el adscribirse a una u otra depende de los bienes jurídicos protegidos, los principios formativos y el fin que le quiso dar el legislador a la regulación concursal. Además, tampoco resulta indiferente en cuanto a sus efectos, pues cada una acarrea una mayor facilidad o dificultad de la aplicación del derecho concursal.

Por dichos motivos, en este capítulo procederemos a analizar las distintas teorías que se han producido en la doctrina, analizando su contenido, características, ventajas y desventajas que implica su adopción y su aplicación en nuestro país.

3.1 Clasificación tripartita de Raymundo Fernández.

El profesor argentino Raymundo Fernández en sus obras “La Cesación de Pagos en el Derecho Argentino y Universal” y “Fundamentos de la Quiebra”, clasificó las distintas concepciones que han surgido a propósito de ella en tres grupos: la teoría materialista o restringida, la intermedia y la amplia o moderna.

Ahora, esta forma de clasificar las distintas interpretaciones, más que proporcionarnos una definición de la insolvencia o cesación de pagos, nos proveen de los elementos de juicio para determinar en concreto cuándo se verifica dicho fenómeno. Para efectos prácticos, que es lo que realmente nos interesa, resulta de extrema utilidad¹⁴⁶, pues en la

¹⁴⁶ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 60.

actualidad son numerosos los ordenamientos que utilizan la cesación de pago como presupuesto objetivo de apertura en sus legislaciones concursales.

3.1.1 Teoría materialista o restringida

Para esta teoría, la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento y la quiebra es un arma con que cuentan los acreedores del comerciante para obtener el pago de sus acreencias, sin importar la situación patrimonial del deudor¹⁴⁷. En otras palabras, según esta, para abrir el procedimiento solamente será necesario un único incumplimiento, sin importar lo mayor o menor de esa obligación. Por consiguiente, puede llegar a casos extremos en que aunque el deudor se encuentre cumpliendo con la mayoría de sus obligaciones más cuantiosas pero igualmente está incumpliendo con una obligación insignificante, el tribunal puede declarar que cesó en sus pagos.

Por otro lado, a diferencia de las demás teorías, no toma en consideración las causas que originaron este incumplimiento. Lo cual resulta relevante, ya que no se aceptarán figuras como la insolvencia o quiebra fortuita y al tribunal se le impondrá la obligación de declarar la liquidación frente al incumplimiento sin poder indagar si efectivamente el deudor se encontraba en una situación de insolvencia o de déficit patrimonial. En otro orden de ideas, el incumplimiento se entiende no como un estado patrimonial sino más bien como un hecho jurídico, a saber, la interrupción material de los pagos. En consecuencia, a pesar de verificarse algún hecho revelador de insolvencia, el juez no podrá declarar la liquidación si no incurre en un incumplimiento. Los partidarios de esta teoría se basan en la relevancia que tiene en el comercio el estricto cumplimiento de las obligaciones –incluso del mínimo–, por tanto, el no pago se encumbra como el hecho revelador más elocuente y categórico del ECP (estado de cesación de pagos).¹⁴⁸

Esta teoría trae algunos beneficios para los acreedores, en efecto, se entiende que al haber cesado en sus pagos y, en consecuencia, incurrir en insolvencia, no quedan obligados a acreditar la insuficiencia patrimonial del deudor ni tampoco revierte la decisión en el evento que no sea cierto que exista tal insolvencia¹⁴⁹. Sin embargo, y tal como lo

¹⁴⁷ ZALAQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 53.

¹⁴⁸ MIGUENS, H. (2012), cit. (n. 41), p. 518.

¹⁴⁹ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 187.

expone el profesor Zalaquett, los deudores se podrán defender ante la declaración de quiebra por parte del acreedor “(...) cuando la negativa de pago se debe a una resistencia legítima, esto es, cuando el deudor opone excepciones fundadas para justificar el no pago; lo que es de toda lógica porque no puede existir incumplimiento sino frente a obligaciones líquidas y exigibles respecto de las cuales el deudor no tiene la posibilidad legal de oponer excepciones, o teniéndola, las opone tales que o bien no son de las que la ley permite oponer, o bien no están revestidas de suficiente plausibilidad en términos que pueden rechazarse de plano”¹⁵⁰.

En cuanto a la fijación de la fecha de la cesación de pago, se entiende que será en la fecha donde ocurrió el primer incumplimiento.

En resumen, se ha considerado que se deberán reunir cuatro condiciones básicas para poder abrir el procedimiento: 1) que la obligación se encuentre vencida; 2) que la intimación de pago provenga de un acreedor que goza de acción; 3) la mora del obligado; 4) acreditación por parte del acreedor de la inexistencia de prórrogas consentidas del cumplimiento¹⁵¹.

Históricamente, podemos afirmar que surgió entre los años 1807 y 1838 en Francia con la redacción del Código de Comercio de 1807 y la Ley de Reforma de 1838, y en Italia, con el profesor Leone Bolaffio en su obra “Del Fallecimiento”. Este autor estableció que los conceptos de “incumplimiento”, “cesación de pagos” e “insolvencia” eran sinónimos y que ante la falta de pago de una deuda y de oposición de excepciones válidas, el deudor se hallará cesante en sus pagos y el juez, a efectos de la apertura del proceso concursal, habrá de sujetarse al hecho del incumplimiento.

En nuestro país esta teoría fue utilizada en la ya derogada Ley N° 18.175, la cual, en su artículo 43 N°1 entendía como sinónimos a la cesación de pagos y el incumplimiento, al hablar de “cese en el pago de una obligación mercantil”. Además el artículo 62 de la misma ley, establecía que la fecha de cesación de pagos “será aquella en que primero surgió la exigibilidad sobre algún título del deudor”, es decir, desde el incumplimiento de esta obligación; reforzando aún más el uso de esta teoría.

De la misma manera, Puga opina que de algún modo legislativamente se ha recepcionado esta corriente en nuestro país, a propósito del procedimiento de liquidación

¹⁵⁰ZALAUQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 54.

¹⁵¹BERSTEIN, O. (2015), cit. (n. 106), p. 84.

forzosa u obligatoria. Así, el artículo 120 N°2 letra d) establece que al oponerse a la demanda de liquidación forzosa solo se podrá recurrir a los argumentos establecidos en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil. Lo cual corresponde a las excepciones utilizadas en el procedimiento ejecutivo cuando se incumple una obligación que consta en un título ejecutivo, asimilando una vez más a la cesación con el incumplimiento de una obligación¹⁵².

Como se puede ver, esta teoría identifica la cesación con el incumplimiento de manera similar a la forma en que lo entendían los primeros ordenamientos que desarrollaron este concepto: como un mecanismo para castigar al deudor y proteger al acreedor dándole amplias prerrogativas.

Los partidarios de esta teoría establecen como fundamentos principales: que el incumplimiento de una obligación constituye el hecho revelador más elocuente y categórico del estado de déficit o simplemente del estado de imposibilidad de pagar del deudor, pues no se concibe que pudiendo pagar un comerciante deje de hacerlo y que la circunstancia de que el incumplimiento sea singular e insignificante, lejos de destruir la presunción de impotencia para los pagos, la torna más grave que cuando se trata de varios incumplimientos y por sumas elevadas¹⁵³. Es más, resulta que no pueden practicarse investigaciones en los libros y documentos del deudor sino cuando la ley expresamente autoriza esa intromisión en el secreto de sus actividades, por lo cual, es preciso valerse de una manifestación clara e inequívoca como lo es el incumplimiento. Por lo mismo, no podrá aplicarse la quiebra sino cuando existen incumplimientos, aunque haya otras muestras de la situación patrimonial crítica del deudor¹⁵⁴.

Sin embargo, en la actualidad esta teoría ha sido abandonada por muchos autores al considerarse que no es efectivo que el no pago de una obligación sea tan nefasto para el funcionamiento del comercio. El empresario que no paga habitualmente igualmente tiene otros recursos que amortiguan su conducta. Es la gravedad del incumplimiento, objetiva o subjetiva, lo que puede tener una mayor o menor incidencia en el comercio¹⁵⁵. En segundo lugar, sostienen que el solo hecho del incumplimiento no revela que el deudor sea impotente de cubrir sus compromisos, ya que puede haber situaciones fortuitas o externas y transitorias de por qué el deudor no pudo pagar en la fecha convenida. En tercer lugar,

¹⁵² PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 61.

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ ZALAUQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 55.

¹⁵⁵ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 62.

según esta teoría no podría declararse la quiebra del deudor comerciante que cumple con sus compromisos, aunque lo haga arbitrando medios ficticios o de mala fe, generando un incentivo negativo para los deudores para burlar el fin del procedimiento concursal. Y por último, no se justifica de ninguna manera la severidad desorbitada que significa poner fin a la actividad mercantil del comerciante, por el mero hecho del incumplimiento, alegándose que no es posible hacer mayores indagaciones sobre su estado patrimonial¹⁵⁶. En definitiva, el uso de esta teoría nos obliga a regresar muchos siglos en la evolución jurídico-concursal de modo que, siendo cualquier incumplimiento motivo bastante para declarar la quiebra, en último término el procedimiento queda desvirtuado en sus propósitos¹⁵⁷.

Concluyendo, si bien esta doctrina se mantuvo como dominante tanto en Francia como en nuestro país por muchos años, hoy en día ha sido desechada por la mayoría de la doctrina debido a su falta de fundamento y severidad.

3.1.2 Teoría intermedia o ecléctica

Para esta teoría, la cesación de pagos será habilitante del procedimiento de liquidación toda vez que el incumplimiento de obligaciones constituya una consecuencia de la insuficiencia para hacer frente al pago de las obligaciones¹⁵⁸. Se entenderá, entonces, la cesación de pagos como un estado patrimonial (ya que toma en cuenta la situación económica del deudor) que solo puede exteriorizarse a través de incumplimientos efectivos, los cuales deben ser apreciados por el juez, para saber si obedecen a falta de recursos o denotan realmente un estado de insolvencia patrimonial, general y permanente frente a las deudas¹⁵⁹.

En esta teoría, si bien se sigue poniendo el foco sobre el incumplimiento (al igual que la materialista), ya no se le entiende como sinónimo de la cesación de pagos sino como una forma en que ésta se puede exteriorizar. Esto trae dos avances importantes en comparación con la teoría materialista: en primer lugar, ya no se originaría por la producción de un hecho sino que se debe analizar el estado patrimonial del deudor, y en segundo, no

¹⁵⁶ ZALAQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 55.

¹⁵⁷ BAEZA OVALLE, G. (2011), cit. (n. 13), p. 188.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 189.

¹⁵⁹ GRAZIABILE, D. (2004), cit. (n. 114).

se podrá declarar la quiebra del deudor aun cuando se utilicen medios ruinosos para cumplir con sus obligaciones.

Según esta corriente, la causa de la quiebra no tendrá lugar antes de que se produzca la detención en los pagos, aunque ella vaya a producirse en el futuro, dado que, por otros hechos, no se advierte una situación patrimonial crítica. Por otro lado, la noción de cesación de pagos es más amplia porque no todo incumplimiento constituye causa de la quiebra, sino que se exige que tal incumplimiento se origine en un estado patrimonial crítico, cuya apreciación corresponde exclusivamente al juez¹⁶⁰. Si bien este estado patrimonial se identifica con el incumplimiento, no todo incumplimiento demostrará necesariamente este estado, sino que el juez o el tribunal es el encargado de examinar la situación económica y verificar si se encuentra en una situación de insolvencia irrefutable.

En cuanto al incumplimiento, a diferencia de la teoría materialista, van a entenderse como indicios o hechos reveladores del estado de cesación no como su causa. Estos indicios deben ser generales y permanentes; deben tener su origen en la imposibilidad de pagar. Y por último, aunque se verifiquen varios incumplimientos, estos pueden ser insuficientes para revelar una situación de malestar económico.

Históricamente, esta nueva forma de entender la cesación de pagos se originó como una forma de salvar las críticas que se le hicieron a la teoría materialista y amplia, intentando formular una teoría “intermedia” frente a las teorías “extremas” que ya existían. Sus principales expositores provenían de Francia con Bonnetcase y Humblet, y en Italia con Calamandrei, Vivante y Parodi. Estos autores procuraron defender esta corriente utilizando los mismos argumentos que los representantes de la teoría materialista (en particular, la importancia para la economía de cumplir con las obligaciones y la necesidad de centrarse solo en el incumplimiento), pero reconocen que si bien el incumplimiento resulta necesario para demostrar el estado patrimonial ruinoso del deudor, no todo incumplimiento resultará suficiente, sino que se tiene que exteriorizar este estado, manteniendo una cierta permanencia y generalidad.

A pesar de salvar algunas de las críticas de la teoría materialista, se han levantado diversas objeciones a su formulación. En primer lugar, esta teoría sigue limitando la exigencia de la exteriorización de este estado solamente en incumplimientos, impidiendo

¹⁶⁰ SANDOVAL LOPEZ, R. (2007), cit. (n. 9), p. 38.

de esta forma, la apertura del procedimiento concursal en hechos que no impliquen incumplimiento pero que demuestran de una manera clara e inequívoca el estado patrimonial ruinoso del deudor. Esto es relevante por cuanto no se puede cumplir, bajo esta teoría, el fin preventivo o de tutela que tiene el actual procedimiento concursal. Por lo cual, resulta insatisfactorio que solo se pueda utilizar este mecanismo cuando se produzca el incumplimiento, provocando que para el acreedor resulte más atractivo el uso del derecho común que el sistema jurídico concursal¹⁶¹. Siguiendo esta línea, vemos otro problema en lo relativo a la fecha de la cesación de pagos, pues según esta corriente, su fecha debería corresponder a la fecha del primer incumplimiento efectivo, lo que restringe el “período de sospecha”, dejando afuera los posibles actos de mala fe que pudiese realizar el deudor antes del incumplimiento efectivo.

En nuestro país se puede reflejar el uso de esta teoría en el artículo 43 N°2 de la Ley N° 18.175, en el cual se determina que bajo ciertos incumplimientos se puede demostrar el estado patrimonial ruinoso del deudor.

Ahora, según los profesores Puga y Zalaquett, se han identificado variaciones a su formulación. Hay quienes la amplían al permitir también que pueda declararse la quiebra cuando el deudor mantiene el servicio de su caja mediante recursos fraudulentos¹⁶², otros, advirtiendo el problema de la determinación de la fecha de cesación de pago, aceptan que para su determinación el juez pueda tomar en cuenta otros hechos reveladores, además del incumplimiento¹⁶³. También hay otra variante, que distingue dos nociones de cesación de pagos: una en cuanto causal de apertura de los concursos y otra como elemento integrante de la revocabilidad concursal¹⁶⁴.

En suma, si bien esta teoría avanza al reconocer que la cesación de pagos es un estado patrimonial, se equivoca al no permitir que se exteriorice o manifieste de una forma diferente que no sea el incumplimiento. Y además, sigue relacionando de alguna manera la cesación de pagos con el incumplimiento.

3.1.3 Teoría amplia o moderna

¹⁶¹ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 66.

¹⁶² FERNÁNDEZ, R (1939), cit. (n.95), p. 70.

¹⁶³ ZALAQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 58.

¹⁶⁴ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 67.

Al igual que la teoría intermedia, esta teoría reconoce a la cesación de pagos como un estado patrimonial que se caracteriza por la impotencia de su titular de asumir todos sus compromisos en oportunidad e integridad, con prescindencia de la forma en que este estado se manifieste¹⁶⁵.

Se puede sostener que su mayor novedad radica en la ampliación del campo de aplicación de la cesación de pago, ya que se tiene que verificar el estado de insolvencia del deudor a través de diversos hechos no taxativos. No restringiéndose, así, al mero incumplimiento como lo hacían las dos teorías ya analizadas.

Por otro lado, al reconocer a la cesación de pago como un estado patrimonial se percibe a la situación económico-financiera del deudor como el elemento determinante para analizar si efectivamente se encuentra en un estado de déficit patrimonial. Este estado se podrá demostrar no solo a través de incumplimientos, sino que a través de infinitos hechos o ciertos comportamientos que realiza el deudor, por ejemplo, su confesión expresa o implícita (a través de la fuga u ocultación del deudor), o cuando recurre a maniobras fraudulentas para continuar materialmente con sus pagos. Esto trae como consecuencia que se utilice un criterio más amplio para determinar la fecha de cesación de pago, pudiendo tomar como base del mismo: “otros hechos o actos” que, sin ser incumplimientos, denoten la impotencia patrimonial del deudor¹⁶⁶.

Y por último, cabe destacar que si bien, en un principio, la apreciación de la insolvencia del deudor recaerá en los acreedores, la determinación del estado de impotencia patrimonial seguirá en manos del tribunal.

La corriente de esta teoría nació con la publicación del libro “*Del falimiento*” en 1923 por el autor Gustavo Bonelli y fue seguida principalmente por los autores argentinos Yadarola y Fernández. Donde expusieron que de la expresión “cesación de pago” se podía extraer dos significados: uno restringido, como incumplimiento siguiendo su sentido literal, y por otro, uno amplio, como insolvencia o impotencia económica permanente del deudor para afrontar con sus obligaciones. Este último consiste en el estado de desequilibrio económico por el cual el deudor no tiene a su disposición los medios necesarios para atender el pago de las obligaciones en el momento en que éstas son exigibles. Por tanto, para determinar si una persona se encuentra en estado de insolvencia, no bastará tener en

¹⁶⁵ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 68.

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ, R (1939), cit. (n.95), p. 86.

cuenta el valor de sus bienes, sino la posibilidad de su realización en el momento en que debe cumplir obligaciones, e igualmente no debe considerarse el monto de sus deudas, sino su exigibilidad¹⁶⁷. Siendo esto último relevante para determinar la apertura del concurso.

Igualmente, esta corriente cumple el sentido histórico-jurídico que le han dado diversas legislaciones concursales a través de la historia. A saber, en el derecho estatutario italiano, en la Ordenanza Francesa de 1673 y en el Código de Comercio Francés de 1807 y su posterior ley de 1838, ya que no la entiende en su tenor literal sino como un estado vicioso de imposibilidad para pagar. En la actualidad, esta doctrina atiende a la realidad moderna, pues toma en cuenta el fundamento jurídico-económico, preventivo y recuperativo de los procedimientos concursales. De la misma manera, es la mejor teoría para proteger a los demás sujetos involucrados en los procedimientos concursales, porque protege el crédito y la situación de los acreedores, y también protege a terceros al resguardar la permanencia laboral de los dependientes del deudor. En definitiva, tiende a proteger a la sociedad entera.

Como hemos mencionado en los últimos párrafos, esta forma de interpretar la cesación de pagos presenta la ventaja de no tener que recurrir a un listado taxativo de hechos o incumplimientos, sino que permite que se pueda manifestar a través de un catálogo infinito, llamados en la doctrina como “hechos reveladores”. Estos se van a entender como las causales de apertura del concurso que en su conjunto no dejan duda alguna acerca de que existe un estado de imposibilidad de pagar y se pueden manifestar tanto por la conducta del deudor como la del acreedor. En nuestra legislación, tanto en la Ley N° 4.558 como en la Ley N°18.175, se han enumerado distintos hechos reveladores de la cesación de pago como causas del concurso, pero no todos¹⁶⁸.

Por último, esta interpretación tiende a facilitar la aplicación de un régimen revocatorio estatuido precisamente para evitar que las maniobras fraudulentas del deudor

¹⁶⁷ROCCO, A. (1917). *Il Fallimento: Teoría Generale de Origine Storica*. Roma, Italia: Fratelli Bocca Editori, p. 7.

¹⁶⁸ Al respecto Goldenberg, establece: “Sobre el particular, nuestra jurisprudencia ha sido vacilante en torno al concepto de cesación de pagos, aunque últimamente parezca más proclive a aceptar una teoría amplia en la que las “causales de quiebra” son realmente “hechos reveladores”, aunque en numerus clausus (...). La existencia de un numerus clausus de hechos reveladores se presenta también en el sistema español actualmente vigente. Hay quienes lo estiman conveniente, tanto por ofrecer la certeza jurídica de que el acreedor sólo puede fundamentar su solicitud en alguno de los hechos reveladores tipificados por el legislador, como un medio para evitar ejercicios abusivos para llevar a la apertura forzada del concurso”. GOLDENBERG, J. (2012). El problema temporal en el inicio de los Procedimientos Concuriales. *Revista Ius et Praxis*, 18 (1), p. 334.

y algunos acreedores en connivencia con él perjudiquen a los demás acreedores, disminuyendo el activo o destruyendo el principio de la igualdad de los acreedores en el proceso concursal. Y por último, evita las contradicciones sobre el concepto de cesación de pago que tienen las demás teorías, por cuanto establece un concepto básico de la cesación de pago, con sus caracteres de permanencia y generalidad, no destruyendo la unidad del mismo¹⁶⁹.

Aunque parezca que la doctrina moderna ha aceptado cada vez más esta teoría debido a sus ventajas, la realidad es que no ha sido muy acogida en nuestro país. Esta práctica tal vez se puede explicar en las dificultades que puede traer esta tesis al establecer un sin número de posibles causales de apertura del concurso: en primer lugar, será difícil acreditarlo; en segundo, se podría dar a lugar a arbitrariedades por parte del tribunal en cuando a su determinación; y por último, se requerirá un constante estudio en la interpretación que pueden realizar los tribunales para cada caso particular, pudiendo llegarse a múltiples conclusiones contradictorias.

No obstante, podemos ver que en nuestra legislación concursal anterior, en su artículo 61, ha utilizado esta teoría a propósito de la determinación de la fecha de la cesación de pago para el deudor calificado. En dicho artículo se establecía un procedimiento de objeción ante la determinación de la fecha. Además, se ha discutido si el legislador tuvo en cuenta esta teoría, debido a la formulación del artículo 43 N°3 de la Ley N°18.175 al establecer la fuga del deudor como causal de apertura de la quiebra, entendiéndose como un hecho revelador de un estado patrimonial crítico demostrando que no basta solamente un incumplimiento para la apertura del concurso.

Esta teoría, entonces, se presenta como una evolución en comparación a las dos teorías pasadas, ampliando el campo de acción de la cesación y salvando las críticas que se le han hecho a las demás teorías. Finalmente, es la que más se ajusta a la realidad comercial actual, lo cual explica el por qué ha sido acogida por diversas legislaciones concursales en el mundo¹⁷⁰. Sin embargo, y debido a sus problemáticas, no podemos aseverar que esta interpretación sería la más adecuada para nuestro sistema concursal.

¹⁶⁹ MIGUENS, H. (2012), cit. (n. 41), p. 521.

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, en Argentina la doctrina mayoritaria concuerda en la pertinencia y legitimidad científica de la tesis amplia respecto del "estado de cesación de pago". Como lo explica el autor Héctor Miguens en su artículo "El Concepto de Estado de Cesación de Pagos en el Derecho Concursal Argentino". Disponible [en línea]:

<https://rii.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/488/EI%20concepto%20de%20estado%20de%20cesacion%20de%20pagos....pdf?sequence=1>

3.2 Teoría de los equivalentes

De acuerdo a esta teoría, la cesación de pagos será la interrupción material y efectiva del pago. Se entiende que sin incumplimientos no puede haber cesación, pero la quiebra procede igualmente cuando otros hechos equivalentes a la cesación, también de fácil constatación y de preciso significado, demuestren en forma inequívoca el estado de impotencia patrimonial del deudor¹⁷¹.

Esta corriente nació en Italia a través de los artículos 683, 686, 855 y 705 del Código de Comercio de 1883. Este Código regulaba tanto el comercio marítimo y la navegación como la quiebra y las acciones mercantiles y estuvo fuertemente influenciado por el derecho francés.

Esta teoría se ha entendido como una teoría “mixta” al detentar características de la teoría intermedia y de la amplia. Por un lado, asimila la cesación de pagos con el incumplimiento, y por otro, admite la existencia de otros hechos o conductas que son equivalentes al incumplimiento que permiten habilitar el concurso. Sin embargo, algunos autores (como Raymundo Fernández) han considerado que ella se podría enmarcar más bien dentro de la teoría amplia, debido a que no difieren considerablemente en cuanto a su fondo y a sus consecuencias prácticas.

3.3 Cesación de pagos actual o potencial e Insolvencia inminente

Debido a las complicaciones interpretativas y conceptuales sobre la cesación de pagos, e insolvencia, y para evitar los efectos negativos de esperar a la insolvencia definitiva del deudor, en las legislaciones concursales modernas se han introducido dos categorías previas para poder diagnosticar la insolvencia para la apertura del procedimiento concursal: la cesación de pagos actual o potencial y la insolvencia inminente.

En estos se examinan elementos cuantitativos y cualitativos, actuales y futuros, en base a los cuales se amplían las maniobras de salvataje o reorganización oportuna de la

¹⁷¹ FERNÁNDEZ, R (1939), cit. (n. 95), pp. 72-74.

empresa. Ello responde a un fin, este es, evitar la insolvencia futura al viabilizar medidas tempranas, o bien, a descartar todo posible saneamiento para no demorar una liquidación oportuna¹⁷².

Para esta interpretación la cesación de pagos no tiene que ser un estado “definitivo” o “actual”, sino que para poder cumplir los fines de estos procedimientos preventivos, algunas legislaciones de derecho comparado han adoptado la cesación de pago potencial como posible presupuesto de apertura en conjunto con la cesación de pagos actual. De esta manera, postulan que los concursos pueden tener su origen no en la existencia actual de la cesación de pagos, sino en la mediana certidumbre del advenimiento de la insolvencia en un futuro de mediano plazo¹⁷³.

También se ha estimado como fundamento de la expansión del presupuesto objetivo tradicional, en que nadie conoce mejor la situación económica del deudor que él mismo, de forma que, en un ejercicio de auto-examen, puede detectar la inminencia de la insolvencia¹⁷⁴. De la misma manera, Puga establece que *“la cesación de pagos es un concepto jurídico con el que quiere identificarse el estado o evento que justifica el recurso de algún mecanismo concursal. Desde esa perspectiva, es innecesaria la manifestación actual de dicho fenómeno, pues es bastante la certidumbre de que va a ocurrir para que se puedan adoptar las medidas pertinentes. (...) La anticipación con que funcionen los resortes concursales tiene incidencia en la morigeración del estado mismo de la cesación de pagos”*¹⁷⁵. Además, que la doctrina ha entendido a la empresa deudora como centro de responsabilidad patrimonial actual o potencial, en relación con el riesgo de la insolvencia en tanto imposibilidad financiero-económica para disponer de liquidez¹⁷⁶.

Alemania fue la primera que introdujo esta nueva categoría en el §18 *InsO* de la *Insolvenzordnung* de 1994. Este permite al deudor solicitar de forma anticipada la apertura del concurso cuando estime que no se encontrará en condiciones de cumplir de forma regular el pago de sus obligaciones a su vencimiento. España, por su parte, acoge en términos similares esta misma regla en el artículo 2.3 de la Ley N° 22/2003, estableciendo expresamente la posibilidad de encontrarse ante un *“estado de insolvencia actual o inminente”*. Según esta normativa, se encontrará en un estado de insolvencia inminente

¹⁷² PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015). Del Sobreendeudamiento a La Insolvencia: Fases de crisis del deudor desde el Derecho Comparado Europeo. *Revista chilena de derecho*, 42 (1), pp. 93-121.

¹⁷³ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 70.

¹⁷⁴ PULGAR, Juana (2005), cit. (n. 42), p. 381.

¹⁷⁵ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 71.

¹⁷⁶ PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015), cit. (n. 190).

cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. El derecho portugués sigue esta misma línea al reconocer la insolvencia inminente o potencial de la *situação de insolvência*. Sin embargo, a diferencia del derecho español, este no la define. Así, el artículo 3.4 del CIRE se limita a declarar que la insolvencia habrá de equipararse a la insolvencia actual en lo que respecta a la solicitud de declaración de insolvencia realizada por el propio deudor¹⁷⁷, donde los acreedores no podrán solicitarlo para evitar presionar al deudor.

De esta manera, podemos ver que estos ordenamientos comprenden que esta formulación se entiende como un presupuesto de apertura de los procedimientos concursales diferente e independiente de la cesación de pago actual. Entonces, mientras que la insolvencia actual se articula en torno al incumplimiento, la insolvencia futura o previsible, se articula en torno a una previsión futura referida no solo al incumplimiento, sino al cumplimiento impuntual o retrasado. Por lo que se encontrará en estado de insolvencia inminente no sólo el deudor que prevea que no podrá cumplir en el futuro sus obligaciones, sino, además, el que previsiblemente podría hacerlo pero de modo irregular, así como el que podría cumplir regularmente sus obligaciones pero con retraso. Por consiguiente, la insolvencia inminente, a diferencia de la actual, no debe manifestarse a través de ningún hecho externo o incumplimiento, porque el deudor todavía no ha incumplido, donde su prueba o manera para demostrarla recae sobre el juicio objetivo que realiza el deudor sobre su posibilidad de cumplir con el pago de sus obligaciones de manera regular y a su vencimiento. Por otro lado, también se ha discutido si el deudor tiene el deber de solicitar el procedimiento concursal cuando se encuentra ante una situación de insolvencia inminente. Al respecto hay autores que entienden que más bien se trataría de una facultad, es decir, que el deudor puede, si lo desea, adelantarse y solicitar su declaración.

En nuestro país la Ley N° 20.720 ha guardado silencio en cuanto a la posibilidad de expandir el presupuesto objetivo a una cesación de pago potencial. Además, siguiendo a la doctrina mayoritaria, la cesación de pago se ha entendido en los términos de la teoría materialista, por lo que se cierra la posibilidad de una insolvencia potencial capaz de abrir el proceso. Sin perjuicio de esto, se ha abierto la posibilidad de ésta (aunque no expresamente), a propósito del procedimiento especial de reorganización de micro y pequeñas empresas, al establecer el artículo 2 de la Ley N° 20.416: “*Si la persona a la que*

¹⁷⁷ BADO CARDOZO, V. (2020). Insolvencia inminente y situación económica difícil. Recepción de la pre-insolvencia en el Derecho uruguayo. *Revista de la Facultad de Derecho*, (48), e101. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200349>

se le aplica esta ley estimare fundadamente que dentro de los tres meses siguientes pudiese encontrarse en estado de insolvencia, podrá someterse voluntariamente a los procedimientos que se establecen en los artículos siguientes (...)”.

No obstante, se han formulado algunas críticas a la insolvencia potencial. En primer lugar, en cuanto al legitimado para alegarla. Este no puede quedar en manos del acreedor, dado que podría utilizarla como una manera de coacción o amenaza hacia el deudor, a pesar de que aquél todavía tenga medios para solucionar este estado de insolvencia (he ahí la razón de que la posibilidad de pedir la insolvencia potencial sea una facultad exclusiva del deudor). Por otro lado, el concepto de insolvencia inminente como presupuesto de apertura es increíblemente vago e impreciso. En razón de que no se utilizan herramientas contables para determinar esta insolvencia, se podría conducir a la apertura de procedimientos concursales de reorganización o concordatos donde no se pueda dar lugar a ningún convenio, dilatando así el pago de los acreedores. Incluso, no se definen sus límites temporales, es decir, qué tan amenazante debe ser la insolvencia potencial para conformar el presupuesto objetivo y permitir la apertura del procedimiento concursal. Existe acuerdo respecto a que la insolvencia inminente lo es si la insolvencia es objetivamente probable que se produzca a corto plazo, pero no existe acuerdo respecto a cuán corto ha de ser este plazo¹⁷⁸. En consecuencia, se estaría cayendo en el mismo error en el que ha incurrido diversas legislaciones al no definir de forma clara el presupuesto objetivo dando lugar a lagunas y abusos.

3.4 Teoría procesal de Camilo Viterbo

El profesor Camilo Viterbo en su libro *“Ensayos de derecho comercial y económico”* de 1948 entiende a la cesación de pagos de una forma completamente novedosa en comparación a las concepciones predominantes de la época. En lugar de centrarse en el concepto jurídico comercial de la cesación de pagos, traslada su interpretación al derecho procesal. En efecto, la idea fue de procurar, esencialmente, una correcta estimación de los hechos de la cesación, para lo cual es preciso dirigir la investigación fuera de las intimidades del patrimonio, asignar al lenguaje de la quiebra una mayor precisión terminológica que excluya frases vagas, inexactas o palabras con innegable sentido médico, tales como síntomas, enfermedad patrimonial y otras similares frases o locuciones aplicadas para

¹⁷⁸ BADO CARDOZO, V. (2020), cit. (n. 195).

referirse a la cesación de pagos y el estado de quiebra¹⁷⁹. Es decir, acá se presenta un problema de la demostración de la cesación de pagos, más que un problema de dilucidar el concepto de la cesación de pagos.

En base a esto, plantea que la solución de este problema está dada en el ámbito procesal, en específico, en la distinción entre la prueba directa y el de la prueba por indicios o presunciones de la cesación de pagos. Así, asegura que para la declaración de quiebra sólo es admisible la prueba indirecta por indicios (por presunciones)¹⁸⁰. De manera similar a la práctica de utilizar los hechos reveladores, donde queda excluido el examen o indagación que pueda hacer el acreedor de la situación económica del comerciante.

3.5 Teoría italiana o estado de crisis empresarial

Esta corriente nació en Italia con la reforma de la *legge fallimentare* regulada en el Decreto Real del 16/3/1942. Esta reforma se produjo como una forma de responder a los cambios y a la modernización del comercio, donde se modificó, en primer lugar, el sujeto pasivo del procedimiento concursal pasando del comerciante al empresario, y en segundo, el presupuesto objetivo concursal, al verse que la utilización de la cesación de pagos o insolvencia se trataba de una noción inestable e indeterminable que no respondía a los nuevos principios del Derecho Concursal (como la conservación e importancia de la empresa útil). Es más, era poco eficiente porque solo se puede solicitar y así abrir el procedimiento, cuando ya la empresa se encontraba en una situación económica irreversible. En definitiva, era necesaria la anticipación temporal del concurso por parte de los deudores, vale decir, la intervención judicial se debe producir apenas se reflejen dificultades en el patrimonio en crisis, sin dejar que se llegue al extremo de la cesación de pagos¹⁸¹.

De esta forma, estos autores formularon un nuevo presupuesto objetivo: el estado de crisis empresarial. Como hemos sostenido, el interés de los acreedores ya no basta como fundamento de la actividad concursal, sino que se tiene que tutelar los nuevos y diversos intereses que se producen en el concurso de la empresa. La necesidad imperiosa de

¹⁷⁹ RÍOS ARRIETA, R. (1961), cit. (n. 33), p. 82.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 83.

¹⁸¹ GRAZIABILE, D. (2004), cit. (n. 87).

modificar el presupuesto objetivo de apertura de los concursos es para que la concursabilidad actúe con esperanza. En otras palabras, con la intención de modificar la crisis imperante y la única manera de que dicha actuación sea tempestiva, y llegue antes de que la insolvencia erosione la situación en alguna medida irreversible, es apresurando la apertura de la solución judicial o extrajudicial tomando como síntomas otros elementos no tan drásticos y casi irrecuperables como resulta ser el estado de insolvencia.¹⁸²

De este modo, se podría solicitar la apertura del concurso en base al criterio de dificultades económicas generalizadas, sin llegar necesariamente a la insolvencia, de forma similar a la insolvencia inminente. A raíz de que postulan que es necesaria una etapa pre-concursal o de pre-insolvencia, donde se intenta dar soluciones a las empresas que presentan los primeros atisbos de crisis, evitando que la empresa solo tenga la posibilidad de sujetarse a un concurso preventivo o de reorganización para poder superar este estado. Entonces, estos autores sostienen que *“la protección, para que sea operante, debe ser pre-concursal; de ser posible, cuando la insolvencia no hizo aún estragos irreversibles”*¹⁸³.

Sin embargo, y como asegura Graziabile, *“(…) Más allá de ello, también reconocemos que el cambio –como toda revolución- no es sencillo y requiere de un incansable estudio y desarrollo teórico que defina concretamente los alcances y cualidad del presupuesto objetivo que se busque incorporar. Y eso ya ha comenzado, sin embargo, el asunto todavía está ‘en pañales’ y resultan cierto que aun hoy, ninguno de los conceptos alternativos ofrecidos ha ofrecido mejores resultados que el viejo concepto de insolvencia largamente probado, pero la experimentación está en marcha. Y la utilización de una expresión distinta a la de ‘cesación de pagos’ deberá atender a las objetivaciones propias de cada una de las situaciones que se den, si se desea utilizarlo como denominador común”*¹⁸⁴.

3.6 Teoría de anglosajona o de los “acts of bankruptcy”

Como ya lo hemos expuesto, hay algunos países que no utilizan la cesación de pagos como presupuesto objetivo para la apertura de los procedimientos concursales, sino que se basan en los “acts of bankruptcy”. Estos actos -al contrario de la formulación genérica de la

¹⁸² GRAZIABILE, D. (2004), cit. (n. 114).

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ GRAZIABILE, D. (2006), cit. (n. 100 y 101).

cesación de pagos- son fijados taxativamente, de tal modo, que el acreedor para abrir el procedimiento de liquidación deberá probar que el deudor ha incurrido en algún acto de quiebra. Y entienden que una empresa es insolvente cuando no puede pagar sus deudas, estableciendo diferentes “*tests*” para verificar que se está ante esta situación.

Durante la historia se han considerado como actos de quiebra, por ejemplo, el abandonar el territorio con la intención de defraudar a los acreedores, esconder bienes, realizar enajenaciones fraudulentas, la suspensión o cesación fraudulenta del pago, cuando el deudor ha realizado una cesión general en beneficio de sus acreedores, entre otros.

La ventaja de esta formulación radica en que se evita la discusión doctrinal sobre la interpretación de la cesación de pagos y de la producción de arbitrariedades en cuanto a su apreciación, como acontece en los sistemas que utilizan la cesación de pagos o insolvencia. Además, enumera una lista amplia y diversa de hechos que habilitan el procedimiento, no cerrándose únicamente en el incumplimiento ni a la insolvencia. Sin embargo, este mismo hecho produce su desventaja, en razón de que es imposible realizar una enumeración taxativa de todas las posibilidades en que podría demostrarse la incapacidad del pago del deudor, por lo que siempre estará incompleta considerando la evolución del derecho concursal y la economía. Además, igualmente se podrían generar situaciones de arbitrariedad al no poder estar siempre uno de estos actos de quiebra constituyendo efectivamente un estado de insolvencia.

Por este motivo algunas legislaciones que adoptaron este sistema han optado actualmente por agregar de forma conjunta el requisito de la insolvencia o cesación de pago como un modo para habilitar el procedimiento.

CAPITULO IV: CONCEPTO CESACIÓN DE PAGOS EN CHILE

Como hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el problema central de la utilización de la cesación de pago como el único capaz de abrir el procedimiento concursal, es la falta de uniformidad en cuanto a su significado y la confusión que se produce entre éste con otras instituciones similares.

Actualmente, y a pesar de la gran cantidad de doctrina y jurisprudencia, esta situación no ha podido resolverse. Esto resulta especialmente preocupante, puesto que la importancia de delimitar este concepto radica, por un lado, en que es uno de los elementos básicos que fundamenta la existencia del Derecho Concursal y, por otro, en que entenderlo de forma amplia o estricta influye en el uso o aplicación de este Derecho en la sociedad.

Por esto, en este capítulo intentaremos aproximarnos a una definición de la cesación de pagos que permita responder a la realidad actual. Para lograr este objetivo analizaremos, en primer lugar, su concepto literal o lingüístico, económico y jurídico. En segundo lugar, lo distinguiremos con las otras instituciones básicas que forman el Derecho Concursal y por último, revisaremos cómo se ha entendido este concepto a lo largo del tiempo en nuestro país a través de la legislación y jurisprudencia.

4.1 Concepto lingüístico o gramatical

Etimológicamente, la palabra “cesación” se remonta a la palabra en latín “*cessatio*”. Ella está compuesta por “*cessio*”, verbo que significa desistir, dejar, cesar o interrumpir, y el sufijo “*tio*”, utilizado en verbos para formar un sustantivo relativo a alguna acción o el resultado de una acción. Mientras que “pago” viene de la palabra en latín “*pacare*”, que significa apaciguar al acreedor y mantener la paz. En consecuencia, analizándola desde su definición etimológica la cesación de pagos significaría, en su primera aproximación, la acción de dejar de pagar o de apaciguar al acreedor.

De igual manera se ha entendido que significaría el no pago de una deuda o mora. Así, tenemos al Derecho Romano. Para estos la cesación de pagos se asemejaba a la mora, es decir, a la tardanza o dilación del cumplimiento de una obligación.

Más tarde, en 1262 con el Costituto de Siena, se utilizó la palabra “cesante” para referirse al deudor en estado de quiebra, específicamente, a la situación donde el comerciante era “cesante en sus pagos”. A partir de esto, su formulación fue refinándose hasta que en 1807, el Código de Comercio Francés asentó expresamente la palabra “cesación de pago” propiamente tal, al hablar que “*Tout commerçant qui cesse ses payements est en état de faillite*”.

En Europa se ha asimilado a la suspensión. En efecto, en Francia entiende a la “*cessation*” como la “*action de cesser*” también definiéndola como “*suspensión de quelque chose*”¹⁸⁵. En Italia, el término “*cessazione*” es definido como “*Interruzione, sospensione*”¹⁸⁶

Actualmente, según la Real Academia Española, por “cesar” debemos entenderlo como “*acabarse o interrumpirse algo que dura un tiempo*”, tanto en el sentido de “*dejar de desempeñar un cargo*” como en el de “*dejar de producir(se) algo*”. Donde el sustantivo femenino “cesación” tiene igual sentido¹⁸⁷.

De aquí que podemos ver claramente el por qué surge la teoría materialista. Porque al entender la cesación como sinónimo de incumplimiento, será suficiente para la apertura del procedimiento el solo hecho de “cesar”, el cual podría entenderse respecto a una única obligación.

Si bien analizar la cesación de pago desde esta dimensión nos ayuda para dilucidar el origen del uso de esta palabra en el ámbito coloquial y su evolución a lo largo del tiempo, no podemos concentrarnos exclusivamente en ella. Por un lado, su definición lingüística no contempla una clara conexión con el aspecto comercial que tradicionalmente se le ha dado a la cesación de pago, es decir, con el crédito o con la situación o capacidad económica del deudor. Y por otro lado, podemos ver que claramente el inicio de la confusión conceptual entre cesar, suspender e interrumpir tiene origen en su definición literal, lo cual como bien sabemos, a pesar de que pueden ser considerados como sinónimos, jurídicamente estos traen aparejados efectos distintos.

¹⁸⁵ LAROUSSE. Cesación. En Diccionario Larousse. Disponible [en línea]: <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/cessation/14340>

¹⁸⁶ Dizionario di Italiano. Cesación. (s.f). En Dizionario della Lingua Italiana. Disponible [en línea]: https://dizionari.corriere.it/dizionario_italiano/C/cessazione.shtml

¹⁸⁷ Real Academia Española. (2012). Diccionario práctico del estudiante. España: Penguin Group House Grupo Editorial. p. 129.

4.2 Concepto económico

Debido al vago concepto de la cesación de pago y al cambio en el paradigma del comercio y de la economía, muchos autores tempranamente expresaron la idea de que la cesación de pagos contenía inherentemente elementos económicos-contables, que debían ser tomados en cuenta a la hora de analizar la apertura de los procedimientos concursales, principalmente porque él no tomar en cuenta estos podrían traer consecuencias negativas en la economía y contradecirían el objetivo del derecho concursal: ser un procedimiento preventivo y recuperativo que actúa en respuesta a la situación de malestar económico del deudor que se encuentra imposibilitado patrimonialmente para dar cumplimiento a sus obligaciones.

Ahora, podemos diferenciar los distintos grados de malestar económico que se podría presentar en la vida del deudor: se podría encontrar en una mera y transitoria merma de flujos de caja o en un estado de cesación de pagos.

El deudor, entonces, podría encontrarse en una crisis transitoria en su flujo de caja. Hablamos del supuesto en que debido a una situación coyuntural se merma su capacidad económica, la que no es definitiva ni general siendo solucionable en el corto plazo. Puede tratarse de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor o de simple descuido como el olvido, donde se mantenga el malestar económico del deudor, pero luego de arreglar la causa externa se encuentre nuevamente en un estado económico normal. Por ejemplo, la quiebra del banco en que tiene depositado su dinero, o del deudor con cuyo pago contaba para, a su vez, afrontar sus compromisos; o la, muy corriente por cierto, -situación- del comerciante que se ve privado en forma transitoria del crédito bancario, por circunstancias que no le son imputables (resoluciones de carácter general del banco en que opera) o por una situación especial cualquiera (por ejemplo, el contrato social venció en esos días y no ha podido ser renovado por ausencia de uno de los socios)¹⁸⁸.

En segundo lugar, podría encontrarse en un estado de cesación de pagos. Dependiendo de la teoría que se siga se entrará a analizar el elemento económico. De esta manera, si se sigue la teoría materialista, no importaría la situación patrimonial o económica del deudor. La intermedia, por otro lado, si bien toma en cuenta el análisis de la existencia de un patrimonio impotente, aquello solamente se puede manifestar a través del incumplimiento,

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ, R. (1938), cit. (n. 6), p. 175.

causando inconsistencia a la hora de revisar si verdaderamente se encuentra en cesación de pagos puesto que la empresa puede encontrarse en una decadencia económica notoria desde el punto de vista financiero-contable. Sin embargo, incluso puede no entenderse en este estado si es que no incumple una obligación. Y por el contrario, se podría considerar en cesación de pago al deudor que simplemente presenta un desequilibrio aritmético entre su pasivo y activo. Por último, la amplia, se traduciría en el estado patrimonial deficitario (en el cual no importa cómo se revele o se manifieste) donde el deudor sea impotente para satisfacer, con medios regulares (disponibilidades normales o activos corrientes), las obligaciones inmediatamente exigibles (pasivo exigible o pasivo corriente)¹⁸⁹, siendo un estado más o menos permanente o prolongado de imposibilidad de pago.

A nuestro parecer, la teoría amplia es la que mejor responde los intereses y fines económicos de la sociedad y del Derecho Concursal. Así, no interesa a este efecto si el total activo del deudor tiene un valor aritméticamente igual o superior a su total pasivo, sino que importa que con sus bienes realizables y demás recursos (créditos, normales esperas) pueda afrontar el pasivo que se le hace exigible¹⁹⁰.

Ahora, según las legislaciones concursales como la nuestra, serán los hechos reveladores de la cesación de pago los que nos indiquen o manifiesten este estado para darle suficiente convicción al juez para decretar la apertura del procedimiento. Mientras no se produzca un hecho de significación precisa, de gravedad tal como para producir la convicción de que el estado de cesación de pagos existe, la quiebra no podría ser declarada, ya que toda investigación en los negocios, libros y papeles del comerciante no es posible mientras ella no se decreta¹⁹¹. Estos nos permiten deducir, entonces, de manera concreta acerca de la existencia de un estado de imposibilidad de pagar que sufre el deudor.

Sin embargo, los expertos económicos utilizan otros parámetros para entender cuándo se está en una situación de cesación de pagos. A estos expertos no les interesa definir este concepto, sino que lo demuestran a través de la medición contable de la solvencia, liquidez y solidez. De esta manera, Cuberos explica que en Colombia, por ejemplo, estos han establecido diferentes índices o indicadores: i) Índice de solvencia se obtiene al dividir el pasivo corriente o circulante; esto es, los activos de pronta realización por los pasivos de

¹⁸⁹ RICHARD, E. (2013). Una visión rioplatense sobre la crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un problema del derecho concursal?. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (8), p. 282.

¹⁹⁰ ZALAUQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 62.

¹⁹¹ FERNÁNDEZ, R. (1938), cit. (n. 6), p. 181.

pronto pago, entendiéndose dicha prontitud como la de menos de un año. El resultado que se logra muestra el respaldo de rápida realización que se tiene frente a las obligaciones de cercano vencimiento. Cuando el índice es superior a la unidad, hay solvencia; cuando el resultado es inferior a la unidad habrá insolvencia, en mayor grado cuanto más baja sea la cifra que arroje la división. ii) Índice de liquidez inmediata o prueba ácida, el cual resulta de dividir los activos líquidos, es decir, los que se pueden convertir muy rápidamente en efectivo, por el pasivo corriente. Igualmente se hablará de alta liquidez en tanto el resultado sea mayor que la unidad o baja, en el caso contrario. iii) Índice de solidez, que se obtiene dividiendo el activo total por el pasivo total, lo cual muestra globalmente cuánto respaldo patrimonial hay para soportar el total de endeudamiento, tomando también como referencia la unidad¹⁹².

4.3 Instituciones similares

Debido a que la cesación de pagos como presupuesto objetivo de apertura del procedimiento concursal fue entendiéndose con demasiada ambigüedad, y en consecuencia, insuficiente como presupuesto de apertura, diferentes autores empezaron a confundir - y muchas veces - sustituir el término con otras instituciones que también participan de alguna manera en el Derecho Concursal. Por esto, pasaremos a analizar las principales instituciones con que la doctrina y jurisprudencia ha equiparado, confundido o sustituido la cesación de pagos.

4.3.1 Insolvencia

La insolvencia en su sentido literal se entiende como la falta de solvencia, vale decir, *“aquel que no tiene con qué pagar”*. Tradicionalmente, ha sido utilizada por las personas para referirse al deudor que no puede pagar debido a que su pasivo excede a su activo, y por ende, se encontraría en quiebra.

Esta concepción meramente contable se originó en Estados Unidos tras la obligación que tenían algunas empresas de presentar sus estados financieros para detectar

¹⁹² CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 30.

casos de déficit económica luego de la Gran Depresión de 1929. Sin embargo, actualmente se ha dejado esta concepción atrás puesto que entender la insolvencia en estos términos no representaba verdaderamente la situación de crisis en los patrimonios de los deudores. Podemos ver que la utilidad de la comparación de valores del activo y del pasivo es limitada, en virtud de la ambigüedad de la significación de una situación patrimonial de estas características, pudiendo circunscribirse a supuestos en que la constatación de un activo superior o significativo haga suponer que mediante el otorgamiento de planes de refinanciación o reestructuración de vencimientos y plazos del pasivo más inmediato, permita evitar que una suspensión meramente temporaria de los pagos debidos se convierta en cesación material efectiva, permanente, e irrecuperable¹⁹³.

De esta manera, diferentes autores y ordenamientos empezaron a conceptualizar la insolvencia de diferentes maneras dependiendo del punto de vista en que se tome. Por ejemplo, desde lo contable la insolvencia se traduce a la situación cuando el activo real es menor al pasivo originando así un patrimonio neto negativo. Esto es, aunque vendiera todos sus activos no serían suficientes para hacer frente a sus deudas¹⁹⁴.

Desde lo económico, hay autores que la entienden como la pérdida de capital social o en la reducción del patrimonio neto, puesto que la insolvencia se caracteriza por un estado del patrimonio social, consistente en la imposibilidad de atención regular de las obligaciones exigibles¹⁹⁵. Este constituirá un concepto sumamente complejo, puesto que requiere tener en cuenta diversos elementos internos del deudor tales como *“la calidad personal del deudor, su acceso al crédito, su activo, su pasivo al corto, mediano y largo plazo, las condiciones de mercado, su capacidad productiva, etc”*¹⁹⁶

Desde el ámbito jurídico-procesal, es entendida como la situación donde *“el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”*¹⁹⁷. O como dice el ordenamiento italiano *“(…) el estado de insolvencia se manifiesta por incumplimiento u otros hechos exteriores que demuestren que el deudor ya no está en condiciones de satisfacer regularmente sus obligaciones”*¹⁹⁸.

¹⁹³ BERSTEIN, O. (2015), cit. (n. 106), p. 62.

¹⁹⁴ VEGA, L. (2012). *Estudio de la Insolvencia*. (Trabajo Fin de Máster Sistemas de Información y Análisis Contable). Universidad de Oviedo, España, p. 5.

¹⁹⁵ BERSTEIN, O. (2015), cit. (n. 106), p. 78.

¹⁹⁶ PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015), cit. (n. 190), p. 95.

¹⁹⁷ Artículo 2 de la Ley 22/2003, España.

¹⁹⁸ Artículo 5 del Decreto 267 de 1942, Italia.

Desde lo financiero, una empresa tendrá problemas de insolvencia cuando no pueda hacer frente a las obligaciones de pago contraídas y, además, no tenga acceso a financiación adicional a través de los mercados de capitales o cualquier otra vía del sistema financiero¹⁹⁹.

De esta manera, actualmente, lo relevante es entender la situación del deudor, su realidad jurídico-financiera, para apreciar la necesidad -o no- de aplicar un instituto concursal, por oposición a un método de ejecución individual. En ese contexto, las distintas miradas de su patrimonio, que nos entregan diferentes estados de demostración financiera, son todas valiosas: el balance, el estado de resultados, el flujo de caja histórico y el proyectado. El análisis sesudo de un patrimonio y su nivel de solvencia requiere mirar las fuentes de financiamiento disponibles, el acceso al crédito, su carestía, la disponibilidad de activos exógenos y endógenos para ser entregados en garantía, sus obligaciones para con acreedores financieros (no sólo de pago, también prestaciones de hacer y no hacer, incluidos *covenants*).²⁰⁰ En consecuencia, a través de estos instrumentos le permite al acreedor hacer su juicio en su consideración de crédito, como una especie de fotografía, ya que pueden ver el panorama general del patrimonio del deudor.

Lo positivo del concepto de la insolvencia, entonces, se traduce en que puede abarcar muchísimos ámbitos, siendo un elemento más adecuado para las regulaciones concursales en comparación a la cesación de pagos. Sin embargo, al mismo tiempo su amplitud trae como consecuencia que exista una gran confusión en cuanto al presupuesto de apertura en las regulaciones concursales, especialmente en ordenamientos como el nuestro donde el legislador repetidas veces la ha asimilado o usado exclusivamente para referirse a la cesación de pagos²⁰¹.

De esta manera, para comenzar a entenderla tenemos que hablar de tres temas: la duración de este estado; los diferentes “*test*” o pruebas de insolvencia que reconocen algunos ordenamientos jurídicos; y por último, el hecho en que en la doctrina actual no

¹⁹⁹ LÓPEZ, C. (2005). *Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración del mercado*. (Tesis doctoral). Universidad de Cantabria, España, p. 11. “De esta manera, según Papillon, la insolvencia puede ser interpretada como el producto de tres variables: $br = Bp * fp * bf$. Donde *br*: Tasa de insolvencia ($Insolvencias/PIB$)(*Bankruptcy rate*) *Bp*: Proporción de entradas en un procedimiento concursal sobre el total de empresas fracasadas ($Insolvencias/Fracasos$)(*Business population rate*) *fp*: Proporción de fracasos sobre el total de compañías del país ($Fracasos/N^{\circ}$ de empresas)(*Failure population rate*) *bf*: Número de empresas en funcionamiento sobre el producto interior bruto (N° de empresas/ PIB)”.

²⁰⁰ ARAYA, I; BOFILL, O. (2013). Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03). *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (4), p. 284: Nota al pie de página N° 7.

²⁰¹ Por ejemplo, en nuestro Código Civil en los artículos 155, 1187, 1355, 1496, 1578 N° 3 y el 2163 N° 6. Por otro lado, en la antigua Ley de Quiebras se utilizaba en los artículos 17 y 219 N° 12.

exista consenso en cuanto a su definición y a su relación con la cesación de pagos dentro de los procedimientos concursales.

En cuanto al primer tema, en un inicio los autores entendían que la cesión de pagos respondía a una situación patrimonial que podía ser provisional, es decir, cuando transitoriamente impide pagar al deudor debido a una situación de iliquidez, a pesar de que el valor de sus bienes (normalmente no dinerarios) supera al de sus deudas o definitiva. En este sentido, cuando el valor total de los bienes del deudor es inferior al importe de sus deudas, de tal modo que con sus medios patrimoniales propios le es imposible hacer frente puntualmente al cumplimiento de sus obligaciones²⁰². Por tanto, para diferenciar entre estas dos, el concepto clave sería el de la iliquidez. Sería provisional cuando el deudor todavía tiene la oportunidad de obtener la liquidez que le permitirá hacer frente a sus obligaciones. Mientras que será definitiva, cuando el deudor además de no tener liquidez tampoco podrá responder de las obligaciones exigibles de forma regular.

Por otro lado, como ya habíamos declarado, en legislaciones como la alemana se reconoce la situación jurídica anterior al inicio del mecanismo concursal: el de la pre-concursalidad como método para prevenir la insolvencia. A raíz de esto, surge el concepto de la insolvencia inminente como presupuesto de apertura cuando se está en una situación donde es posible prever esta situación por parte del deudor.

En cuanto al segundo tema, el sistema inglés ha desarrollado una visión económica o financiera de la insolvencia, distinguiendo diferentes “tests” para determinarla. Así, en primer lugar surge el *cash flow test*, que la entienden como “*the inability to pay debts as the fall due*” y el *balance sheet test*, la cual se traduce en “*the shortfall of assets in relation to liabilities*”. La primera se entiende como la prueba de insolvencia comercial, así, “*the fact that its assets exceed its liabilities is irrelevant; if it cannot pay its way in the conduct of its business it is insolvent*”. La segunda, habla de la situación donde “*the company it is not sufficient to be able to meet its current obligations if its total liabilities can ultimately be met only by the realisation of its assets and these are insufficient for the purpose*”²⁰³. Es decir, mientras que el primer *test* nos permite mirar si la empresa deudora, actualmente o en el futuro, será capaz de pagar sus deudas a medida que se hagan exigible y por consiguiente, nos permitirá mirar lo que obtiene y lo que desembolsa la empresa, el segundo *test* nos da

²⁰² BROSETA PONT, M (1977). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Tecnos, p. 658.

²⁰³ GOODE, R (2011). *Principles of Corporate Insolvency Law*. (4ta ed.). Londres, Reino Unido: Sweet & Maxwell, p. 114.

la situación tradicional en que se considerará insolvente financieramente al deudor que cuenta con un activo líquido o liquidable menor al pasivo actualmente exigible. En nuestra opinión la realización de estos dos *tests* para probar la insolvencia son útiles en cuanto analiza efectivamente la situación económica del deudor desde dos aristas financieras distintos sin basarse en presunciones ambiguas de insolvencia, como lo hace actualmente nuestra legislación.

El tercer tema hace relación a que en la doctrina existen principalmente tres corrientes: en primer lugar, aquellos que la entienden como autónoma de la cesación de pagos; en segundo, aquellos que la entienden como iguales, y en tercer lugar, aquellos que la entienden como el elemento necesario para manifestar la cesación de pagos, o viceversa, siendo la cesación de pagos necesaria para manifestar la insolvencia.

En cuanto al primer grupo, García Martínez, establece que "*(...) la cesación de pagos no siempre concuerda con la insolvencia. A veces ocurre que un comerciante es solvente, es decir, su activo es superior a su pasivo, y, sin embargo, no puede hacer frente a sus obligaciones en un momento determinado de su vida comercial (...)*"²⁰⁴. De esta manera, estima que la insolvencia sería un concepto más adecuado para la apertura de los procedimientos, por ejemplo, para la Ley de Reestructuración Patrimonial peruana, la insolvencia es el estado económico-financiero en virtud del cual una persona natural o jurídica, independientemente de su actividad, ha sufrido la pérdida de más de dos terceras partes de su capital o se encuentra impedida para afrontar, temporal o definitivamente, el pago de sus obligaciones. En Colombia, como ya hemos analizado, se entiende que si el valor de los activos es igual o superior al de los pasivos, el deudor es solvente (que hay bienes suficientes para atender las deudas). Por el contrario, si el valor de las obligaciones supera el de los bienes, el deudor es insolvente y en la liquidación, al aplicar la prelación de créditos, por la insuficiencia de bienes, algunas acreencias no podrán atenderse íntegramente sino sólo a prorrata, esto es, proporcionalmente²⁰⁵. En España, la Ley Concursal 22 del 9 de Julio de 2003, establece dentro de los presupuestos del concurso la insolvencia del deudor común, "*(...) se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles (...)*". En Italia, el Regio Decreto 2678, en su artículo 5 dispone: "*El empresario que se encuentre en estado de insolvencia se declarará quebrado. El estado de insolvencia se manifiesta por incumplimientos u otros*

²⁰⁴ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 34.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 31.

hechos exteriores, los cuales demuestran que el deudor no está ya en condición de satisfacer regularmente las propias obligaciones (...)".

En cuanto al segundo grupo, tenemos autores como Puga que establecen que serían estados sinónimos, *"la cesación de pagos o insolvencia es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan"*²⁰⁶.

Un tercer grupo, expone que los conceptos de insolvencia y cesación de pagos son distintos, donde es necesaria la cesación de pagos para manifestar la insolvencia o viceversa. De esta manera, la cesación de pagos debe ser entendida como la declaración judicial de que una persona está en insolvencia, siendo la insolvencia la imposibilidad de atender los pagos exigibles con los medios disponibles.²⁰⁷ De igual forma opina René Abeliuk, al establecer que la insolvencia es una situación de hecho que no requiere declaración judicial que así lo declare, y consiste en que el deudor no puede pagar todas sus deudas, porque su pasivo supera a su activo. Esto no siempre es requisito para pedir una declaratoria de quiebra, la cual exige una cesación de pagos²⁰⁸. También tenemos a Gómez e Eyzaguirre, que señalan que el hecho revelador por antonomasia de la insolvencia es la cesación de pagos²⁰⁹. Estos entienden, entonces, que sin esta declaración judicial la cesación de pagos no sería capaz de abrir el procedimiento concursal, siendo la cesación el síntoma o la prueba de la insolvencia.

En nuestro país, si bien el Mensaje de la Ley N° 20.720 dio atisbos de querer transitar de la cesación de pagos a la insolvencia como presupuesto objetivo, en definitiva no se modificó. Es más, al igual que lo que ocurre con la cesación de pagos, la ley no definió en ninguna parte lo que se entiende por insolvencia, a pesar de llamarse "Ley de Insolvencia y Reemprendimiento". De esta manera, en nuestro sistema actual, se ha entendido que la insolvencia es una de las múltiples formas en que se puede manifestar la cesación de pagos.

²⁰⁶ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 78.

²⁰⁷ GOUDEAU GÓMEZ, B. (2001). Concepto sobre la insolvencia, cesación de pagos, suspensión de pagos, crisis económica y empresas en dificultad. En ROMÁN RODRÍGUEZ, J. (Coordinador), *Salvamento de las empresas en crisis* (pp. 165-194). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 167.

²⁰⁸ ABELIUK, R. (2009), cit (n. 5), pp. 962-963.

²⁰⁹ GÓMEZ BALMACEDA, R; EYZAGUIRRE SMART, G. (2009). *El derecho de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 40; y ROMÁN RODRÍGUEZ, J. (2001). *Salvamento de empresas en crisis*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 166.

A partir de este análisis, se puede explicar la confusión en la doctrina y en distintos ordenamientos jurídicos entre estos dos conceptos. Puesto que, si bien jurídicamente sus definiciones son bastantes parecidas, la insolvencia es un concepto multidimensional. Por esto, nosotros entendemos que es un concepto diferente y autónomo de la cesación de pagos, entendida principalmente en su esencia financiera-contable evidenciando el real estado patrimonial del deudor a través de herramientas financieras. Siendo necesario demostrarla a través de los diferentes *tests*, puesto que la mera cesación de pagos en su sentido materialista no puede ser suficiente para abrir el procedimiento concursal.

4.3.2 Mora

La mora según la RAE se entiende como “*la dilación o tardanza en cumplir una obligación, por lo común la de pagar cantidad líquida y vencida*”. Usualmente se suele analizar desde la perspectiva civil, puesto que configura uno de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual por parte del deudor o del acreedor. En este sentido, para el derecho civil se entiende como el retardo culposo o injustificado en el cumplimiento de la obligación debida, la cual da a lugar a acciones como la indemnización de perjuicios, la resolución del contrato, el cumplimiento forzado del contrato y la excepción de contrato no cumplido, donde es el acreedor el que tiene que interpelar al deudor para que cumpla con la prestación exigible. Ahora, cuando este retardo o tardanza provenga de causas externas (fuerza mayor o caso fortuito), el deudor no se considerará en mora²¹⁰.

Es requisito esencial de la mora que el deudor difiera el cumplimiento de la obligación, o que no la satisfaga en la época debida. En otras palabras, la mora se produciría de manera automática al vencer el plazo pactado. Esto significa, entonces, que la época o plazo debe estar previamente pactado por las partes en común acuerdo. De igual forma, el Código Civil establece diferentes situaciones donde el deudor se entenderá en mora, por ejemplo, el N°2 del artículo 1551, la cual depende de la naturaleza de la prestación para fijar la época, el N°3 del mismo artículo cuando el acreedor demanda judicialmente al deudor. Ahora, en cuanto a qué se entiende por retardo, éste puede significar un incumplimiento definitivo, o meramente un atraso del deudor²¹¹. Y por último, cabe destacar que la jurisprudencia ha exigido para que el deudor quede en mora, además

²¹⁰ Artículo 1558 inciso segundo del Código Civil, Chile.

²¹¹ ABELIUK, R. (2009), cit (n. 5), p. 854.

del retardo, la liquidez de la obligación; principalmente con relación a las obligaciones de dinero, salvo que la falta de ella sea imputable al deudor²¹².

Entonces, para que el deudor sea considerado en mora, se requiere: en primer lugar, que haya retardo en el cumplimiento de la obligación, en segundo, que este retardo sea imputable al deudor (que provenga del hecho o culpa o dolo) y, por último, que el acreedor interpele al deudor²¹³.

Ahora, si vemos la mora en el Derecho Comercial podemos claramente diferenciarla de la anterior. Para la mora civil no es suficiente la tardanza en el cumplimiento de la obligación según el plazo convenido, sino que es necesaria la interpelación o el requerimiento del acreedor para poder exigirla y ésta debe ser culpable o dolosa. En el sentido comercial, se producirá por el solo transcurso del plazo donde no se cumpla con la obligación. Por otro lado, en el ámbito civil se distingue cuándo se entenderá la mora según el tipo de obligaciones y el tipo de plazo en que se pactaron las obligaciones, cosa que no sucede en el ámbito comercial.

Si bien nuestro ordenamiento, y en especial desde el Derecho Civil, se ha entendido a la mora como el retardo imputable en el cumplimiento de la obligación que se encuentra unida a la interpelación del acreedor, sus diferentes definiciones (dependiendo de su ámbito) son muy similares: el literal, puesto que la mora se entiende como la tardanza de cumplir una obligación y la cesación de pagos también se ha entendido como la interrupción en el pago. Asimismo, en el ámbito civil, es el evento de que el deudor no cumpla su obligación en la fecha pactada, mientras que la cesación de pagos se ha entendido como el hecho de no poder atender sus compromisos exigibles en un momento dado.

En definitiva, la mora en el ámbito concursal se puede entender como un elemento necesario a la cesación de pago, siendo de hecho uno de los más importantes. Puga, establece así que para definir esta cesación de pagos habrá que apelar a las normas generales en materia de mora²¹⁴. Esta es una de las maneras en que se puede manifestar la cesación de pagos. Por consiguiente, la sola demora en cumplir oportunamente los compromisos se considera como sospechosa e indicativa de que algo anormal se está presentando en el patrimonio del deudor²¹⁵. Se puede ver esto también en el Derecho

²¹² *Ibidem*, p. 856.

²¹³ BARROS, R. (2009). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 135.

²¹⁴ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 105.

²¹⁵ MONTOYA GIL, H. (1974), cit. (n. 36), p. 141.

Argentino, donde la mora constituye un hecho revelador de la cesación de pagos del deudor que pueden dar sustento a un proceso de ejecución colectiva (quiebra o concurso preventivo)²¹⁶.

En resumen, si bien la cesación de pagos tienen puntos en común, la primera difiere de la segunda, pues estamos ante un estado patrimonial deficiente donde el deudor no puede cumplir con sus obligaciones en el tiempo y modo en que regularmente se cumplen, Mientras que la mora propiamente tal, es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación unido al requerimiento de parte del acreedor²¹⁷, entendido para el Derecho Concursal como una situación o hecho revelador de la situación de cesación de pagos. Por lo que en nuestro ordenamiento jurídico solo la cesación de pagos será capaz de abrir el procedimiento concursal por ser una situación *ex-post* del incumplimiento del deudor. Al contrario, si tuviéramos un sistema como el alemán, que reconoce la insolvencia inminente, la mora podría ser considerada como capaz de abrir el procedimiento preventivo.

4.3.3 Operaciones ruinosas

Las operaciones ruinosas son aquellas actitudes previas que tiene un deudor anticipándose al mal estado de su patrimonio y que, temiendo caer en cesación de pagos ante la declinación de su patrimonio, inicia una espiral de sobreendeudamiento y venta de su capital disponible a montos que no se corresponden con su valor real²¹⁸. O sea, son actos que el deudor realiza de manera fraudulenta para evitar esa declinación.

Estas operaciones evidenciarán el estado totalmente absoluto de la imposibilidad de pagar con los recursos regulares que cuenta el deudor, en una etapa pre-concursal. Lo cual es especialmente relevante en países donde se reconoce que estos estadios previos tienen efectos jurídicos y económicos relevantes para el estado patrimonial del deudor. Aquellos ordenamientos se preocupan especialmente de estas etapas para cumplir con el objetivo del reemprendimiento que detentan los procedimientos concursales modernos, puesto que ayudan a intervenir en el patrimonio del deudor que advierte, o anticipa, su mal estado

²¹⁶ Artículo 79 Ley N° 24.522, Argentina.

²¹⁷ SOMARRIVA, M; ALESSANDRI, A; VODANOVIC, A. (1961). *Curso de Derecho Civil. Tomo III: De las Obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, p. 208.

²¹⁸ DÍAZ CAMPOS, K. (2018). Del concepto de Insolvencia bajo la Ley 20.720 y de la posible afectación del Deudor Consumidor ante la falta de reglamentación sobre su sobreendeudamiento. *Revista Justicia y Derecho*, 1 (1), pp. 50-65.

patrimonial y busca evitar caer en cesación de pagos a través de la realización de estas operaciones.

En definitiva, estas operaciones ruinosas se pueden traducir en vender a menos del costo real, conseguir dinero en condiciones onerosas y hasta usurarias (...) ²¹⁹. En definitiva, estamos ante prácticas fraudulentas o ficticias destinadas a dejar de cumplir con obligaciones de manera regular y que se producen en una etapa anterior a la cesación de pago.

En nuestro país, como sabemos, no se reconoce esta situación pre-concursal, por lo que simplemente se entenderían como hechos que exteriorizan la cesación de pagos, que eventualmente se podría traducir en delito concursal por parte del deudor o en una acción revocatoria.

4.3.4 Sobreendeudamiento

El sobreendeudamiento se ha entendido como aquel que se presenta cuando el consumidor no puede cumplir de forma simultánea todas sus obligaciones vencidas y, por tanto, exigibles. También, como la situación patrimonial presente del consumidor que lo torna claramente insuficiente, desde el punto de vista financiero, para hacer frente al pago íntegro y puntual de sus deudas originadas por gastos corrientes o por la utilización excesiva del crédito ²²⁰. Incluso, como la situación donde el consumidor comienza a superar su capacidad de pago, ya sea porque contrae una serie de obligaciones crediticias que no puede pagar (sobreendeudamiento activo) o cuando se producen hechos fortuitos como la pérdida del trabajo, la muerte de un familiar, alguna enfermedad o accidente o cualquier hecho que signifiquen gastos imprevistos y de alto costo, que generan una imposibilidad o una gran dificultad a la hora de hacer frente a las prestaciones (sobreendeudamiento pasivo) ²²¹.

²¹⁹ FERNÁNDEZ, R. (1938), cit. (n. 6), p. 174.

²²⁰ DÍAZ CAMPOS, K. (2018), cit. (n. 235), p. 18.

²²¹ FIERRO, A. (2011). *El Derecho de Insolvencia de los Consumidores: una reforma pendiente en el sistema concursal chileno*. (Memoria para optar al grado de licenciado en Derecho). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, p. 18.

Como se puede ver, este concepto es utilizado principalmente por el Derecho del Consumidor. Y, al igual que las operaciones ruinosas, el sobreendeudamiento responde a una etapa previa de la cesación de pagos donde se dan cuenta de las señales de “alerta o peligro” de malestar económico que sufre el patrimonio del deudor.

El sobreendeudamiento no implica necesariamente considerar todas las obligaciones que afectan el patrimonio social en comparación con su activo. Asimismo, no cierra la posibilidad de visualizar de futuro la mejora en el flujo financiero que pueda cambiar la situación. Es apenas un estado patrimonial que se exterioriza por el exceso de pasivo, pero que no puede por sí mismo conformar el estado de incapacidad o cesación de pagos²²². Por otro lado, al igual que la insolvencia, es una situación patrimonial desmerecida, la cual impide a ciertos individuos poder hacer frente en una forma más holgada a sus obligaciones²²³.

Hay países donde la entienden como causal de la insolvencia (como Bulgaria, Inglaterra, Alemania, Austria, Finlandia, Polonia, Portugal, Italia y la República Checa). Así, podemos ver en la § 19 de la *InsO* alemana, al establecer que se verifica este estado si los pasivos existentes del deudor no están cubiertos, a menos que la continuación de la empresa sea más probable²²⁴. En el Derecho inglés, en tanto, se verifica esta situación si el valor de los activos de la empresa es menor que el de sus obligaciones actuales teniendo en cuenta no solo su presente, sino también las mutaciones que podrían surgir en el futuro²²⁵.

Por otro lado, en países como Bélgica, Dinamarca, Francia, Hungría y los Países Bajos, se han visto dos posibilidades: la primera, es que han rechazado la existencia de este concepto y la segunda, es que se acepta el sobreendeudamiento como un indicio en el cual se podría sostener la posibilidad de demostrar la cesación de pagos. De esta manera, la jurisprudencia francesa ha entendido que se estará en un estado de sobreendeudamiento cuando se analice la situación del deudor según los siguientes criterios: i) El deudor debe estar en un supuesto de buena fe; ii) No se haya sobre endeudado quien tiene un trabajo o tiene la opción real de encontrar uno, con ingresos adecuados al monto de sus obligaciones; iii) Se deben apreciar los ingresos y el patrimonio del deudor, pero asociado al nivel de gastos que no son posibles de desatender, tales como

²²² PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015), cit. (n. 190).

²²³ FIERRO, A. (2011), cit. (n. 238), p. 42.

²²⁴ SCHÄFER, T. (2012). *Der Eröffnungsgrund Der Überschuldung*. Baden-Baden, Alemania: Nomos, p. 267.

²²⁵ Sección 123 (2) de la Ley de Insolvencia (1986), Inglaterra.

salud, alimentación, etc.; iv) Debe compararse el total de las deudas del deudor con los bienes con que cuenta para hacerles frente; v) No es determinante, a la hora de fijar el sobreendeudamiento, el origen o la naturaleza de los ingresos del deudor; vi) Lo que es determinante es el resultado de la comparación entre el patrimonio del deudor, con las deudas que debe, sin ser determinante el nivel de los ingresos que tiene (pues puede contar una renta muy elevada, pero aun así ser esta sobrepasada por su pasivo); vii) Se consideran ingresos, un concepto más amplio que sólo los dineros percibidos por el deudor, agregándose cualquier beneficio patrimonial, como por ejemplo asistencias mutuas dentro de la familia; viii) No se deben considerar como ingresos aquella cantidad destinada a la subsistencia mínima vital tanto del deudor como de sus cargas familiares²²⁶.

En definitiva, el sobreendeudamiento se puede diferenciar claramente de la cesación de pagos. Mientras que el primero está relacionado íntimamente con el consumidor y analiza elementos tanto económicos como sociales (como la existencia de trabajo por parte del consumidor, sus gastos básicos como la salud, alimentación, el grupo de individuos que comparten una vivienda, etc.) y se entiende como uno de los estados progresivos en que puede incurrir un deudor hasta llegar a la cesación de pagos, donde todavía se ve la posibilidad de recuperación económica-financiera del deudor. El segundo es un estado patrimonial permanente, donde existe la imposibilidad o incapacidad por parte del deudor de pagar de forma íntegra y oportuna sus obligaciones exigibles. Es por esto, que se pueden dar situaciones en donde el deudor que se encuentre sobreendeudado, no caiga necesariamente en la cesación de pago, pues todavía puede ser capaz de pagar algunas de sus obligaciones, encajando en el concepto flexible del sobreendeudamiento.

De todas maneras, tenemos que afirmar que ambas instituciones se encuentran relacionadas de forma que hay situaciones en que la primera puede llegar a la segunda. Es por esto, que hay opiniones que establecen que es necesaria la regulación de un mecanismo de solución procesal de acciones concursales para este tipo de situaciones en nuestro país. Debido a que normalmente se encuentran enmarcadas a un incumplimiento individual, donde se busca simplemente el cumplimiento forzado de la obligación, sin atención a los componentes externos y más globales²²⁷.

²²⁶ FIERRO, A. (2011), cit. (n. 238), p. 44.

²²⁷ FIERRO, A. (2011), cit. (n. 238), p. 17.

4.3.5 Mal estado de los negocios

La confusión de este concepto con la cesación de pagos se origina con la redacción de algunas normas contempladas en el Código Civil y en el antiguo Código de Comercio en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código Civil la menciona en sus artículos 155 y 157, al hablar de las excepciones relativas a la separación de bienes. En el artículo 1616, al referirse del pago por cesión de bienes o por acción ejecutiva del acreedor o acreedores. Y por último, en el artículo 2468 al regular la acción pauliana. Por otro lado, el antiguo Código de Comercio utilizaba este concepto en el Título IV, a pesar de nombrar de la misma manera a la cesación de pagos en sus artículos 77 y 78. Así, por ejemplo, tenemos el artículo 208: *“Si se hubiere agravado el mal estado de los negocios del deudor en forma que haga temer un perjuicio para los acreedores, podrá éste ser sometido a una intervención más estricta que la pactada, o ser sometido a una intervención si ésta no se hubiere estipulado, o bien declararse incumplido el convenio, a solicitud de acreedores que representen la mayoría absoluta del pasivo del convenio, con derecho a voto (...)”*. El artículo 233: *“(…) Las inhabilidades, medidas preventivas y penas que procedan, se aplicarán, en el caso de incapaces, a los representantes legales que hubieren intervenido en los actos o contratos que produjeron el mal estado de los negocios o en los que den fundamento para declarar la quiebra culpable o fraudulenta y, por último, el artículo 247 que establecía que el síndico dentro del plazo de quince días contado desde la notificación de la cesión, informará al tribunal sobre las causas del mal estado de los negocios del deudor (...)”*.

Actualmente este concepto se encuentra en el artículo 288 de la Ley N° 20.720 al regular la acción revocatoria concursal subjetiva y establece:

“Artículo 288.- Revocabilidad subjetiva. Serán también revocables todos aquellos actos ejecutados o contratos celebrados por la Empresa Deudora con cualquier persona, dentro de los dos años inmediatamente anteriores al inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización o de Liquidación, siempre que se acredite en juicio la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Conocimiento del contratante del mal estado de los negocios de la Empresa Deudora, y 2) Que el acto o contrato cause un perjuicio a la masa o altere la posición de igualdad que deben tener los acreedores en el concurso. Se entenderá que existe perjuicio cuando las estipulaciones contenidas en el acto o contrato se alejen de las condiciones y precios que normalmente prevalezcan en el mercado para operaciones

similares a la época del acto o contrato. Tratándose de la venta o permuta de activos, sólo se considerarán como ingresos los montos efectivamente percibidos por la Empresa Deudora producto de la transacción a la fecha de la interposición de la acción de revocabilidad o el valor que el tribunal asigne respecto de los bienes dados en permuta.”

De esta manera, para utilizar esta acción, según la ley es necesario el conocimiento del contratante del mal estado de los negocios de la empresa deudora. La doctrina ha entendido que se entiende por mal estado de los negocios, la situación de incumplimiento íntegros y oportunos de las obligaciones²²⁸ al momento de la celebración del contrato. Este conocimiento tendrá como base el hecho del fraude que se quiere producir, es decir, su elemento subjetivo sería que se contrata con mala fe.

A partir de esto, algunos autores han estimado que este concepto se asimila tanto a la insolvencia como a la cesación de pagos. Por cuanto en las dos es necesario demostrar un estado patrimonial donde el deudor no es capaz de hacer frente a sus obligaciones exigibles de forma regular. En este sentido, tenemos al profesor Puga que incluso determina que tanto la insolvencia como el mal estado de los negocios son equivalentes o sinónimas de cesación de pagos²²⁹.

Ahora bien, no podemos decir que son conceptos iguales. El mal estado de los negocios que utiliza el legislador para configurar la acción revocatoria subjetiva está vinculado necesariamente con la mala fe, vale decir, coincidiendo la cesación de pagos con un estado patrimonial, el conocimiento que se requeriría de parte del acreedor para estimarlo de mala fe debiera vincularse necesariamente al del estado patrimonial del deudor, y que en la mayoría de los casos, pero no único, trae aparejada como consecuencia la imposibilidad de pago de sus acreencias (la insolvencia). De esta manera, si bien este elemento nos situará en el análisis del presupuesto objetivo de nuestro procedimiento concursal y nos habla de estados patrimoniales similares, para iniciar esta acción revocatoria concursal también será necesario dilucidar si el acreedor que contrató con el deudor conocía de la situación patrimonial del deudor en una situación previa al concurso. Para esto será necesario probar en juicio sobre este aspecto subjetivo, diferenciándose una vez más de la cesación de pagos, pues como sabemos ésta se manifiesta a través de los hechos reveladores. En este caso, estos hechos no servirían para probar este elemento al

²²⁸ MARTÍNEZ, D. (2017). *Las acciones revocatorias concursales*. (Tesis presentada como uno de los requisitos para el egreso de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción). Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile, p. 23.

²²⁹ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 54.

no manifestarse con un tiempo considerable de antelación al concurso, ni los antecedentes que motivan tales hechos –ni los hechos reveladores mismos– se encuentran a la vista del público, permaneciendo por mucho tiempo en el ámbito privado del deudor, siendo muy difícil su conocimiento por parte del acreedor contratante²³⁰.

En resumen, al igual que Goldenberg, entendemos que el concepto está dado por una noción algo más laxa que la insolvencia (a la que no se puede identificar plenamente en razón del uso disímil de los términos en el artículo 155 del Código Civil), pero que igualmente nos permite entender que estamos ante una situación patrimonial crítica, que quizás podría presentar indicios de recuperabilidad a futuro por ser de menor intensidad²³¹.

4.3.6 Incumplimiento

Como hemos asegurado anteriormente, antiguamente el deudor que no pagaba su deuda era normalmente amarrado o encadenado, a petición del acreedor y se mantenía en dicha situación hasta que cumpliera su obligación, considerándolo como un criminal. En este tiempo, se entendía que existía un vínculo literal entre el deudor y la obligación²³². Esta concepción siguió hasta Grecia, donde por ejemplo, quienes no podían pagar sus obligaciones, debían entregar sus tierras a sus acreedores, transformándose los primeros en siervos que cultivaban lo que antes les pertenecía, y obligándose además a entregar a sus acreedores la sexta parte de lo que produjeran. Los deudores que no podían pagar eran finalmente transformados en esclavos²³³. Luego, en el Derecho Romano, se estableció el conocido procedimiento de ejecución “*legis actio per manum iniectionem*”. En esta época,

²³⁰ ALARCÓN, M. (2017). Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (2), p. 34.

²³¹ GOLDENBERG, J. (2016). El perjuicio como justificación de la revocación concursal. *Revista Ius et Praxis*, 22 (1), p. 102: *Nota al pie de página N° 55: “Es por ello que, en el citado artículo 155 C.C., el mal estado de los negocios del marido no siempre dará lugar a la separación judicial de bienes, puesto que el marido podrá oponerse en la medida que rinda cauciones que aseguren suficientemente a la mujer, cuestión que no es posible en caso que la causal esté dada lisa y llanamente por la insolvencia. Nuestra jurisprudencia se ha aproximado escasamente al concepto, pero ha indicado que ‘el mal estado de los negocios –que no es sinónimo de pobreza– debe buscarse en la relatividad actual del pasivo con el activo liquidable y la mayor o menor facilidad de realización’ (sentencia de la Corte Suprema, de fecha 11 de diciembre de 1937, disponible en la Gaceta de los Tribunales, 1937, 2º semestre, N° 99, p. 432) (...)”*

²³² Obligar proviene del latín *obligatio* y de ella *ob-ligare*. La partícula *ob*, significa “alrededor”, “en torno”, “a causa de”, mientras que *ligare* significa atar, amarrar, encadenar, ligar.

²³³ORREGO, J. (2021). Concepto y clasificación de las Obligaciones. (Recuperado de: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-las-obligaciones/>), p. 4.

el incumplimiento también respondía a un elemento religioso donde el deudor quedaba expuesto a una *damnatio*, una maldición destinada por los dioses²³⁴.

Hoy en día, sin embargo, al igual que la cesación de pagos, el incumplimiento no ha sido definido ni por el Derecho Civil ni Comercial. Asimismo, esta noción se entiende de manera distinta según los diferentes sistemas jurídicos, donde cada uno prioriza diferentes aspectos de esta.

En nuestro país, si bien el Código Civil no la define, esta se induce si interpretamos *a contrario sensu*, el artículo 1545 de este cuerpo normativo. Por otro lado, el Código establece algunas normas para entenderla, así tenemos por ejemplo el artículo 1553, en el cual la distingue del simple retardo de la obligación; al igual que los artículos 1534 y 1535; el artículo 1555 donde se habla de incumplimiento imperfecto de las obligaciones de no hacer; y por último, el artículo 1556 establece que el incumplimiento (total, parcial y el retardo) justifica la indemnización de perjuicios. Según estas normas, el incumplimiento en nuestro ordenamiento sigue una concepción amplia, capaz de producirse por la no realización total de la prestación a la que está obligado, por la realización de forma parcial o imperfecta, e incluso por el retardo en el cumplimiento.

Por esta razón la doctrina ha intentado darle una definición. La noción del incumplimiento, tradicionalmente, se puede analizar desde el punto de vista del acreedor o del deudor. Desde la óptica del deudor se relaciona con la infracción del deber jurídico que le incumbía; mientras que, desde la óptica del acreedor, se vincula con la insatisfacción del interés plasmado en el contrato²³⁵. De esta misma manera, Abeliuk define al incumplimiento como el no pago, esto es, la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la obligación al tenor de ella²³⁶, distinguiendo entre el incumplimiento voluntario e involuntario. Estos autores, se centran en los posibles aspectos subjetivos de imputabilidad para definir el incumplimiento, pues se entiende que al incumplir con el contrato, el ordenamiento jurídico reacciona en forma de reproche sobre la conducta del deudor, vinculándose así también el concepto de culpa.

²³⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2011). La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial. *Revista General de Derecho Romano*, (16), p. 2.

²³⁵ GUEVARA, V; MUFDI, M. (2017). *La evolución del concepto de contrato y su incidencia en los principales mecanismos de protección del acreedor insatisfecho*. (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Chile, p. 36.

²³⁶ DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen II. Las Relaciones Obligatorias (6a ed.). Madrid, España: Editorial Thomson Civitas, p. 647.

Por otro lado, bajo la concepción moderna se entiende que el incumplimiento es objetivo y es el resultado de la simple constatación de la falta de coincidencia entre el dato ideal (lo prometido) y el real (lo ejecutado por el deudor), con la consiguiente insatisfacción del interés del acreedor. Fernando Pantaleón Prieto define el incumplimiento de la obligación como la desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor, e incluye todas sus manifestaciones, incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso. Por su parte, Antonio Morales Moreno considera más útil manejar el concepto de insatisfacción de interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio²³⁷. Según esta, entonces, se le quita el carácter subjetivo al incumplimiento y se caracteriza por su amplitud y neutralidad.

En sus inicios, si bien nuestra legislación consideraba que la cesación de pagos era producida por el incumplimiento, y por ende, eran situaciones iguales, ésta era entendida de forma restringida puesto que no importaba ni el número, monto o causas del incumplimiento. Esto se puede ver claramente en la Ley N° 4.558 que establecía: *“Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1.- Cuando el deudor comerciante cese en el pago de una obligación mercantil (...)”*. La Ley N° 18.175 en su artículo 43, mantuvo de igual manera, a pesar de no expresarlo literalmente como el incumplimiento, el cese de una obligación mercantil como causal de apertura de la quiebra: *“Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1.- Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo (...)”*.

Hoy en día, y considerando las múltiples críticas u objeciones que se le han hecho a la teoría materialista de la cesación de pagos, podemos afirmar con seguridad que se encuentra superada por la doctrina la noción de que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento. Este último, responde más bien a un hecho antijurídico (no siempre de índole patrimonial) donde el acreedor, de forma exclusiva como titular legítimo, puede ejercer las acciones de tutela presentes en la ley de manera individual. Por otro lado, la cesación de pagos responde a un estado patrimonial general, donde el deudor no es capaz

²³⁷ VIDAL OLIVARES, A. (2007). Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista. *Revista chilena de derecho*, 34 (1), pp. 41-59.

de cumplir de manera regular e íntegra el total de sus deudas; es por esto que de forma conjunta los acreedores reaccionan en contra de este a través del Derecho Concursal. La doctrina, actualmente, si bien reconoce que son conceptos distintos y que el mero incumplimiento no es capaz de abrir los procedimientos concursales, ésta corresponde más bien a uno de los múltiples hechos reveladores que dan cuenta la cesación de pagos.

Sin embargo, si miramos las causales de apertura del procedimiento de liquidación en la Ley N° 20.720 podemos ver que, de igual manera la determinación de que la cesación de pago se refiere al incumplimiento de una obligación todavía es usada, causando una fuerte contradicción en nuestro sistema.

4.3.7 Iliquidez

Según su definición literal la iliquidez es la falta de dinero en caja o de bienes fácilmente convertibles en dinero²³⁸. Estamos ante un concepto que corresponde a una situación temporal donde una persona o empresa no es capaz de obtener dinero y así hacer frente a sus obligaciones en el corto plazo.

La liquidez es tradicionalmente usada para el análisis contable de una empresa, de esta manera, se utilizan dos mecanismos: el índice de liquidez, el cual determina y mide la capacidad o disponibilidad de pago de la empresa para hacer frente a las obligaciones a corto plazo, utilizando para su cálculo: $LG = AC / PC$. En ésta se dividirá el activo circulante con el pasivo circulante y nos mostrará si con los activos circulantes la empresa es capaz de pagar sus compromisos a menos de un año, esto es, sus pasivos circulantes y el ratio de liquidez disponible. Para calcularla se utiliza el cálculo: $LD = DE/PC$. Con esta analizamos la capacidad de pago de la empresa, dividiendo el disponible existente con el pasivo circulante. Así, podremos obtener el porcentaje que representa el disponible con respecto al pasivo circulante, con el cual se podrá hacer frente a las obligaciones de corto plazo que posee la empresa ²³⁹.

²³⁸ Real Academia Española (1992). Diccionario de la Lengua Española (Vigésima Primera Edición). Madrid, España: Editorial Espasa.

²³⁹ RODRIGUEZ, T. (2009). *Predicción de las situaciones de insolvencia mediante el análisis de flujo*. (Memoria para optar al título de contador público y auditor). Universidad del Bío- Bío, Chile, pp. 13-19.

Con esto podemos ver la clara relación de la liquidez en el análisis del estado económico de una empresa con déficit patrimonial. Es por esta razón, que algunas legislaciones la relacionan con la insolvencia, tanto como prueba y justificación, como requisito necesario para su declaración. Esto ocurre, por ejemplo, al hablar de insolvencia provisional donde la iliquidez es su requisito central. Por otra parte, los ordenamientos que entienden a la insolvencia en un sentido contable que diferencia la cantidad de activos y pasivos, la entienden como sinónimo de la insolvencia, pues comprendería la simple iliquidez o desbalance definitivo²⁴⁰. Otras regulaciones, en cambio, la entienden como un elemento presente tanto en la incapacidad como en la cesación de pago, puesto que entienden a la iliquidez como la incapacidad de pago de las obligaciones que afectan el equilibrio contable y financiero entre el activo-pasivo de una empresa. Entonces, la iliquidez sería requisito para la cesación o incapacidad de pagos, siempre y cuando esta condición –a raíz de la iliquidez– tenga una duración ininterrumpida en el tiempo.

En realidad no se requiere solo una iliquidez temporaria, sino más bien, una de duración previsiblemente prolongada²⁴¹. De esta manera, podemos ver que la jurisprudencia ha entendido la iliquidez en términos similares en el fallo dictado por la Corte de Concepción del Uruguay, en el Rol 896-2016: *“Que los procesos concursales tienen por finalidad abordar el fenómeno de la insolvencia. Este fenómeno se identifica no con una diferencia negativa entre activo y pasivo, sino con la iliquidez crónica e irremontable. Cuando esto ocurre, se instala lo que los estudiosos denominan dinámica del empobrecimiento acelerado del deudor, en que sus activos quedan reducidos todos a valor de liquidación ante la imperiosa situación de atender sus obligaciones vencidas y a un encarecimiento de su gestión por mayores gastos asociados.(...)”*. Y por último, también la han entendido de forma distinta a la cesación de pago, puesto que no es considerada suficiente para generar presunciones graves, precisas y concordantes, reveladoras de un estado de impotencia patrimonial²⁴². Es interesante esta visión, porque describen a la iliquidez como un estado permanente, a diferencia de su definición contable que se caracteriza por ser temporal o a corto plazo²⁴³.

²⁴⁰ CUBEROS GÓMEZ, G. (2005), cit. (n. 60), p. 31.

²⁴¹ PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015), cit. (n. 190).

²⁴² “Sindicatura de la Quiebra de Pedro Santiago Echeverría S.R.L y otro c/Zuppichini Hugo Cesar y otros/Inoponibilidad de Garantía Hipotecaria (ART.123 DE L.C.)” Fallo del 19/4/94, Sala Civil y Comercial de Concepción del Uruguay, Entre Ríos. *Nombrado en* FARACI, M; CASADIO MARTÍNEZ, C; RODRIGUEZ, R; OMEGNA, C. (2015), cit. (n. 115), p. 133.

²⁴³ Según Ragone, otros autores la entienden como una situación esencialmente mutable en el tiempo, y como ello es recibido por el ordenamiento jurídico, según otorgue un tratamiento de tipo “fotográfico-estático” o de

Ahora, como lo establece el profesor Pérez Ragone, la importancia del examen económico de la iliquidez como condición de la incapacidad o cesación de pagos, recae en que permite evitar que los costos inmediatos generados por la insolvencia de la empresa afecten desproporcionadamente en el tiempo a un modelo de negocio en el que están interesados los acreedores y el deudor. La prognosis sobre las condiciones y posibilidades, como los planes de mejora de la liquidez, son de futuro y pueden condicionar con mayor claridad el acceso al financiamiento dentro del plan mismo de insolvencia (*ex ante* o *ex post* a su declaración). Puede fijar las bases para un adecuado programa de actos de disposición o administración ordenados en el tiempo para la mitigación en mayor o en menor medida del estado de iliquidez. Los sistemas comparados exigen criterios de duración que relacionan fórmulas de ponderación cualitativa-cuantitativa en base, o no, a la probabilidad de iliquidez/liquidez futuro²⁴⁴.

En resumen, nosotros entendemos que la iliquidez es diferente a la cesación de pagos puesto que el primero, de carácter inherentemente transitorio, se produce por un flujo de dinero en caja. Mientras que el segundo responde a un estado permanente donde el deudor no puede hacer frente a la totalidad de sus obligaciones de forma regular e íntegra.

4.3.8 La suspensión de pagos, crisis económica y empresas en dificultad

Por último, si bien no han sido muy conocidos en nuestro país, Goudeau reconoce diferentes conceptos similares a la cesación de pagos²⁴⁵. En primer lugar, reconoce la suspensión de pagos. Como ya lo hemos visto, esta institución es usada principalmente en países como Argentina, México y España donde se ha entendido como el estado jurídico en el que una resolución judicial coloca al comerciante, con el que se beneficia -por así convenir a los intereses de la sociedad- a los acreedores y al propio comerciante, de un

"película-dinámico". De esta forma se contemplan distintas situaciones, o más bien dicho, se abre o no la regulación a distintos momentos de iliquidez en el tiempo. En efecto, no es el mismo estado de iliquidez aquel existente y exigido antes y para el requerimiento de inicio formal del proceso concursal de insolvencia, que aquel que podría tener el deudor al momento de admitirse la solicitud y que, además, seguramente cambiará durante el transcurso del procedimiento. PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015), cit. (n. 190).

²⁴⁴ *Ibidem*

²⁴⁵ GOUDEAU GÓMEZ, B. (2001), cit. (n. 224), pp. 179-190.

perdón temporal al incumplimiento de sus obligaciones convencionales, por haberse reconocido su imposibilidad (sin culpa) de hacerlo en la forma originalmente pactada²⁴⁶.

Entonces, si bien comparte características similares, puesto que al igual que la cesación de pagos es decretada por resolución judicial y responden a un estado patrimonial donde al deudor no le es posible cumplir con sus obligaciones en forma íntegra y oportuna, se diferencia de esta última. La cesación de pagos dice relación con un estado permanente, mientras que la suspensión de pagos es transitorio; en segundo lugar, en cuanto a su finalidad, la cesación de pagos tiene como objetivo abrir el concurso, mientras que la suspensión busca que los acreedores le otorguen un plazo al deudor para cumplir sus obligaciones o que realicen algún tipo de acuerdo, evitando así la declaración de la quiebra.

Otro concepto que analiza Goudeau, es el de la crisis económica. Estos años la doctrina ha incorporado esta institución como nuevo presupuesto de apertura para intentar dejar atrás las dificultades terminológicas que han dejado la insolvencia y cesación de pagos en las regulaciones concursales. Esto lo podemos ver en Italia y España, donde han considerado que este sería el concepto que mejor se acerca a la realidad económica de los deudores. Así, por ejemplo, el anteproyecto de ley concursal de 1983 establecía que la solicitud de declaración de los acreedores o del deudor, constituía el presupuesto objetivo de apertura del procedimiento ante la existencia de una situación de crisis económica. De esta manera, entienden por crisis económica como aquel estado patrimonial que lesione o amenace gravemente el interés de los acreedores a la satisfacción normal y ordenada de sus créditos²⁴⁷.

De esta forma, este concepto abarcaría cualquier situación económica (sea previsible o inminente, transitoria o definitiva), siempre que se produzca una lesión o amenace gravemente el interés de los acreedores. A diferencia de la cesación de pagos, la cual no se vincula a la determinación de la iliquidez o a la insuficiencia patrimonial ni a la importancia de verificar si se produce una lesión al interés de los acreedores.

Y por último, el concepto de empresas en dificultad surge en Francia al enfocar la protección del derecho concursal a la prevención de las situación de quiebra. A partir de esto, se entiende que las empresas en dificultad son todas aquellas que, no encontrándose en el estado de cesación de pagos, acusan problemas de iliquidez, falta de recursos para

²⁴⁶ *Ibidem*, nota del pie de página N° 171.

²⁴⁷ PULGAR, J. (1994). *La reforma del derecho concursal comparado y español: Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*. Madrid, España: Editorial Civitas, p. 287.

la continuidad adecuada e incluso falta de recursos para analizar las inversiones necesarias para su desarrollo armónico.

La propia definición nos dice que son diferentes, pues este concepto comprende un estado previo al de la cesación de pagos, donde el deudor tiene la oportunidad de replantear su actividad, asumiendo posiciones más conservadoras, que implican adoptar drásticas medidas para limitar gastos y nuevos proyectos. O bien, se asume una posición riesgosa aventurando fórmulas, bajo las cuales se proyecta remontar la futura crisis²⁴⁸. En definitiva, lo que se persigue es evitar llegar a la cesación de pagos a través de la capitalización obligatoria, la reorganización de sus estructuras, convenios preventivos, ventas de activos, etc.

A diferencia de los otros dos conceptos, nuestro ordenamiento ha reconocido algunos mecanismos de prevención de crisis de las empresas. Como por ejemplo, en el artículo 78 de la Ley N°18.046 sobre Sociedades Anónimas, en relación al pago de dividendos; en el art. 65 y siguientes del DFL N° 251 sobre Compañías de Seguro, al establecer toda una regulación en casos de que estas se encuentren en situaciones de déficit patrimonial o sobreendeudamiento; y por último, en el DFL N° 3 que regula la Ley General de Bancos donde sus artículos 112 y siguientes intentan prevenir la crisis de estas instituciones.

4.4 Concepto jurídico en Chile

4.4.1 Primeras regulaciones concursales en Chile

Al igual que las legislaciones latinoamericanas que analizamos en el Capítulo II, en nuestro país, la legislación española jugó un papel esencial en la configuración del derecho concursal en la época colonial. De esta manera, las Siete Partidas, las Ordenanzas de Bilbao, la Novísima Recopilación cimentaron las bases del Derecho Concursal chileno. Luego, con la Independencia aparecieron las primeras leyes nacionales. Dentro de ellas encontramos, por ejemplo, el Decreto Ley sobre juicio ejecutivo de 1837, que modificaba las disposiciones procedimentales relativas a las quiebras que estaban contenidas en las Ordenanzas. Se aplicaba a toda clase de deudores y se caracterizaba por la configuración

²⁴⁸ ROMÁN RODRÍGUEZ, J. (2002). La crisis de la Empresa. *Revista Chilena de Derecho*, 29 (3), pp. 637-643.

de dos formas de iniciar el concurso: por el propio deudor, a través de una cesión de bienes y por los acreedores, cuando interponían tercería de prelación²⁴⁹. Este sistema fue modificado en 1857, cuando Andrés Bello creyó necesario concentrar una nueva regulación ante un nuevo Chile independiente y al considerar la legislación española como anacrónica y confusa²⁵⁰. Por lo que en el Título XIV del Libro IV, relativo a la cesión de bienes, en el Título VLI del Libro IV, relativo a la prelación de créditos y en el artículo 2468 se reguló otra parte de la legislación concursal de nuestro país. Así las cosas, las disposiciones que regulaban el derecho concursal en Chile se encontraban esparcidas en varios cuerpos normativos.

En cuanto el presupuesto objetivo en estas antiguas regulaciones, las Ordenanzas de Bilbao distinguían entre la dificultad transitoria e imposibilidad para pagar. Las dificultades transitorias se entendían como “atrasados”, aludiendo al supuesto en que los comerciantes no pagaban lo que debían a su debido tiempo, pero tienen los bienes suficientes para pagarle a sus acreedores y que su demora se debe a causas externas, pagando después²⁵¹. Luego, el número III habla de los “quebrados sin culpa”, quienes al verse ante cuestiones imprevisibles, solicitan una disminución de sus deudas ofreciendo pagar en un cierto plazo. Y por último están los “fraudentos”, quienes eran considerados como delincuentes; eran comerciantes que, debiendo conocer el mal estado de sus negocios, arriesgaban causales ajenos con dolo y fraude deteriorando aún más su situación patrimonial²⁵². Por esto Zalaquett afirma que bajo estas disposiciones la causa de la quiebra se referían, claramente, al estado patrimonial de imposibilidad de pagar.

4.4.2 Código de Comercio de 1867

La dispersión normativa generó muchos inconvenientes en la práctica y terminó por afectar la legislación mercantil y en específico a la institución de la quiebra en un contexto en donde el comercio mejoraba exponencialmente. El desarrollo de la tecnología e industrialización, y la aparición de la empresa en el ámbito social y económico, tornaba como necesario que se promulgara un cuerpo normativo que fuera realmente capaz de

²⁴⁹ SOZA RIED, M. (1998). El Procedimiento Concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (20), pp. 13-34.

²⁵⁰ SOMARRIVA, M; ALESSANDRI, A; VODANOVIC, A. (1961), cit. (n. 234), p. 78.

²⁵¹ Número II del Capítulo XVII Ordenanzas de Bilbao.

²⁵² ZALAUQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 114.

hacerse cargo de esto. De esta manera, en 1867 se promulgó el Código de Comercio, el cual tuvo como fin ayudar a los empresarios, comerciantes y propietarios para que puedan gozar de un sistema que les asegure el poder dedicarse a sus negocios. Así lo establece el Mensaje al 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”*. Además, se aseguraba que: *“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”*²⁵³.

Este Código en su Libro IV reguló el proceso de quiebra y se inspiró fuertemente en la legislación francesa concursal, cambiando el sistema de quiebra exclusivamente a los deudores comerciantes. Mientras que los deudores civiles se regían por el Decreto ley de 1837 y el Código Civil.

En cuanto al presupuesto objetivo, el artículo 1325, definía a la quiebra como el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles, estableciendo la cesación de pagos como presupuesto objetivo. Se entendía como la causal única y genérica, aunque se precisaba que no era necesario que fuera generalizada, ya que puede ser parcial de una o más obligaciones²⁵⁴. El artículo 1326, por su parte, establecía que la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuanto todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común.

4.4.3 Ley N° 4.558

Este Código fue derogado por la Ley N° 4558 promulgada a inicios de 1929, luego de la Gran Depresión, donde Chile fue uno de los países más devastados a nivel global. Según el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la caída del PIB per cápita de la

²⁵³ PRADO PUGA, A. (2007). Síntesis de la legislación de quiebras en Chile. Presentación ante el *Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. (Recuperado de: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/Sintesis_Legislacion_Quiebras_Chile.pdf), p. 12.

²⁵⁴ ROMAN RODRIGUEZ, J. (Coordinador). (2001) *Salvamento de las empresas en crisis*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, pp. 28 y siguientes.

economía chilena entre 1929 y 1933 fue de un 46%²⁵⁵. Lo respalda así también el Mensaje de esta ley al establecer que se hacía imperioso “...*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.*”²⁵⁶. Además, el procedimiento de quiebra duraba en promedio ocho años y resultaba enormemente costoso para los fallidos²⁵⁷.

La idea de esta ley, entonces, era suplir una legislación que era sumamente insuficiente y confusa. Haciendo extensiva la quiebra a toda clase de deudores, suprimiendo a los síndicos privados y creando la Sindicatura Nacional de Quiebras, entre otras modificaciones.

En cuanto a la cesación de pagos, la Ley N° 4.558, según Zalaquett, estableció un complejo sistema acerca de la declaratoria de quiebra. Básicamente se trataba del modelo anglosajón, porque no se hace mención a una fórmula general significativa de insolvencia como causa única de quiebra, sino que se enumeran distintos hechos; unos habilitan al sujeto activo para solicitar la declaratoria de falencia; otros tienen el efecto de provocar la declaratoria de quiebra de oficio por el tribunal²⁵⁸, etc. Este sistema se alejó, como se puede ver, de la antigua normativa, puesto que ya no hablaba del estado de cesación de pagos, sino que en su lugar se estableció una lista taxativa de las causales que habilitan la quiebra. En su artículo 37 establecía:

“Art. 37. Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

- 1. Cuando el deudor comerciante cese en el pago de una obligación mercantil;*
- 2. Cuando el deudor, contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas a lo menos dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y a las costas;*
- 3. Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes y dé cumplimiento a sus obligaciones; y*

²⁵⁵ARELLANO, P; CARRASCO, C. (2015). Insolvencia y quiebra en Chile. Santiago, Chile: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. (Disponible [en línea]: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>), p. 6.

²⁵⁶ PRADO PUGA, A. (2007), cit. (n. 270), p. 16.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ ZALAQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 123.

4. Cuando el deudor haya celebrado un convenio extrajudicial con sus acreedores y éste sea declarado nulo o resuelto, sin perjuicio del derecho de los acreedores por obligaciones no comprendidas en el convenio.”

Como se puede ver, este presenta varias discordancias: Al interpretarse el N° 1, se puede entender que se exige el simple incumplimiento de una obligación mercantil, acercándose a una interpretación materialista. En el N°2 se alude más bien a una situación indiciaria de impotencia patrimonial, o en un estado de imposibilidad para pagar. El N°3 habla de la fuga u ocultamiento, es decir, hechos reveladores de un estado de imposibilidad de pagar sin requerir al incumplimiento efectivo ni la existencia de obligaciones exigibles²⁵⁹. Esta es una confesión implícita de un estado de insolvencia, como ya lo hemos dicho en este trabajo. Y por último, el N°4 no establece un hecho revelador o una interpretación de la cesación de pagos, sino que hace referencia a la situación en que celebrado un convenio extrajudicial este sea declarado nulo.

Tal como sostiene Puga, el legislador al explicar los diversos mecanismos de la quiebra da un concepto equívoco de cesación de pagos, unas veces la confunde con incumplimiento otras con un estado económico²⁶⁰.

En definitiva, en esta época la cesación de pagos se entendió como el estado del deudor, sea o no comerciante, cuyo patrimonio hace muestra de un evidente desequilibrio entre su activo y su pasivo. Por consiguiente, en primer lugar, la entiende como sinónimo de insolvencia, y en segundo lugar, a su vez entendía a la insolvencia, en su definición ya desechada, como un desequilibrio de activo y pasivo.

4.4.4 Ley N° 18.175

En 1982 se dictó la Ley N° 18.175 debido al aumento exponencial de número de quiebras en el Chile y debido a que la Ley N° 4.558 fue incapaz de responder a esta situación al ser una ley antigua, estricta y rígida que ya llevaba medio siglo de vigencia. Además, a partir del orden público económico consagrado en nuestra Constitución, el

²⁵⁹ ZALAQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 130.

²⁶⁰ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 98.

sistema económico en nuestro país pasó a enfocarse en estimular el desarrollo de la riqueza, de la actividad empresarial y el progreso de los negocios²⁶¹.

De esta manera, para agilizar los tiempos del proceso y acelerar las ventas de activos, se volvió a entregar la administración de las quiebras a síndicos privados y se creó la Fiscalía Nacional de Quiebras. En cuanto al deudor, se consagró la figura del deudor calificado que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola. Además se estableció un sistema más expedito para la venta de los bienes y se incorporaron una regulación de la enajenación del activo como unidad económica.

Esta ley replicó lo establecido en la normativa anterior, la cesación de pagos siguió siendo el presupuesto objetivo. Sin embargo, se puede ver una diferencia importante ante el establecimiento de una numeración taxativa de hechos reveladores para probar la cesación de pagos, configurándose como presunciones simplemente legales, pues se le daba la oportunidad al deudor de defenderse a través del recurso especial de reposición. Estas se encontraban en los artículos 41, 42, 43, 209, 214, 251, 51, 177 bis de esta ley.

Según Puga, la teoría que se siguió en esta época fue la noción amplia, esto es, un estado de descalabro económico, de desequilibrio entre activo y pasivo, etc. Así se la expresó legislativamente en las normas relativas a la fijación de la fecha de la cesación de pagos²⁶², lo cual se puede ver en el artículo 61 de esta ley cuando se refiere a la determinación de la fecha de cesación de pagos del deudor calificado al establecerse un procedimiento para que el juez fije la fecha de cesación de pagos a proposición del síndico. Por otro lado, también se puede ver en el artículo 43 N°3, dado que establece la causal de fuga, la cual no considera el requisito de incumplimiento. Sin embargo, la mayoría de la doctrina ha entendido que estas causales seguían la teoría materialista debido a que bastaba con que existiera un solo incumplimiento para declarar la apertura de la quiebra. Esto se puede ver claramente en el art. 43 N°1 cuando el legislador establece: *“cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo”*. Por lo que finalmente, al igual que en nuestra actual legislación concursal, el legislador concursal de esa época eligió seguir varias teorías de la cesación de pagos.

²⁶¹ FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2001). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.

²⁶² PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 101.

Por otro lado, existían quiebras de oficio donde el tribunal debía declararlas sin más trámite si se constataban los presupuestos establecidos. Por ejemplo, el artículo 209 (*“cuando el convenio judicial preventivo haya sido rechazado o desechado en cualquiera de los casos contemplados en el inciso anterior, el tribunal declarará necesariamente la quiebra del deudor, de oficio y sin más trámite”*), el artículo 172 (*“la no presentación de convenio preventivo provocado”*), el artículo 177 (*“por la petición del experto facilitador”*), el artículo 177 bis (*“por no acordarse convenio judicial preventivo dentro del plazo establecido en la ley”*), entre otros.

En síntesis, hasta aquí la cesación de pagos fue siempre considerada como el presupuesto concursal de apertura del procedimiento, sin embargo, fue muchas veces entendida y confundida como incumplimiento, insolvencia e incluso con iliquidez. También, se siguió en general la teoría materialista y amplia de la cesación de pagos en sus causales para abrir los distintos procedimientos, y por último, en muchas de las regulaciones pasadas, el legislador concursal optó por establecer los hechos reveladores de forma taxativa.

4.4.5 Leyes especiales

Debido a la promulgación de la Ley N° 20.720 se modificaron distintos cuerpos normativos vinculados al Derecho Concursal. Consideramos necesario analizarlos detenidamente, puesto que muchos de ellos regularon sus propios procedimientos de índole concursal y por ende, sus presupuestos de apertura.

4.4.5.1 Ley N° 20.345: Sobre Sistemas de Compensación y Liquidación de Instrumentos Financieros

La Ley N° 20.345 fue publicada en junio de 2009 a raíz de que nuestro país no contaba con una efectiva infraestructura financiera, lo cual golpeó especialmente nuestro sistema económico debido a la crisis económica de ese año. Esta situación devino en un espiral de quiebras de empresas, muchas de estas vitales para el mercado chileno.

Según esta ley, por “sistema de compensación y liquidación de instrumentos financieros” se hace referencia al conjunto de actividades, acuerdos, participantes, normas, procedimientos y mecanismos que tengan por objeto compensar y liquidar órdenes de compensación. Estos sistemas tienen por objetivo gestionar las transferencias de valores y los pagos correspondientes a las transacciones que se efectúan en dichos mercados²⁶³. Por otro lado, por instrumentos financieros se refiere a los valores de conformidad a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores y, en general, cualquier título, derecho, acto, contrato, factura, producto o moneda extranjera, negociables en mercados nacionales o extranjeros.

Ahora, esta ley reguló un procedimiento de liquidación específicamente establecido para los instrumentos financieros. De esta forma, según el artículo 1 N° 10 de este cuerpo normativo, la liquidación es “*el procedimiento por el cual se extinguen los saldos de acreedores netos resultantes de la compensación*”. Según esta, los acreedores y deudores podrán extinguir sus saldos a través de dos métodos: el pago en dinero efectuado mediante transferencias de fondos depositados en cuentas abiertas en el Banco Central de Chile o en empresas bancarias y transferencias de instrumentos financieros, cuando así lo requieran las transacciones que hubieren dado origen a las órdenes de compensación compensadas.

Por otro lado, ocurre algo muy interesante en esta ley: el N° 11, establece que “*el procedimiento concursal es el procedimiento judicial o administrativo incoado en virtud de una declaración de quiebra, liquidación forzosa o presentación de proposiciones de convenio judicial preventivo y, en general, cualquier procedimiento ejecutivo patrimonial de carácter universal y colectivo que regule la administración y, o liquidación de los bienes de un deudor insolvente, así como el pago a los acreedores, conforme a la prelación legal*”.

Ahora, ¿Por qué ocurrió esto? En su Mensaje, podemos encontrar una respuesta, pues nos da una noción el pensamiento de la época. El señor Alejandro Micco explicó que el proyecto busca mejorar la gestión del riesgo del sistema, de manera que éste sea más solvente, evitando futuros problemas. El sistema, añadió, se basa en que a todos los participantes que deseen intervenir en la Cámara de Compensación y Liquidación se les exigirá determinados requerimientos de capital y solvencia a fin de cubrir el riesgo en la compensación y liquidación. Además, se exigirán garantías en base al nivel de actividad

²⁶³BUSTOS, S.; CELADOR, L. (2010). El nuevo sistema de compensación y liquidación de instrumentos financieros: completando la infraestructura financiera chilena. *Derecho y Humanidades*, 16 (2), p. 186.

que tenga cada uno de los participantes de la cámara. Estas garantías se caracterizan porque algunas son individuales y otras colectivas, es decir, caucionan, además de las obligaciones personales, las de los demás participantes del sistema cuando las garantías otorgadas en forma individual no resultan ser suficientes. Finalmente, las utilidades retenidas del administrador de la Cámara y el financiamiento externo, como seguros comprometidos constituyen las salvaguardas necesarias para proteger al sistema de su propio “*default*” en caso de una crisis sistémica por insolvencia²⁶⁴.

Tal como se puede observar de esto, el legislador estableció explícitamente que es necesario la condición de insolvencia del deudor para utilizar el procedimiento concursal. Totalmente diferente al legislador de la Ley N° 20.720. Como se puede deducir, esta diferencia legislativa ha contribuido a la confusión conceptual entre cuál es el presupuesto objetivo (insolvencia o cesación de pagos) capaz de abrir el procedimiento concursal. Esto trae consecuencias graves especialmente si consideramos las críticas que se le han realizado a los que consideran que el deudor insolvente (entendido como la diferencia entre el activo y pasivo) es el único capaz de utilizar el mecanismo concursal.

4.4.5.2 DFL N° 3: Ley General de Bancos

El DFL N° 3 es el cuerpo normativo encargado de regular las distintas normas relacionadas a los Bancos. Este fue modificado el 12 de enero de 2019 y significó grandes cambios para nuestro sistema: en primer lugar, se eliminó la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) la cual estaba encargada de regular y supervisar el mundo bancario y se reemplazó por la Comisión del Mercado Financiero (CMF). En segundo lugar, se adaptaron los requerimientos de capital de los bancos a los estándares internacionales de Basilea III (estándares promovidos por el Foro de Estabilidad Financiera) y, por último, se aumentaron las herramientas del regulador para hacer frente a los problemas financieros incipientes de los bancos con el fin de evitar la insolvencia bancaria.

Esta reforma significó un gran avance al sistema financiero chileno al introducir varios criterios internacionales al sistema financiero y bancario de Chile, adecuándolo a la

²⁶⁴ Historia de la ley N° 20.345. Disponible [en línea]: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2456/1/HL20345.pdf>

realidad social del país, y por otro lado, buscó evitar a toda costa la insolvencia bancaria. Es por esto, que el DFL N° 3 contiene un procedimiento de liquidación (en su Título XV) solamente aplicable a bancos cuando estén en situaciones de liquidación forzosa. Por otro lado, los bancos utilizarán la legislación concursal contenida en la Ley N° 20.720 cuando se encuentren en liquidación voluntaria.

Ahora, nuevamente podemos ver una confusión entre los conceptos de cesación de pagos e insolvencia. Dado que el artículo 121 establece que:

“Artículo 121.- Si un banco cesa en el pago de una obligación, el gerente dará aviso inmediato a la Comisión, la que deberá determinar si la solvencia de la institución subsiste y, en caso contrario, adoptará las medidas que corresponda aplicar de acuerdo con la ley. Lo anterior es sin perjuicio del derecho del acreedor afectado para recurrir a la Comisión con este objeto”.

En principio parece utilizar la cesación de pagos como presupuesto para la apertura de este procedimiento, sin embargo, rápidamente podemos ver que la equipará a la insolvencia cuando establece que la Comisión deberá determinar si la solvencia del banco subsiste. Esto se ve más patente aún al ver el artículo 130 del mismo cuerpo normativo:

“Artículo 130.- Si la Comisión estableciere que un banco no tiene la solvencia necesaria para continuar operando, o que la seguridad de sus depositantes u otros acreedores exige su liquidación, procederá a revocar la autorización de existencia de la empresa bancaria afectada y la declarará en liquidación forzosa. La decisión de la Comisión deberá contar con el acuerdo previo favorable del Banco Central de Chile, el que deberá pronunciarse en un plazo máximo de cinco días hábiles bancarios contado desde que la Comisión le proporcione los antecedentes que ha considerado para su adopción (...)”.

En definitiva, para este procedimiento de liquidación la insolvencia es el presupuesto de apertura. De igual manera, podemos ver que el legislador estableció presunciones explícitas para saber cuándo un banco se encontrará en este estado:

“(...) a) El capital básico, deducidas las pérdidas acumuladas durante el ejercicio que aparezcan en un estado financiero, sea inferior al 3% de los activos ponderados por riesgo o al 2% de los activos totales, ambos netos de provisiones exigidas. La determinación de los activos que deberán considerarse para estos efectos se hará conforme a lo señalado en el artículo 67.

b) El patrimonio efectivo, después de deducidas las pérdidas acumuladas durante el ejercicio que aparezcan en un estado financiero, sea inferior al 5% de los activos netos de

provisiones exigidas y ponderados por riesgo. La determinación de los activos que deberán considerarse para estos efectos se hará conforme a lo señalado en el artículo 67.

c) Por efecto de pérdidas acumuladas durante el ejercicio, que aparezcan en dos estados financieros consecutivos, se desprenda que, de mantenerse el aumento proporcional de ellas en los siguientes seis meses, el banco quedará en alguna de las situaciones previstas en las letras a) o b) precedentes.

d) La empresa bancaria mantenga con el Banco Central de Chile créditos de urgencia vencidos y, al solicitar su renovación, éste la deniegue, siempre que el informe de la Comisión haya sido también negativo, por razones fundadas.

e) La empresa bancaria haya suspendido el pago de sus obligaciones, incluyendo las correspondientes a cualquier cámara de compensación. (...).”

Como podemos ver, el legislador se apartó del concepto de cesación de pagos para establecer la insolvencia como presupuesto objetivo para el proceso de liquidación de este tipo de instituciones. Podríamos argumentar que esto es un avance, puesto que no deja dudas en cuanto a su presupuesto y establece las condiciones o situaciones de manera explícita para saber cuándo una institución bancaria se entenderá insolvente. Se deja de lado, de esta forma, la confusión producida en la legislación concursal. Además, se aleja de las críticas que se le han hecho a esta última por seguir utilizando la cesación de pagos como presupuesto objetivo (lo cual es bastante interesante considerando que esta regulación se publicó muchos años antes que la legislación concursal). De esta manera, las causales de insolvencia que contempla esta ley se entenderán como situaciones de hechos que se asemejan a la definición dada por la doctrina. Esto es, como la imposibilidad real y absoluta de atender los pagos exigibles con los medios disponibles y teniendo que ser dictada por la Comisión del Mercado Financiero. Igualmente, creemos que esta regulación, en cuanto al presupuesto objetivo, es un claro avance en la discusión.

4.4.5.3 Ley N° 20.416: Fija normas especiales para las empresas de menor tamaño.

Esta ley fue promulgada el 13 de enero de 2010 y tuvo por objetivo la facilitación del desenvolvimiento de las empresas de menor tamaño, mediante la adecuación y creación de normas regulatorias que rijan su iniciación, funcionamiento y término, en atención a su

tamaño y grado de desarrollo. Esta ley se caracterizó por fijar normas de institucionalidad (las cuales explicitan el rol del ministerio de Economía y la Subsecretaría de Economía en cuanto a promover el desarrollo de estas empresas), normas generales (que establecen una definición de las empresas de menor tamaño, entre otros), modificar leyes existentes de la época (entre estos, el Libro IV del Código de Comercio, el cual regulaba el procedimiento de Quiebra) e introdujo nuevas normas (en el ámbito sanitario, en la protección y derechos de estas empresas cuando son consumidoras, un sistema de reorganización en situaciones de insolvencia, entre otras).

Así, esta ley introdujo un sistema alternativo al procedimiento de Quiebra de esa época, para estas empresas de menor tamaño. Según la historia de esta, aquello se debió a que parte de la regulación que se aplica hoy en día a las Empresas de Menor Tamaño ha sido fundamentalmente diseñada para empresas más bien grandes, lo cual se traduce en una pesada carga regulatoria para las primeras, que las induce muchas veces a adoptar diferentes grados de informalidad²⁶⁵. De tal modo, en cuanto al procedimiento de insolvencia, las empresas de menor tamaño eran sometidas a procedimientos complejos y caros que más bien les dificultaban en formalizar su cierre.

Así lo evidencia el Mensaje del 4 de enero de 2008, en el Primer Trámite Constitucional: *“Considerando que el procedimiento de quiebra no alcanza a cobijar a las empresas pequeñas, los acreedores de ellas reaccionan competitivamente entre sí, incoando todo tipo de acciones para obtener algo del remate de los bienes, desmembrando totalmente la unidad económica. El empresario, por su parte, luego de intentar defensas individuales a cada acción, desatendiendo además su actividad principal, termina, si es el caso, por cerrar inconsultamente la empresa y queda, por mucho tiempo, en la imposibilidad de reemprender personalmente otros negocios, debido a la necesaria existencia de bases de datos que guardan la información de los deudores morosos. Resulta necesario, en consecuencia, innovar sobre la materia, de manera de intentar darles una salida adecuada al menos a parte de las pequeñas empresas que enfrentan situaciones de crisis. El Estado no debería quedar al margen de este esfuerzo”*²⁶⁶.

Esta ley establece, entonces, un sistema de asesores económicos de insolvencias los que tendrán como objetivo llevar a cabo un estudio sobre la situación económica,

²⁶⁵ Historia del art. 2° contenido en el artículo décimo de la ley N° 20.416. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5021/>

²⁶⁶ Historia de la ley N°20.416. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4775/>

financiera y contable del deudor. Se encargarán de analizar si estas empresas se encuentran o no en situación de insolvencia y de apoyarlas si es que se encuentran en ella, para derivarlas a la reorganización de la empresa. Lo que resulta curioso, es que para utilizar a estos asesores es necesario configurarse la situación de insolvencia, por lo que el legislador eligió definir explícitamente qué se debe entender por insolvencia de manera parecida a las demás legislaciones especiales que hemos revisado:

“Artículo 2°.- Estado de insolvencia. Para los efectos de esta ley, se entiende que las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 1° se encuentran en estado de insolvencia si están en imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones.

Si la persona a la cual se le aplica esta ley estimare fundadamente que dentro de los tres meses siguientes pudiese encontrarse en estado de insolvencia, podrá someterse voluntariamente a los procedimientos que se establecen en los artículos siguientes, opción que se considerará irrevocable para todos los efectos legales.”

“Artículo 16.- Presentación del Requerimiento al Asesor. La persona que se encuentre en cualquiera de los casos descritos en el artículo 2°, deberá presentar al asesor que elija un requerimiento acompañado de uno o más antecedentes que acrediten que se encuentra en insolvencia o de la declaración fundada de que estima encontrarse en la situación del segundo inciso del mismo artículo. Si se tratare de una persona jurídica acompañará los antecedentes legales de su constitución, de las modificaciones que se hubieren efectuado a sus estatutos y de los poderes o mandatos vigentes. También deberá señalarse el número de trabajadores que laboran para el deudor.

El monto de las ventas, se podrá acreditar con cualesquiera de los siguientes antecedentes: libros de compras y ventas, facturas y boletas emitidas, sea que se encuentren pagadas o pendientes de pago, declaraciones del impuesto al valor agregado, declaraciones de rentas u otros documentos probatorios que consten por escrito o en forma electrónica.”

Como podemos ver, el legislador optó por un lado, utilizar la insolvencia como presupuesto objetivo de este procedimiento alejándose de la cesación de pagos y acogiendo la teoría amplia, entendiendo por estado de insolvencia, la imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones. No debe acreditarse, en consecuencia, la existencia de incumplimientos, sino únicamente la imposibilidad de pago, cualquiera sea su causa²⁶⁷.

Podemos concluir que el legislador prefirió la insolvencia por sobre la cesación de pagos, tal vez en consideración a que de esta manera no sería necesario esperar al incumplimiento

²⁶⁷ GOLDENBERG, J. (2012), cit. (n. 185), p .335.

o vencimiento concreto de alguna obligación por parte de la pequeña empresa. Por otro lado, y lo más importante de esta regulación, es que el legislador abrió la posibilidad a la insolvencia inminente o potencial en el inciso 2 del artículo 2 al establecer la posibilidad de utilizar este procedimiento, por parte del deudor cuando éste *“estime encontrarse en la situación del segundo inciso del mismo artículo”*, siendo el único reconocimiento de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico²⁶⁸. El Mensaje de esta ley, también lo establece expresamente: *“Al efecto, se establece la posibilidad para los micro y pequeños empresarios que se encuentren en situación de insolvencia o en un estado próximo a entrar en ella, pueda recurrir, extrajudicialmente, a un colaborador calificado, que el proyecto denomina asesor económico de insolvencias, a fin de obtener de éste la asesoría necesaria con el objetivo de lograr una reestructuración exitosa de su empresa y entendimiento entre ésta y sus acreedores para acordar uno o más convenios de pagos entre las partes”*²⁶⁹.

Como ya lo hemos sostenido al momento de analizar la insolvencia inminente, este reconocimiento es muy importante para el avance y modernización de nuestro sistema concursal. Se le otorga la opción al deudor (quién en nuestra opinión es la persona que mejor sabe sobre su situación económica) de adelantarse a que se configure un incumplimiento, o vencimiento, de alguna obligación para poder utilizar las herramientas concursales de nuestra legislación.

Lo más probable es que el legislador estableció esto debido a que las PYMES han jugado un papel central en nuestro país en estos últimos años, contribuyendo positivamente al PIB, al empleo, en las distintas industrias de nuestro país, etc. Así lo estableció su Mensaje: *“Todo esto se ha traducido en importantes avances, tanto a nivel de desarrollo de mercados, transformándolos en el motor de crecimiento de la economía chilena, como de reducción de la pobreza. Con ello, el ingreso per cápita se ha duplicado entre los años 1988 y 2004, alcanzando un nivel de poco más de US\$ 12.700 en el año 2006, medido en paridad de poder de compra, y la pobreza se ha reducido desde un 38,6% en 1990 a un 13,7% en el 2006. Dentro de este proceso integral de desarrollo, la actividad emprendedora ha tenido especial participación, consolidándose en sectores tales como el forestal, vitivinícola, frutícola y acuícola, a través de la generación y exportación de productos de mayor valor agregado, y ampliándose a nuevos sectores tales como las manufacturas, tecnologías de información y comunicación y turismo de intereses especiales”*²⁷⁰. Por lo tanto, se ha

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 337.

²⁶⁹ Historia de la ley N°20.416 Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4775/>

²⁷⁰ Historia de la ley N°20.416 Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4775/>

privilegiado evitar que estas empresas entren en procedimientos de liquidación, pudiendo los deudores adelantarse a esta situación y utilizar este procedimiento para reorganizar sus deudas.

Podemos concluir que estas legislaciones especiales han tendido a preferir la insolvencia como presupuesto necesario para poder utilizar los procedimientos de estas leyes. Que estas han tendido a definirla concretamente (tanto en su definición como sus características o requisitos). Y, en definitiva, que han innovado utilizando conceptos modernos como la insolvencia inminente a diferencia de nuestra legislación concursal. Si bien esto claramente es un avance en nuestro entendimiento por el presupuesto objetivo utilizado por nuestro país, de igual manera es incompatible a lo que se ha entendido en las diversas legislaciones concursales que hemos tenido, lo cual abre la pregunta de por qué se ha establecido así en estas leyes especiales y no en nuestra ley concursal general.

4.4.6 Ley N° 20.720: Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas

El 30 de diciembre de 2013 fue promulgada la Ley N° 20.720, la cual cambió totalmente el sistema concursal chileno de nuestra época. Esta Ley sustituyó el régimen concursal anterior por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfeccionó el rol de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, debido a las múltiples falencias que presentaba (procedimientos lentos, la determinación del pasivo era un proceso engorroso, la inexistencia de una normativa especial para la persona natural, etc.), las cuales llegaron a un nivel en que resultaba preferible cerrar la empresa de manera informal a utilizar el procedimiento legal.

Esta nueva ley se centró en el principio de preservación de la empresa, entendiéndose el concurso como una figura que no era exclusivamente privada. En otros términos, estos procedimientos traen una serie de consecuencias a la sociedad y no solo a los empresarios. Reforzando esta idea, en su Mensaje, el Presidente de la República estableció que esta ley quiere fomentar el emprendimiento como motor de la economía nacional, y como un aporte a la mayor realización de las personas, para lo cual también debe hacerse cargo de las empresas que en algún momento dejan de ser viables, permitiendo que el emprendedor pueda rápidamente iniciar nuevos negocios, sin que el proyecto fallido signifique un lastre

que le impida volver a ponerse de pie. Además, un procedimiento concursal más ágil y eficiente permite utilizar los recursos que quedan desaprovechados en esa empresa fallida en otras actividades, mejorando así la productividad, permitiendo generar nuevos puestos de trabajo y aportando al crecimiento económico del país²⁷¹.

El objetivo de esta nueva ley, entonces, fue reorganizar de forma efectiva las empresas viables, liquidar rápidamente las que no lo son y renegociar las obligaciones de las personas naturales o bien liquidando sus bienes, al atacar las principales falencias del sistema concursal nombradas. La actual ley aplica los procedimientos adecuados para cada tipo de deudor (empresas y personas), promueve una justicia previamente capacitada, permite que la liquidación declarada judicialmente sea causal del término del contrato de trabajo y elimina presunciones de quiebra fraudulenta²⁷².

4.4.6.1 Concepto jurídico de la cesación de pagos en esta ley

Como ya lo hemos establecido, el artículo 117 de la Ley N° 20.720 establece las causales por las cuales el acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora:

“(…)1) Si cesa en el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedor solicitante. Esta causal no podrá invocarse para solicitar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación respecto de los fiadores, codeudores solidarios o subsidiarios, o avalistas de la Empresa Deudora que ha cesado en el pago de las obligaciones garantizadas por éstos.

2) Si existieren en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no hubiere presentado bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos.

3) Cuando la Empresa Deudora o sus administradores no sean habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas. En este caso, el demandante podrá invocar como crédito incluso aquel que se encuentre sujeto a un plazo o a una condición suspensiva”.

²⁷¹ Historia de la ley N°20.720. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4343/>

²⁷² ARELLANO, P; CARRASCO, C. (2015), cit. (n. 272), p. 7.

La cesación de pago aquí juega un papel fundamental puesto que es entendida como el presupuesto objetivo de la ley concursal. Así lo podemos ver en repetidas disposiciones al revisar la Historia de esta Ley: *“Ese es el primer objetivo de esta nueva ley en proyecto: lograr la reorganización de los pasivos de manera armónica con los acreedores y evitar la quiebra de las empresas. Si ello no es posible, también permite, en segundo lugar, una pronta liquidación de la compañía que entra, finalmente, en cesación de pagos y en situación de quiebra”*; *“Don Francisco Rojas Cornejo, Presidente de la Asociación de Funcionarios de la Superintendencia de Quiebras señaló que esta iniciativa cambia el paradigma de la quiebra en el país: (...) Sostuvo que la persona que ha caído en cesación de pagos debe tener la oportunidad de reemprender sobre la base del pago ordenado de las deudas que lo llevaron a dicha cesación. De esta forma, se evita que la persona se vea expuesta al escarnio público de la quiebra.(...)”*; (...) *“La ley vigente somete a un trato más estricto al sujeto que falta al cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito de una actividad considerada de importancia económica, como lo es la consagrada al ejercicio del comercio, la industria, la minería y la agricultura, respecto de aquel que no la ejerce, por la repercusión que tiene en la circulación de la riqueza y en el crédito público la cesación de pagos que se incurra en esta clase de actividades”*; *“Por otra parte, hizo notar que el proyecto propone un régimen presuntivo de insolvencia basado en causales objetivas de cesación de pagos, las cuales razonablemente reflejan al menos uno o más incumplimientos monetarios concretos, los que pueden servir de base, en caso de no ser desvirtuados, para una conclusión de cesación general o global de pagos”*²⁷³; entre otros.

Sin embargo, desde aquí podemos ver el error en no precisar exactamente la definición de cesación de pagos, pues en repetidas veces a lo largo de la Historia de esta Ley, se equipararon los conceptos de insolvencia, cesación de pagos e incluso de iliquidez, entendiéndolos como sinónimos. Lo cual, como venimos sosteniendo, es un error: estos conceptos implican cosas totalmente diferentes. Así, por ejemplo, en el Informe de Comisión de Constitución en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados se sostuvo explícitamente: *“que la insolvencia, que es sinónimo de mal estado de los negocios, quiebra, cesación de pagos- no es otra cosa que una iliquidez crónica. El efecto de la iliquidez sobre el activo es que este se deprecia rápidamente merced de que su valoración deja ser se comercial, sino que de liquidación. Esta iliquidez genera además múltiples incumplimientos, retrasos y defectos que no sólo alejan a los clientes del deudor,*

²⁷³ Historia de la ley N° 20.720. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4343/>

sino que también a sus proveedores, lo que encarece su crédito, incrementa sus multas, encarece sus proyectos, etc. A esta situación la denomina el efecto acelerador de la pobreza inherente a la insolvencia”²⁷⁴.

Volviendo al artículo 117 de esta Ley, el N°1 establece claramente la teoría materialista de la cesación de pago. Al acreedor le basta con que ese deudor se encuentre dentro de la definición de Empresa Deudora y que la obligación que sustenta la acción conste en título ejecutivo²⁷⁵. En consecuencia, es necesario el mero incumplimiento. Lo cual trae críticas (que ya hemos analizado), porque desecha totalmente el análisis del estado patrimonial del deudor y es posible iniciar un procedimiento de liquidación solo por el incumplimiento de una obligación sin importar el monto, la razón del incumplimiento, la cantidad de incumplimientos, etc.

Por otro lado, el N°2 sigue la teoría intermedia, toda vez que entiende a la cesación de pagos como el estado patrimonial deficitario pero que dicho estado puede ser revelado mediante efectivos incumplimientos. Esto podría traer consecuencias claras, pues la sola circunstancia de que se hayan dado incumplimientos (sin importar si las razones son válidas) sobre cualquier monto (sin importar si la suma es importante, que se adeude en efecto o que sea actualmente exigible) y que el deudor sea notificado, permitirá entender que se encuentra en cesación de pagos.

Y por último, el N°3 establece la fuga del deudor. A diferencia de los numerales anteriores, esta causal no hace referencia a la cesación de pagos entendida ni como incumplimiento ni como insolvencia, acercándose a la tesis amplia. Según ésta se hace referencia al estado patrimonial deficitario sin importar cómo se revele o manifieste, o sea, se podrían dar casos extremos que en consideración a la ausencia transitoria del deudor es posible que los acreedores le soliciten la liquidación de su empresa, lo cual puede llevar claramente a la arbitrariedad.

De este análisis, podemos concluir, en primer lugar, que el legislador no quiso utilizar solo una teoría de la cesación de pagos, en segundo lugar, que no es posible establecer si estas tres causales son manifestaciones de un estado patrimonial crítico y, en último lugar, no define la cesación de pagos.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ CONTADOR, N; PALACIOS, C. (2015). *Procedimientos Concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley N° 20.720*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, p. 155.

Por otro lado, en cuanto a la liquidación voluntaria de la Empresa Deudora el art. 115 establece:

“Artículo 115.- Ámbito de aplicación y requisitos. La Empresa Deudora podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su Liquidación Voluntaria, acompañando los siguientes antecedentes, con copia:

1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan.

2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación.

3) Relación de sus juicios pendientes.

4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos.

5) Nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso.

6) Si el Deudor llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance.

Si se tratare de una persona jurídica, los documentos antes referidos serán firmados por sus representantes legales.

Para los efectos de este Capítulo se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor”.

Como podemos ver, este artículo no exige que el deudor acredite su estado de cesación de pagos para solicitar este procedimiento. De igual manera, hay doctrina que ha entendido que la aplicación de esta descripción legal depende exclusivamente de la voluntad de la Empresa Deudora y, por ende, pareciera que la única causal aplicable en la especie sería meramente referencial o genérica y consistiría en la íntima convicción del deudor en orden a encontrarse en un estado de cesación de pagos que, además, considera en principio insalvable y, por tanto, estima conducente someterse a un régimen universal de liquidación de sus bienes para el pago ordenado de tales deudas²⁷⁶. De alguna manera u otra el deudor debe verificar su estado de cesación de pagos.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento de Reorganización, la legislación concursal no estableció requisitos de admisión:

“Artículo 54.- Ámbito de aplicación e inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial. El Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial será aplicable sólo a la Empresa Deudora, que para efectos de este Capítulo se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 141.

El Procedimiento Concursal de Reorganización se iniciará mediante la presentación de una solicitud por la Empresa Deudora ante el tribunal correspondiente a su domicilio. (...)”.

Podemos ver que nuevamente no se exige el estado de cesación de pagos por parte de la Empresa Deudora, siendo solamente necesario acompañar una serie de antecedentes indicados en el artículo 56 del mismo cuerpo normativo.

Ahora, ¿Qué pasa con los procedimientos concursales de la persona deudora? El procedimiento de liquidación voluntaria de los bienes de la persona deudora puede ser iniciado por la sola solicitud del deudor al presentar una serie de antecedentes según lo establece el artículo 273:

“Artículo 273.- Ámbito de aplicación y requisitos. Toda Persona Deudora podrá solicitar ante el tribunal competente la liquidación voluntaria de sus bienes, acompañando los siguientes antecedentes:

- 1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentren y los gravámenes que les afecten;*
- 2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación de los Bienes de la Persona Deudora;*
- 3) Relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales, y*
- 4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos”.*

De la lectura de este artículo, podemos ver que este procedimiento es similar a la liquidación voluntaria de la empresa deudora. Si bien no establece expresamente el requisito de la cesación de pagos, deja al arbitrio del deudor para solicitar este procedimiento cuando entiende que está en una situación de cesación de pagos, siendo necesario para ello que presente una serie de documentos. En este sentido, en los procedimientos voluntarios la ley en ningún caso exige que el deudor consumidor se encuentre en estado de insolvencia. Lo cual aleja a nuestra actual legislación concursal de nuestra antigua Ley de Quiebras y de la práctica constante de nuestros tribunales de justicia²⁷⁷.

En cuanto a la Liquidación Forzosa de la Persona Deudora el artículo 282 establece:

“Artículo 282.- Causal para solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación de los bienes de una Persona Deudora. Mientras no se declare la admisibilidad de un

²⁷⁷ DÍAZ CAMPOS, K. (2018), cit. (n. 235), p. 54.

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

Por tanto, en este procedimiento se mantiene lo estipulado en cuanto a la liquidación forzosa, siendo el presupuesto de apertura la cesación de pagos pero se elimina el N°1 y N°3 del artículo 117. Esto se dio así ya que el legislador concursal prefirió que la persona deudora utilizase los procedimientos voluntarios.

En cuanto al procedimiento de renegociación de la Persona Deudora, el artículo 260 establece:

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

La Persona Deudora podrá someterse a un Procedimiento Concursal de Renegociación si tuviere dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento, siempre y cuando no haya sido notificada de una demanda que solicite el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral (...).”

Viendo la norma, a diferencia del procedimiento de reorganización, en este además de la voluntariedad del deudor será necesario *“tener dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones inversas, cuyo monto sea superior a 80 unidades de fomento”*. Vemos que será necesario, por parte del deudor, verificar en qué incurrió en incumplimiento, alejándose definitivamente de la insolvencia y acercándola al concepto material de la cesación de pagos debido a requerir dos o más obligaciones vencidas. También puede relacionarse a la teoría intermedia, debido a que de igual manera le importa la cuantía de estos montos reflejándose una situación de crisis en el estado patrimonial del deudor²⁷⁸. Sin embargo, si vemos la

²⁷⁸ AEDO, R. (2014). *El concurso de la Persona natural: análisis del procedimiento concursal de renegociación*. (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad Austral de Chile, Chile, p. 20.

justificación de este procedimiento podemos ver que más que cesación de pagos, puede ser más adecuado hablar de sobreendeudamiento de la persona deudora, entendiéndolo desde el Derecho del Consumidor.

En conclusión, como podemos ver de este análisis, la Ley N° 20.720 y por ende, el legislador concursal, introdujo un sistema confuso estableciendo la cesación de pagos como presupuesto objetivo (según sus diferentes teorías) del procedimiento de liquidación forzosa concursal, mientras que las leyes especiales privilegiaron la insolvencia como presupuesto.

Asimismo, uno de sus aspectos más relevantes es que no se preocupó de establecer, ni verificar, si en estos procedimientos era necesario que se dé un estado de cesación de pagos, de insolvencia, de iliquidez, etc. Alejándose, por tanto, no solo de nuestro antiguo sistema concursal sino también de lo establecido en nuestro “subsistema” concursal en las distintas leyes especiales y del sistema internacional, generando así graves consecuencias, siendo las principales, en nuestra opinión:

- a) Contribuye a la confusión por parte de los deudores y acreedores para utilizar los diferentes procedimientos concursales de nuestro ordenamiento jurídico, por cuanto no saben cuándo se podrán utilizar. Lo cual es especialmente preocupante considerando que este concepto es base de los sistemas concursales: una vez verificada va a desencadenar consecuencias para el deudor, los acreedores y terceros, que a su vez repercuten en el sistema económico de nuestro país.
- b) Establece causales de liquidación basadas muchas veces en el mero incumplimiento, sin analizar el fondo (el patrimonio de los deudores), ni menos el elemento contable y el financiero. Dejando de lado elementos claves y necesarios a tomar en cuenta para establecer la insolvencia.
- c) No innova según las nuevas tendencias internacionales concursales. No regula la insolvencia inminente, potencial o temporal, no utiliza la insolvencia como presupuesto objetivo, no establece una etapa pre-concursal, etc. Las cuales son necesarias especialmente hoy en día para la protección tanto de los deudores como los acreedores, considerando la ocurrencia de hechos externos que se den en nuestro país que afecten nuestro sistema económico y por ende, concursal (como por ejemplo, terremotos, crisis económicas a nivel mundial, huelgas, etc).

- d) No deja que los deudores puedan defenderse alegando su solvencia puesto que establece como únicas defensas las enunciadas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil relativas al juicio ejecutivo siendo insuficientes para la defensa del deudor concursal, lo cual, muchas veces contribuye a la declaración de insolvencia a deudores por parte de nuestros tribunales de justicia que, por ejemplo, revisando sus estados de demostración financiera se encontraban más bien en una fase de iliquidez temporal.

Esta discusión no es baladí, especialmente considerando que en estos últimos años debido al estadillo social ocurrido el 18 de octubre de 2019 en nuestro país y la pandemia mundial de Covid-19 han afectado de manera importante en la economía de nuestro país²⁷⁹ y por ende a las personas y empresas.

De esta manera, podemos concluir que la solución que dio el legislador para evitar meterse en la discusión de cesación de pagos v/s insolvencia como presupuesto objetivo fue la de introducir una serie de presunciones para poder acreditar la cesación de pagos, los cuales han sido llamados por la doctrina como “hechos reveladores”. Siendo considerado, entonces, por el legislador concursal como innecesario definir la cesación de pagos. Sobre esta, la analizaremos más adelante.

4.4.6.2 Características de la cesación de pagos

Si bien, la legislación concursal no ha definido la cesación de pagos, la doctrina se ha encargado de otorgarle una serie de características, las cuales se han traducido en principalmente dos: la generalidad y permanencia.

La generalidad, dice relación con que la cesación de pagos no se debe entender como el mero incumplimiento de una obligación, sino que por el contrario, es necesario que este abarque la totalidad de las obligaciones del deudor, por esto es entendido como un

²⁷⁹ Entre octubre de 2019 y marzo de 2020 -según una revisión realizada por La Tercera PM- las liquidaciones de empresas subieron impulsadas por el “estallido social” y la crisis sanitaria. Según cifras de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (Superir) -entidad dependiente del Ministerio de Economía- entre octubre de 2019 al 25 de septiembre de 2020 han sido declaradas en quiebra 1.661 empresas, lo que equivale a un alza de 4% si se contabiliza igual periodo de los años anteriores. Disponible [en línea]: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/quiebras-y-millonarias-deudas-cinco-empresas-historicas-que-no-aguantaron-el-18-o-y-la-pandemia/YCAJRYQDZRZ5E3G5YCRTRMO6A/#:~:text=Seg%C3%BAn%20cifras%20de%20la%20Superintendencia,periodo%20de%20los%20a%C3%B1os%20anteriores.>

estado y no como un hecho. La doctrina argentina también la ha entendido así al establecer que siendo la cesación de pagos no un hecho ni un conjunto de hechos, sino un estado patrimonial, necesariamente presenta un carácter de generalidad. Se refiere a la entera situación económica del deudor, cuyo patrimonio se torna impotente para afrontar las deudas consideradas también de forma general y potencial, es decir, no sólo las ya vencidas sino las a vencer²⁸⁰.

La permanencia, por otro lado, establece que es necesario que este estado tenga una cierta estabilidad en el tiempo, esto es, que sea permanente. Por lo que la cesación de pagos no puede ser temporal ni deberse por un mero accidente subsanable a corto plazo. Siguiendo esta línea, el profesor argentino Miguens, entiende que la imposibilidad de pagar debe perpetuarse en un periodo de tiempo considerablemente o relevante, oponiéndose de esta manera a la impotencia transitoria, pasajera, momentánea o episódica²⁸¹.

De igual manera, otros autores han establecido otras características como: la unidad, la cual pretende establecer en forma uniforme cuándo inicia la verdadera cesación de pagos, con el fin de retrotraer los efectos de la declaratoria de quiebra a este momento. A esta unidad de tiempo se le conoce como período de sospecha, el cual tiene como objetivo interponer toda acción concursal pertinente para reconstruir el patrimonio del deudor en favor de los acreedores²⁸²; la objetividad, esta significa una obligación para el juez de adquirir la convicción de que exista realmente aquel desequilibrio entre los bienes realizables y las prestaciones exigibles, mediante un sistema probatorio especial; la insalvabilidad, la cual dice relación al análisis de varios elementos como el plazo de exigibilidad de las obligaciones, el crédito del deudor, su capacidad profesional, las condiciones del mercado, su activo, pasivo, etc. Que denoten una efectiva imposibilidad de remontar o salvar este desarreglo, por lo cual será necesario utilizar el procedimiento concursal²⁸³. Para la doctrina española, además debe ser relevante: debe ser lo suficientemente relevante desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, para que el sobreseimiento general de pago alcance la consideración de hecho revelador de insolvencia, la cual debe ser considerada caso a caso por los tribunales, por otro lado debe considerar también la temporalidad. De esta manera, la jurisprudencia y la doctrina

²⁸⁰ FERNÁNDEZ, R (1939), cit. (n.95), pp. 104-109.

²⁸¹MIGUENS, H. (2012), cit. (n. 41), p. 523.

²⁸²CASTRO GONZÁLEZ, A; MIRANDA GUADAMUZ, L. (2005). *Los medios de resolución alterna de conflictos y los procesos concursales en Costa Rica*. (Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica, p. 81.

²⁸³PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 82.

coinciden de forma prácticamente unánime en que el sobreseimiento debe ser actual y no pretérito, esto es, debe concurrir en el momento de la solicitud y en el de la declaración del concurso, con independencia del tiempo empleado por los tribunales en la admisión a trámite de la solicitud del concurso, el cual en ocasiones puede dilatarse algunos meses²⁸⁴.

Si bien, en principio parece que establecer estas características nos ayuda a conceptualizar la cesación de pagos, de igual manera no ayuda mucho en la discusión porque, si bien hay una cierta uniformidad en la doctrina en cuanto a sus características de igual manera, hay una diferencia de estas en los distintos ordenamientos jurídicos. Por otro lado, establecer características como la generalidad y permanencia a la cesación de pagos es contrario, por ejemplo, a su concepción materialista. Lo cual nos genera un problema toda vez que como ya vimos, nuestra legislación concursal la establece en la mayoría de los procedimientos concursales.

4.4.6.3 Teoría de los hechos reveladores

Los hechos reveladores son hechos concretos, acreditables, tanto por el deudor como por los acreedores, demostrativos de la impotencia patrimonial para cumplir regularmente las obligaciones²⁸⁵. Estos son considerados como indicios del estado de cesación de pagos, estableciéndose de esta manera una presunción, siendo innecesario utilizar medios de prueba para demostrar este estado.

Este sistema se implementó dado que para los terceros era muy difícil probar esta situación, pues implica la obtención de medios de prueba muchas veces confidenciales que suelen estar solo en manos del deudor. Además, que si fuera necesario utilizar los medios de prueba que nos da la legislación, sería contrario a los principios rectores del sistema concursal toda vez que implicaría un grave retardo para los procedimientos concursales perdiendo así uno de sus objetivos principales, la eficacia y celeridad.

²⁸⁴ MARTÍNEZ, B. (2013). El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor en la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponible [en línea]: <https://elderecho.com/el-sobreseimiento-general-en-el-pago-corriente-de-las-obligaciones-del-deudor-en-la-ley-222003-de-9-de-julio-concursal>

²⁸⁵UGARTE, M. (2019). Determinación de la fecha de cesación de pagos y periodo de sospecha. Seminario sobre aportaciones teóricas recientes. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa, Argentina. (Disponible [en línea]: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_ugadet401.pdf), p. 7.

Ahora, podemos ver que se han distinguido dos sistemas de establecimiento de hechos reveladores en los distintos ordenamientos concursales: los que adoptan una forma general de estos hechos (siendo entonces necesario una interpretación por parte del tribunal y la doctrina) y aquellos que realizan una lista o enumeración de hechos reveladores (la cual puede ser o no taxativa). De esta manera, podemos ver que, por ejemplo, el sistema argentino, utiliza este último en su artículo 79 de su Ley N° 24.522, estableciendo como hechos reveladores el reconocimiento judicial o extrajudicial del mismo, efectuado por el deudor, la mora en el cumplimiento de una obligación, la ocultación o ausencia del deudor o de los administradores de la sociedad, en su caso, sin dejar representante con facultades y medios suficientes para cumplir sus obligaciones, entre otros.

Nuestro ordenamiento, sigue la primera corriente, así que al juez le bastará con comprobar su existencia en cuanto hecho revelador para decretar la apertura del concurso²⁸⁶. En Chile, la enumeración de hechos reveladores no es taxativa, ni siquiera es mencionada en la Ley N° 20.720, sino que es establecida en caso a caso por lo que se han ido modificando, agregando y eliminando a través del tiempo.

Volviendo a la teoría de los hechos reveladores, Bonelli distinguió entre: hechos de manifestación directa (confesión expresa o tácita del estado patrimonial) y hechos de manifestación indirecta (el deudor evita revelar su estado). En los primeros, se encuentra la confesión expresa (la cual puede ser judicial o extrajudicial) y la tácita (fuga, ocultación, clausura del negocio, dispersión de bienes o donación de todos los bienes). En los segundos se encuentran los incumplimientos y el empleo de medios anormales para evitar incumplimientos como los fraudulentos, ilícitos, ficticios y ruinosos²⁸⁷. De esta manera, en nuestro sistema se han entendido como hechos reveladores directos los establecidos en el artículo 117 de la Ley N° 20.720 y los indirectos, como las causales de liquidación refleja que se presentan a lo largo de nuestra legislación. Por ejemplo, si el deudor no se presenta a la audiencia inicial de la liquidación concursal; si el deudor no presenta su propuesta dentro del plazo dado por la ley en los procedimientos de reorganización; si no se aprueba la propuesta de reorganización; si se infringe la prohibición del N°6 del artículo 264 de la Ley N° 20.720; entre otros.

Ahora, ¿Cuál es el problema de este sistema de presunciones? En primer lugar, esta no podrá ser derrotada por el deudor, lo cual da lugar a un grave problema. El legislador

²⁸⁶PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 89.

²⁸⁷ SANDOVAL LOPEZ, R. (2007), cit. (n. 9), p. 41.

concurzal chileno no estableció un sistema taxativo de hechos reveladores, por lo que muchas veces hay hechos reveladores que dan menores indicios de insolvencia, pero que de igual modo funcionan como presunción de este estado (por ejemplo, la fuga del deudor). Y en segundo lugar, tal como sostiene Puga, los hechos reveladores son indicios del mal estado de los negocios del deudor y no constituyen insolvencia en sí, con lo que queremos indicar que acreditado por cualquier modo que, no obstante haberse comprobado la ocurrencia un hecho revelador, el deudor no padece crisis en su hacienda, no cede la aplicación de concurso alguno²⁸⁸. Si bien entendemos la razón por la que el legislador estableció este sistema, creemos que es un error establecer una presunción como suficiente para probar el estado de insolvencia de un deudor. Primero, no se hace un análisis acabado del fondo económico, contable, financiero ni patrimonial del deudor; segundo, no se le da la opción al deudor para defenderse ante la apertura del procedimiento concursal infundado; y tercero, se le deja el establecimiento de estas presunciones a los tribunales civiles los cuales no tienen conocimientos acabados en la insolvencia, contabilidad, economía, etc.

4.6 Jurisprudencia

A continuación, analizaremos un conjunto de sentencias emanadas por los Tribunales de Justicia de nuestro país, donde los jueces han resuelto de manera relevante para nuestro análisis sobre el presupuesto objetivo alrededor de los años a través de las leyes N° 4.558, N° 18.175 y N° 20.720. Este análisis es importante al ser los jueces, debido a este concepto tan amplio y vago de cesación de pagos y a su importancia como presupuesto necesario para la apertura del procedimiento concursal y las consecuencias que derivan de aquél (legales, económicos, contables, financieros, sociales, etc.), quienes tienen la labor de realizar un examen efectivo de la situación patrimonial y económico del deudor a partir de la información entregada por el deudor o acreedor.

4.6.1 Ley N° 4.558

²⁸⁸ PUGA VIAL, J. (2014), cit. (n. 8), p. 89.

Para recordar, en esta época los legisladores concursales quisieron innovar apartándose de la tradición francesa para acercarse a una ley de Quiebras cercana a la anglosajona cambiando la causa de la quiebra. De esta manera, si bien no se definió el concepto de cesación de pago ni se entendió como la causa única de la quiebra, se enunciaron distintos hechos que habilitaban a los acreedores para solicitarla.

De todas maneras, en numerosos fallos de nuestro Máximo Tribunal ha intentado conceptualizar o definir la cesación de pagos. Así podemos ver fallos entre los años 1914 hasta el 1930, donde los jueces de la época establecieron que: *“La cesación de pagos es un hecho complejo de carácter jurídico, resultante de la apreciación de diversos hechos particulares que tienden a demostrar que un deudor determinado, por circunstancias fortuitas o no, se halla en la imposibilidad de solucionar sus obligaciones, aun cuando esta imposibilidad no sea general (...)”*²⁸⁹. Este tribunal entendió que la cesación de pagos no constituía un estado patrimonial, sino que resulta de la apreciación de hechos indiciarios de este estado. Estos hechos se conocen como hechos reveladores, los cuales en esta época, significaron establecer un sistema más exigente traduciéndose en una enumeración taxativa de las causales que habilitaban, restándole el protagonismo al juez de la causa en el análisis de fondo del estado patrimonial del deudor. Un aspecto que hay que destacar es que según esta, la cesación de pagos podía resultar de circunstancias externas no culpables del deudor (puesto que en esa época existía un procedimiento criminal para los deudores comerciantes en caso de que la quiebra fuera culpable). Así, por ejemplo, podemos ver una sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán del 22 de diciembre de 1937²⁹⁰, donde, en el entendimiento de la Corte, existían causas justificadas que no generarían responsabilidad para el deudor en casos como enfermedad, vacaciones, viaje por motivos urgentes a propósito de la causal del artículo 37 N° 3 de este cuerpo normativo.

Por otro lado, podemos ver fallos en esta época donde ya se producía nuestra problemática, así la Corte de Apelaciones de Talca en 1916 explicó que *“la insolvencia se produce cuando un individuo se haya incapacitado para pagar una deuda, o cesa en el pago de sus obligaciones por comprometer su patrimonio más allá de sus posibilidades”*²⁹¹.

²⁸⁹ Corte Suprema. 10 de agosto de 1914. En Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Código de Comercio, Ley de Quiebras. (1955). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 34.

²⁹⁰ Corte de Apelaciones de Chillán. 22 de diciembre de 1937. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 36. Sección 1ª, p. 247.

²⁹¹ Corte de Apelaciones Talca. 11 de enero de 1916, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XIV, Sección 1ª; y también Corte Suprema. 11 de diciembre de 1937. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 35, Sección 1ª, p. 248.

Teniendo en cuenta lo dicho en el párrafo anterior, tenemos que existían al menos dos formas de ver la cesación de pago. Según la primera, la cesación de pago era suficiente para declarar la quiebra (tanto de los deudores calificados como civiles), puesto que resulta de diversos hechos externos que demuestran este estado. La segunda, que la cesación de pagos es un hecho indiciario de la insolvencia, siendo esta última el verdadero presupuesto objetivo que se debe tener en cuenta.

Estas diferentes interpretaciones se originan debido a la existencia del recurso de reposición especial en esta ley. Como sabemos, la declaración que se daba en un inicio del procedimiento de quiebra de esta época tenía la naturaleza jurídica de una sentencia definitiva, donde la ley le daba la posibilidad al deudor de utilizar este recurso de reposición especial para objetarla. Esta situación, entonces, producía que bastaba para los acreedores acreditar una causal de las establecidas en la ley de cualquier procedimiento para la declaración de la quiebra y solo si es que existiera oposición por el deudor, el tribunal revisaría efectivamente si la causal invocada se traducía en un estado de insolvencia.

Este sistema claramente demostraba las debilidades de la antigua regulación. Solo una vez que el deudor se opusiera, los jueces realizarían verdaderamente un análisis del patrimonio del deudor. Esta situación, como sabemos, trae múltiples consecuencias negativas tanto a nivel personal del deudor como a nivel general de la sociedad.

El incumplimiento también fue objeto de discusión para la jurisprudencia de la época. Si bien la doctrina fue casi unánime en entender que el artículo 37 N° 1 de esta ley, al hablar de “cese en el pago de una obligación” hablaba de un incumplimiento (acogiendo, de esta manera, la tesis materialista), según el profesor Zalaquett, no existieron muchos fallos en donde la acogieran expresamente²⁹². Entre estas se pueden mencionar una del 14 de enero de 1936 por la Corte Suprema y otra del 8 de julio de 1943 por la Corte de Apelaciones de Santiago. Esto provocaba una clara deficiencia en la redacción de esta causal, lo cual era aún más preocupante debido a su amplia aplicación práctica en la época. Por otro lado, también existieron fallos en donde se diferenciaba el incumplimiento de una obligación y la insolvencia, entendiéndose el primero como una infracción directa a una norma jurídica

²⁹²ZALAUQUETT, J. (1968), cit. (n. 72), p. 126.

mientras que el segundo no significaba una sanción en el mundo del derecho privado (a menos que sea culpable o fraudulenta)²⁹³.

4.6.2 Ley N° 18.175

Como ya hemos dicho anteriormente, esta ley de Quiebras significó una innovación para el viejo sistema concursal. Sin embargo, no innovó de manera impresionante en cuanto a la cesación de pagos. Este seguía siendo el presupuesto material y objetivo de la declaración de la quiebra.

De esta manera, podemos ver fallos donde los tribunales lo establecen expresamente al definir la quiebra: *“Que la quiebra es un estado excepcional en el orden jurídico de una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de todas sus obligaciones; declarado judicialmente. En nuestro sistema legal el proceso de quiebra o juicio de quiebra requiere en forma previa que la persona no esté en condiciones de solventar sus deudas; este estado, cuando se traduce en el efectivo no pago de obligaciones o incumplimiento, se denomina ‘cesación de pagos’ (...)*²⁹⁴.

Por otro lado, en sentencias más recientes de la vigencia de esta ley, nuestro Máximo Tribunal, si bien reconoce la discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre el concepto de la cesación de pagos y de la existencia de las distintas tesis que la interpretan, estableció que: *“Los magistrados de alzada al revocar el fallo de primera instancia y, consecuentemente, alzar el estado de quiebra, yerran al extender los requisitos estatuidos por el legislador para la declaración de quiebra de acuerdo al artículo 43 N°1 del mencionado texto legal, a la luz de lo previsto en el artículo 19 del Código Civil, a un estado de insolvencia o de cesación de pagos que implique necesariamente la insolvencia. Ello, por cuanto como se ha dicho, sólo basta que el deudor, reuniéndose los demás requisitos legales, ‘cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante’, no exigiéndose multiplicidad de incumplimientos ni mucho menos un estado de cesación de pagos general. En consecuencia, cumplidos los supuestos de la Ley, debieron los*

²⁹³ Corte de Concepción. 21 de agosto de 1935. G., 1925, 2° sem. N° 160, p. 539 y Corte Suprema. 8 de enero de 1934. G., 1934, 1er sem., N° 37, p. 226. Citado en PUGA VIAL, J. (1989). *Derecho Concursal: el juicio de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

²⁹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago. 4 de noviembre de 1998. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Núm. 3 – 1998, pp. 77-78.

sentenciadores declarar la quiebra de *Agrícola Chacal-Osorno Limitada (...)*²⁹⁵. De la misma manera, en 2011, la Corte falló de forma similar al establecer que: *“La ley de Quiebras no exige para declarar la quiebra de un deudor comerciante, que el incumplimiento de la obligación motiva la solicitud obedezca a la imposibilidad del deudor de poder hacerle frente o que en el cese en el pago deba tener su origen en un estado generalizado de insolvencia o que sea necesario más de un incumplimiento*²⁹⁶”. Con estos dos fallos podemos ver que la tendencia en la judicatura de rechazar estos recursos. Los jueces entendían que su misión era exclusivamente el interpretar el texto de la ley en su sentido literal (siguiendo lo establecido en el artículo 19 del Código Civil), tomándose claramente una preferencia a la teoría materialista al no analizar el verdadero estado patrimonial de los deudores, siendo este la tradición imperante tanto en la jurisprudencia como en la enseñanza universitaria²⁹⁷ de la época.

Sobre este mismo punto, ante un fallo del 2013 donde se rechazó (tanto por el tribunal de primera instancia como por la Corte de Apelaciones de Santiago) la solicitud de quiebra, el solicitante interpuso un recurso de casación en el fondo al considerar que los sentenciadores fallaron erróneamente al exigir dos requisitos adicionales (a la causal del artículo 43 N°1 de esta ley) relativos al estado de insolvencia del deudor y a la circunstancia de constituir el procedimiento de quiebra la única instancia para obtener el cumplimiento forzado de la obligación. Se dio una situación en donde los tribunales exigieron requisitos subjetivos además de los objetivos²⁹⁸.

Podemos ver, entonces, que si bien tanto el Mensaje de la Ley N° 4.558, como la doctrina, definieron a la cesación de pago siguiendo la teoría amplia, la judicatura de la

²⁹⁵ Corte Suprema. 23 de enero de 2014. Rol N° 9010-13. Donde los tribunales de alzada establecieron: *“(…) Que la sentencia objeto del recurso, establece que no obstante el carácter objetivo de las causales de declaración de quiebra contenidas en el artículo 43 N°1 del Libro IV del Código de Comercio, la expresión “Cesación en el pago de una obligación mercantil” contenida en la misma, debe entenderse en términos generales, es decir, como un estado general de cesación de pagos del deudor y no limitado al mero incumplimiento de una obligación mercantil del mismo, lo que guarda plena armonía con el principio de universalidad contenido en el artículo 1° del mismo texto legal, cuya finalidad es realizar en un solo procedimiento todos los bienes del deudor para servir de pago de sus deudas, el cual se encuentra concebido en el interés general de los acreedores, por lo que una visión restringida y meramente objetiva, como la pretendida por el peticionario, desnaturaliza el juicio concursal, transformándolo en un simple procedimiento de ejecución individual (...)*.

²⁹⁶ Corte Suprema. 25 de abril de 2011. Rol N° 9027-10

²⁹⁷ PUGA VIAL, J. (1989). *Derecho Concursal: el juicio de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

²⁹⁸ Corte Suprema. 5 de Agosto de 2013. Rol N° 2923-13.

época no había tenido uniformidad en cuanto a su concepto y en cuanto a las teorías adoptadas en las causales contenidas en el artículo 43 de este cuerpo legal.

De todas maneras, nos parece interesante el raciocinio del tribunal de alzada en las sentencias descritas anteriormente al entender que el artículo 43 N°1 de esta ley, que ha sido tradicionalmente considerada como cesación de pagos equivalente o sinónimo del incumplimiento, haya querido innovar al establecer la importancia de que los tribunales no solo deberían aplicar la ley sino también la interpretarla teniendo en cuenta: en primer lugar, los principios básicos de la Ley de Quiebras, y en segundo lugar, analizar no solo si efectivamente el deudor cubre alguna causal del artículo 43 sino que también deben analizar diferentes aspectos como la cantidad de acreedores, si es que la deudora cuenta con el suficiente patrimonio para hacer frente a sus deudas y la posibilidad de utilizar la ejecución individual.

En cuanto al N°2 del mismo artículo ya nombrado, han habido fallos en donde se ha establecido que: *"es a tal punto demostrativa de una crisis hacendaria profunda, que constituye una presunción completa de la existencia de la cesación de pagos -Puga Vial-, y con respecto a la cual, la norma hace evidente la necesidad de reunir varios presupuestos para que ella tenga lugar, los que envuelven, tanto aspectos de hecho, como calificaciones jurídicas atinentes a los mismos (...)"*²⁹⁹.

Por otro lado, el N°3 de este artículo (fuga u ocultamiento del deudor) se ha entendido que no exige que el deudor haya incurrido en cesación de pagos al tiempo de su fuga u ocultamiento, entendiéndose como una presunción más o menos completa de la cesación de pagos, aunque sea ésta potencial³⁰⁰.

En cuanto a la insolvencia, si bien ya no se entendió como el desequilibrio entre el activo y pasivo, hay una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en donde al analizar el caso de una persona que dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia que no dio lugar al recurso especial de reposición, a lo largo de todo el fallo la Corte no mencionó la cesación de pagos sino a la insolvencia. De igual manera, este fallo es relevante pues viene resumiendo lo que hemos dicho anteriormente: *"Que el juicio de quiebras, como autorizada doctrina lo ha señalado, tiene el carácter de una ejecución*

²⁹⁹ Corte Suprema. 21 de septiembre de 2016. Rol N° 5334-2016. Considerando 28.

³⁰⁰ PUGA VIAL, J. (1989), cit. (n. 318).

colectiva, porque participa de aquellos elementos que permiten exigir el cumplimiento compulsivo de una obligación en favor de un acreedor, mediante la realización de los bienes del deudor, lo cual también se desprende inequívocamente del art. 1º de la Ley de Quiebras y, como se ha señalado en los considerandos anteriores, para que proceda la declaratoria de quiebra de una persona, según el N° 1º del artículo 43 del mismo cuerpo de leyes, se requiere que la solicitud tenga su fundamento en la cesación en el pago de una obligación mercantil, cuyo título sea ejecutivo. De acuerdo, con lo referido precedentemente, si se trata de un procedimiento de ejecución el deudor está autorizado para oponerse a la pretensión de quiebra justificando que el título invocado no tiene el carácter de imperatividad exigida por la ley, lo cual lo puede demostrar en el mismo procedimiento establecido para determinar el estado de insolvencia de una persona (...). “(...)Que, en estas condiciones, no existiendo el título ejecutivo que legitime la causal prevista en el N° 1 del art. 43 de la ley de quiebras, la declaración de insolvencia no ha podido dictarse en este proceso, por lo que es procedente dar lugar a la reposición impetrada (...).”³⁰¹.

Por último, en cuanto a lo que dijimos anteriormente al hablar del recurso especial de reposición, en esta época se daba la misma situación. La Corte Suprema en estos años establecía que: *“Para finalizar este análisis crítico, debemos anotar que lo importante de las causales de quiebra es su rol en el proceso anterior a la declaración que el acoge. Sólo tienen por función dar por acreditado provisional y sumariamente el estado de cesación de pagos para los efectos de abrir el concurso de acreedores, su función está limitada al proceso de ante quiebra o de quiebra. Pero una vez declarada la quiebra, ésta puede alzarse por la vía de la reposición especial y en esa instancia ya no se discute sobre la causal fundante de la declaración de quiebra, sino sobre la existencia misma de la cesación de pagos. En gran medida el debate desarrollado a propósito de las causales de quiebra ha sido mal planteado, pues ha ignorado la estructura del proceso de quiebra como ejecución patrimonial y el carácter meramente probatorio de las causales de quiebra”³⁰².*

³⁰¹ Corte de Apelaciones de Santiago. 7 de octubre de 1997. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales. Núm. 3-1997, pp. 131-135.

³⁰² Corte Suprema. 30 de septiembre de 2010. Rol N° 3653-2010.

4.6.3 Ley N° 20.720

Como sabemos, nuestra actual ley concursal tiene como principal misión el reemprendimiento de la empresa o persona deudora, más que en su ejecución. En comparación con la jurisprudencia analizada en las leyes anteriores, los jueces han llegado a una especie de “consenso” con varias discusiones que se han dado al pasar de los años.

El primero de ellos, hace referencia al concepto de la cesación de pagos. Esta se ha definido generalmente como un estado económico patrimonial, crítico, generalizado y permanente, que el tribunal debe constatar³⁰³. Tal como lo dijimos al principio de este Capítulo, según la doctrina, la cesación de pagos cuenta con una serie de características que la definen como un estado de cosas ambiguo tanto en sus inicios como en su desarrollo, dado su carácter temporal y por consiguiente reversible, y se constata cuando el activo disponible no alcanza para cubrir el pasivo exigible. Puede comenzar con un simple incumplimiento, un estado temporal de iliquidez y llegar a concluir en un estado de insolvencia³⁰⁴.

A pesar de esta situación, podemos ver que se ha producido la misma discusión en la jurisprudencia que se ha analizado anteriormente. Si bien algunos entienden que son conceptos sinónimos³⁰⁵, hay otros que establecen que son diferentes y la definen como hecho revelador capaz de acreditar la insolvencia³⁰⁶ y por último, aquellos que describen a la insolvencia como un hecho revelador de la cesación de pagos³⁰⁷. Persistiendo, de esta manera, la confusión en esta materia hasta nuestros tiempos.

³⁰³ Corte de Apelaciones de Santiago. 30 de marzo de 2016. Rol N° 13434-2015.

³⁰⁴ RUZ LÁRTIGA, G. (2017). *Nuevo Derecho Concursal Chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing

³⁰⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó. 27 de noviembre de 2018. Rol N° 381-2018

³⁰⁶ Corte Suprema. 7 de abril de 2014. Rol N° 9432-2013. En *La Semana Jurídica* (N° 94), p. 4.

³⁰⁷ Corte de Apelaciones de Concepción. 16 de diciembre de 2016. Rol N° 896-2016. En este sentido, el considerando 3° estableció: “*la cesación de pagos o insolvencia es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que los afectan. A su vez, la insolvencia es un estado patrimonial más o menos permanente, y no un mero hecho aislado como el incumplimiento de una obligación singular, el que además es un estado vicioso, que si bien por sí mismo no configura un ilícito, pues no implica necesariamente una infracción concreta, es caldo de cultivo fértil en expedientes dudosos. En otras palabras, se dice que es un estado tal que impide que quien lo sufre pueda sanear legítimamente su patrimonio. Afirman que es un estado complejo, por lo que su exteriorización no es un hecho simple, aun cuando sus hechos reveladores lo sean. Finalmente dicen que es un estado de desequilibrio entre el activo liquidable y el pasivo exigible correlativos, es la manifestación económica específica de la cesación de pagos. Por otra parte, se afirma que la cesación de pagos es un estado, pero jurídicamente, dentro de la teoría de la prueba, es un hecho en contraposición al derecho, y esa calidad requiere ser probada por quien la invoca como antecedente de su pretensión (...)*”

Ahora, en cuanto a la insolvencia, si bien hay cierto consenso en la doctrina en que esta se entiende como el estado patrimonial profundo y permanente de imposibilidad de pago por medios normales que es distinto a la simple diferencia aritmética entre activo y pasivo, todavía vemos que la jurisprudencia la ha definido de forma equivocada. En un fallo del 2017, nuestro Máximo Tribunal estableció a la insolvencia como requisito de la acción pauliana pero la entendió como la situación en donde el pasivo de su patrimonio es superior al activo, en otras palabras, cuando las deudas de una persona son de mayor valor que el de la suma de sus bienes y créditos que tiene a su favor. No habrá, entonces, insolvencia cuando el deudor cuente con recursos propios para satisfacer sus deudas³⁰⁸. De la misma forma, en otro fallo, ha establecido como otro requisito para la configuración de la insolvencia, la incapacidad de cumplir regularmente sus compromisos por medios lícitos y normales³⁰⁹.

Lo anterior se puede ver reflejado en la discusión jurisprudencial actual sobre los acreedores de primera y segunda clase, puesto que existirían dos caminos distintos para abordar una misma situación de insolvencia³¹⁰. En cuanto al primer camino, esta ha dicho que: *“(...) si bien el fallo reconoce que para extenderse a la finca hipotecada era carga del tercerista probar que el deudor carecía de otros bienes suficientes para el pago de su acreencia, en definitiva, al estimar probada dicha circunstancia con la sola alusión a la documental contenida en los expedientes administrativos, no hace sino liberar al Fisco de Chile de dicha carga probatoria, pues ésta no sólo se refiere al deber de probar la existencia de otros bienes del deudor, asunto que eventualmente podría colegirse de lo obrado en sede administrativa, sino específicamente al hecho de que tales bienes, en caso de existir, son insuficientes para el pago del crédito, aspecto que lógicamente no puede estimarse cumplido con la documental a la que se hizo mención y que más bien miran a demostrar el crédito y la preferencia alegada”*³¹¹. Esto es, en cuanto es el titular del crédito de primera clase quien invoca esta preferencia sobre el bien, debe acreditar que el deudor no tiene otros bienes, o bien que los que posee no son suficientes para cobrar en su totalidad sus créditos³¹².

³⁰⁸ Corte Suprema. 19 de octubre de 2017. Rol N° 19111-2017.

³⁰⁹ Corte Suprema. 7 de abril de 2014. Rol N° 9432-2013.

³¹⁰ JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2019). *Curso de Derecho Comercial*. Tomo III. (Vol. 1). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² Corte Suprema. 3 de abril de 2012. Rol N° 8500-201; y Corte Suprema. 15 de julio de 2013. Rol N° 9612-2012.

Sin embargo, tenemos que aclarar que este criterio no ha sido especialmente acogido por la doctrina, dado que establecen que asignar la prueba de la insolvencia al titular del crédito de primera clase involucra una carga difícil, o acaso imposible de levantar, y porque también podrán quedar impagos los créditos de primera clase que no sean actualmente exigibles o aquellos sujetos a una condición suspensiva³¹³.

El segundo de ellos, en cuanto al presupuesto en los procedimientos forzosos y voluntarios, los tribunales han dicho que en nuestro sistema concursal el legislador optó por un sistema basado en la existencia de causales de cesación de pagos, esto es, hechos o circunstancias reveladoras de la insolvencia, las que se circunscriben únicamente a los procedimientos concursales forzosos. Luego, en los concursos voluntarios, cuyo es el caso de autos, el legislador sólo exige al deudor acompañar antecedentes, cuya justificación se encuentra en la necesidad de garantizar la aplicación efectiva de los principios concursales clásicos *par conductio creditorum* y de universalidad, además de asegurar la plena vigencia de los efectos sustantivos y procesales que derivan de la resolución de liquidación³¹⁴.

Por consiguiente, en los procedimientos voluntarios basta que el deudor demuestre esta situación de desequilibrio generalizado, permanente e irremontable a través de antecedentes. Por otro lado, en los procedimientos forzosos es necesario que el acreedor acredite alguna de las causales descritas por la ley.

La doctrina ha dicho que los requisitos del concurso voluntario que deberá justificar el deudor y luego, acreditar el juez, se traducen en tres: el valor de sus activos realizables, el monto de sus pasivos exigibles (esto es, la cantidad y modalidades de su endeudamiento) y, por último, su situación de insolvencia. De tal modo, no exige expresamente a la cesación de pago y se limita a requerir, por parte del deudor, una serie de documentos o antecedentes que demuestren esta situación.

Ahora, tal y como dice Jequier³¹⁵, podemos ver que en nuestra jurisprudencia se han formado cuatro criterios jurisdiccionales en cuanto a la constatación inicial del presupuesto material del concurso voluntario y la función del juez en esta etapa de apertura. El primero, entendido como el restrictivo, en donde existen diversas sentencias que prescinden de todo y cualquier análisis sustantivo del presupuesto objetivo del concurso voluntario³¹⁶. El

³¹³ JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2019), cit. (n. 331).

³¹⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia. 21 de noviembre de 2016. Rol N° 635-2016.

³¹⁵ JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2019), cit. (n. 331)..

³¹⁶ Corte Suprema, 9 de mayo de 2018. Rol N° 39766-2017. Considerando 9no: “Que en consecuencia es posible advertir que la ley no exige ni agrega un requisito adicional como ‘que sus bienes sean suficientes’, tal

formalista, el cual establece que se abrirá el procedimiento voluntario puesto que su apertura depende de la sola iniciativa y voluntad del deudor, donde se entiende como una confesión espontánea y expresa de su insolvencia³¹⁷. Luego, tenemos el criterio contrario en donde se rechaza la apertura del procedimiento voluntario por la sola confesión por no haber demostrado verdaderamente su estado real de insolvencia³¹⁸. Y por último, el criterio

cual lo ordenó el tribunal para denegar la liquidación. Por ende se puede colegir que el sentenciador se atribuye facultades que el legislador no le entrega al rechazar y no dar lugar a la solicitud de liquidación por no acompañarse en la demanda lo que califica de 'bienes suficientes', cuestión alejada de la exigencia legal, toda vez que el listado de bienes y su ubicación tiene como finalidad la determinación del activo y colaborar con la labor del liquidador al incautar, debiendo efectuar un examen del cumplimiento de los requisitos que la ley ordena pero no calificaciones de suficiencia que el legislador no contempla, debiendo cumplir, al acreditarse las hipótesis que en la especie en este tipo de remedios se contemplan, con dictar la resolución de liquidación”.

³¹⁷ Corte de Apelaciones de Santiago. 30 de marzo de 2016. Rol N° 13434-2015; Corte de Apelaciones de Santiago. 11 de enero de 2018. Rol N° 11465-2017; Corte Suprema. 30 de mayo de 2018. Rol N° 2718-2018; Corte Suprema. 11 de julio de 2019. Rol N° 20.607-2018, etc.

³¹⁸ A su vez, podemos ver que los tribunales de primera instancia han establecido criterios para rechazar estas solicitudes, como el de la falta de juicios pendientes y la ausencia de bienes suficientes. En este sentido: 3° Juzgado Civil de Santiago, 23 de febrero de 2018, Rol N° 2693-2018: “1.- Que para la procedencia de esta gestión el deudor debe cumplir con los presupuestos del artículo 115 de la Ley N° 20720, presupuestos que de forma imperativa constituyen requisitos de admisibilidad de la solicitud de liquidación voluntaria de los bienes de la empresa deudora. 2.- Que, de esta forma el numeral 3 del artículo 115 de la Ley del ramo, señala que “toda Empresa deudora, podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su Liquidación Voluntaria, acompañando los siguientes antecedentes, con copia...” 3) Relación de juicios pendientes...” 3.- Que resulta necesario interpretar este precepto como una obligación del deudor, de hacer una exposición del o los juicios y acciones entabladas en contra del deudor, en que se encuentre legalmente emplazado, los que deben estar por resolverse o terminarse, lo que no acontece en autos. En caso contrario, el deudor debe someterse a las normas de la reorganización o renegociación según sea el caso. Por estas consideraciones y normas legales citadas, no se acoge a tramitación el presente procedimiento concursal de liquidación voluntaria de empresa...” (...); 15° Juzgado Civil de Santiago, 28 de julio de 2016, Rol N° C-14542-2016: “TERCERO: Que el procedimiento de liquidación tiene por finalidad lograr una solución integral de las obligaciones de pago pendientes del deudor hacia sus acreedores, a través de la realización de sus bienes de una manera ordenada y justa. Es así como el mismo artículo 129, cuya aplicación invoca la solicitante, indica en forma precisa la orden al liquidador de la incautación de todos los bienes del deudor, lo que en estos autos, según los propios dichos del deudor no puede suceder. CUARTO: Que en tal sentido y de acuerdo al espíritu de la Ley de Reorganización y Liquidación, y en especial del procedimiento de liquidación voluntaria, resulta de toda lógica que el deudor ofrezca bienes con los cuales los acreedores puedan, integra o parcialmente, resolver sus acreencias. QUINTO: Que así las cosas, al no señalarse bienes en la forma establecida en el artículo 115 de la citada Ley, no cumple el solicitante con la exigencia legal que se ha referido. SEXTO: Que resolver afirmativamente la petición del compareciente implicaría iniciar un procedimiento de liquidación, con las consecuencias legales que ello implica, sin un objeto, puesto que ningún bien ha de realizarse en el mismo y nada obtendrán los acreedores” (...); 2° Juzgado Civil de Santiago, 19 de agosto de 2016, Rol N° C-17114-2016: “2° Que, evidentemente, el hacer uso de un procedimiento como el expresado requiere un estado de insolvencia de aquel que solicita su liquidación, puesto que aquello es la base de cualquier procedimiento concursal y un requisito para su admisibilidad. 3° Que, por otra parte, un procedimiento de liquidación, que implica el movimiento de todo el aparataje de un tribunal, el actuar de liquidadores y de eventuales acreedores, se hace justamente con el fin de liquidar los bienes del deudor, para que con el producido se pague al menos parte de sus créditos a la masa de acreedores. En consecuencia, otro requisito indispensable para un procedimiento como éste es la existencia de bienes que liquidar. 4° Que el solicitante de fojas 1 expresa adeudar una suma superior a los cuarenta y seis millones de pesos, y señala como bienes que pone a disposición de la masa un conjunto de bienes muebles. 5° Que revisando los antecedentes, resulta evidente que los bienes que la solicitante pone a disposición de los acreedores para pagar sus créditos aparecen, desde ya, por su valor y por el monto de lo adeudado, del todo insuficientes para los fines de un procedimiento como el solicitado en autos, que justamente busca pagar de forma sumaria las acreencias existentes, a lo menos en parte, y sin los cuales se torna absolutamente inoficioso el procedimiento de liquidación. 6° Así las cosas, no cabe más que no dar curso a la solicitud de fojas 1, por los argumentos esgrimidos (...)” y por último, 17° Juzgado Civil de Santiago. 11 de julio de 2019. Rol N° C-34428-2017. Lorena Magali Echeverría Aravena EIRL. Considerando séptimo.

amplio, en donde pone al juez en la labor de profundizar su análisis de la comprobación de este estado más allá de la mera constatación formal del cumplimiento de los requisitos de la ley³¹⁹.

Por otro lado, en cuanto al procedimiento de liquidación forzosa, como el legislador no puede exigirle a los acreedores la carga de la prueba en cuanto a si se encuentran o no en un estado de cesación de pagos, optó por autorizar la apertura de este procedimiento sin necesidad de acreditar exhaustivamente este estado del deudor. Por lo tanto, bastará con que el deudor caiga en una de las hipótesis de los artículos 117 y 282 de esta ley, entendiéndose de esta manera como la demostración de hechos externos o reveladores de este estado, el cual podrá ser desvirtuado por el deudor a través del juicio de oposición. Cambiándose, entonces, el criterio imperante en las leyes anteriores, dado que en esta se eliminó el recurso de reposición especial y se reemplazó con este juicio de oposición y la posibilidad del deudor de utilizar las excepciones del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (relativas al juicio ejecutivo), que puede formular una vez que se haya presentado la solicitud de liquidación forzosa. Este hecho es relevante, pues se elimina la revisión posterior del estado de cesación de pagos que se realizaba a través del recurso de reposición especial y se reemplazó por una revisión, incluso anterior, a la acreditación del presupuesto objetivo. Este será analizado por los tribunales en este juicio de oposición antes de la declaración de los tribunales sobre la petición de liquidación.

³¹⁹ 25º Juzgado Civil de Santiago. 20 de mayo de 2016. Rol N° C-11392-2011; y 30º Juzgado Civil de Santiago. 11 de septiembre de 2017. Rol N° C-22908-2017.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, hemos descrito uno de los debates – tanto doctrinales como jurisprudenciales- más antiguos e intrincados que ha existido en el Derecho Concursal, patente no solamente en nuestro país y en Latinoamérica sino también en países del *common law*.

Se trata pues, de un debate “antiguo”, por una parte, debido a que este concepto apareció por primera vez en Italia en la *Constituto de Siena* en el año 1262, luego, en los años 1800, fue acuñada por el ordenamiento jurídico francés en el Código de Comercio Napoleónico; el italiano, en su Código de Comercio de 1865; el argentino, al promulgarse su primer Código de Comercio y por el chileno con la redacción del Código de Comercio en 1807, siendo hasta el día de hoy el presupuesto objetivo de muchos ordenamientos concursales.

Paralelamente, en estos años de construcción del Derecho Concursal, otros ordenamientos se fueron por diversos caminos. Algunos países prefirieron el famoso termino de “insolvencia” puesto que estimaron que la cesación de pagos no era suficiente para declarar la quiebra (legislación alemana), otros, prefirieron términos menos comunes como la suspensión de pagos (legislación española), incumplimiento (Derecho romano) y los “*acts of bankruptcy*” (legislación inglesa).

Por otro lado, se trata de un debate “intrincado”, debido a que incluso si varios ordenamientos jurídicos entendían como necesaria la cesación de pagos para la apertura de sus concursos, como vimos a través de este trabajo, lo cierto es que la mayoría de estas la interpretaron de manera diferente. Unos la entendieron como sinónimo de incumplimiento, otros como un estado patrimonial deficitario donde se haya verificado al menos un incumplimiento y por último, simplemente como un estado patrimonial deficitario donde era solamente necesario analizar la diferencia entre activos y pasivos.

Debido a esto, diferentes autores han intentado uniformar por lo menos sus características (generalidad, permanencia, imposibilidad de cumplimiento, en forma regular y obligaciones exigibles), sin embargo, como hemos visto, estas tampoco han sido completamente aceptadas siendo muchas veces incluso modificadas.

Ahora, ¿Qué ha pasado en nuestra actual Ley Concursal? La Ley N°20.720, como sabemos, buscó modernizar nuestra regulación concursal al centrar su atención no solamente en la necesidad de liquidar al deudor y pagarle a sus acreedores, sino también en resguardar y fomentar la posibilidad de conservar y resurgir a los deudores (en especial a las empresas).

En nuestra opinión, el legislador concursal de aquellos años, al introducir esta nueva preocupación y tenerla como principio formativo para todas las modificaciones e innovaciones a las instituciones concursales y al haber establecido que el *“escenario que genera la aplicación de la normativa que se pretende modificar es aquel en que una persona natural o jurídica se encuentra en la incapacidad financiera de responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización (...)*³²⁰”, entendía la necesidad de modificar o modernizar la cesación de pagos como presupuesto objetivo.

Leyendo la Historia de la Ley, podemos ver que en principio, el legislador quiso dejar atrás la teoría materialista (la cual ha estado presente constantemente en las previas legislaciones concursales) y, por otro lado, entendió que para determinar cuando realmente una empresa o persona deudora se encontraría en una situación que ponga en acción el mecanismo concursal, es necesario analizar no solamente el simple incumplimiento o la diferencia entre activos y pasivos sino que también los aspectos financieros, contables y el conjunto de su patrimonio, asimilándolo entonces al análisis de la insolvencia, concepto que como vimos, ha sido acuñado por numerosos ordenamientos por ser uno que demuestra de manera más fiel el estado patrimonial de los deudores y por abrirse la oportunidad a otros presupuestos como la insolvencia potencial e inminente, o incluso, agregando otros más modernos como el sobreendeudamiento, empresas en dificultad, suspensión de pagos, entre otros, en sus regulaciones concursales.

Vemos que el legislador concursal, no solamente, no tomó la oportunidad de modificar esta importante institución a pesar de incluir el término “insolvencia” en la denominación de la propia Ley, sino que tampoco estipulo ni definió expresamente la cesación de pagos para acabar con este debate. Limitándose, de esta manera, a replicar la situación en que hemos estado por años: con la cesación de pagos como presupuesto

³²⁰ Historia de la ley N° 20.720. Disponible [en línea]: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4343/>

objetivo único de los concursos, entendida de forma diferente en las causales de liquidación forzosa, pero mayoritariamente como sinónimo del mero incumplimiento, según la doctrina y jurisprudencia. Lo cual es curioso, puesto que otros presupuestos como la insolvencia y empresas en dificultad, han sido adoptadas en otras leyes especiales en nuestro ordenamiento.

En resumen, el legislador simplemente optó por ignorar totalmente la posibilidad de reformar esta institución, ya sea debido a que se rehusó a las nuevas tendencias modernas debido a los altos costos que estas podrían traer para el procedimiento concursal, porque no quiso casarse con una sola definición o porque no la encontró como una modificación primordial para el sistema.

En nuestra opinión, esta omisión por parte del legislador ha resultado en una situación que ha traído numerosas consecuencias peligrosas; la posibilidad de los acreedores de abrir el procedimiento concursal por razones no siempre justificables y muchas veces abusivas, como por ejemplo, con el incumplimiento de una sola obligación contenida en un título ejecutivo a empresas que son claramente solventes; la determinación del juez concursal de permitir la apertura de los concursos sin realizar el análisis verdadero (financiero y contable) del patrimonio del deudor puesto que actualmente no se encuentran equipados con ese nivel de especificación en la materia, como consecuencia, ocasionando muchas veces la configuración de alguna de las causales de liquidación o hechos reveladores en situaciones en donde se podrían recurrir a otros procedimientos incluso fuera del ambiente concursal; someter a los deudores a las otras fallas del procedimiento de los concursos, como por ejemplo, en la liquidación, al limitar el poder de defensa del deudor y en definitiva, a esperar a que estos se encuentren en una situación de insolvencia para utilizar la legislación concursal, eliminando cualquier posibilidad de una solución *ante* o preventiva.

Contrariando, en primer lugar, uno de los principios inspiradores y formativos de nuestra legislación concursal: el reemprendimiento y conservación de la empresa, en segundo lugar, el análisis del sistema concursal considerando no solo el bienestar de la empresa o persona deudora sino también las consecuencias de la utilización del sistema concursal a nivel global, es decir, el plano económico del país, el posible desempleo que puede acarrear para las personas, los problemas de consumo para la sociedad, las posibles interrupciones de la cadena productiva de insumos básicos, etc. Consecuencias especialmente importantes considerando los hechos externos que han ocurrido en nuestro

país estos últimos años que ha generado un incremento por parte de las personas y empresas deudoras en la utilización de los procedimientos concursales³²¹.

La pregunta entonces sería: ¿Cómo arreglamos esta situación? Nosotros podemos pensar en cuatro posibles soluciones: El primero de ellos, sería simplemente definir el concepto de cesación de pagos en la ley. De esta manera, se daría por terminado este largo debate y daría certeza jurídica tanto a los acreedores como los deudores al establecer exactamente cuál es el estado necesario para accionar el régimen concursal. Sin embargo, nos trae el problema de toda consagración explícita, ¿Qué pasa si es muy amplio? O por el contrario ¿muy rígido o limitado?, ¿Qué pasa si la definen pero teniendo en cuenta los cambios económicos, sociales, políticos, etc, vemos que finalmente el concepto no es suficiente? Es decir, nos encontraríamos en la misma situación en la que estamos ahora.

La segunda posibilidad sería darle plena discrecionalidad a los jueces para que ellos, de acuerdo a sus conocimientos, determinen caso a caso cuando un deudor puede utilizar los procedimientos concursales. Así, los jueces tendrían la posibilidad de analizar de forma más profunda el patrimonio del deudor. Con todo, esta solución a pesar de tentativa también traería problemas. Primero, debido a la falta de certeza jurídica que ocasionaría, puesto que la diferencia de pensamientos, análisis o criterios entre los jueces puede traer una incongruencia importante en el sistema, dejando desprotegidos tanto a los acreedores y deudores. Segundo, debido a que estos jueces actualmente no están especializados en temas comerciales, por no existir en nuestro ordenamiento los tribunales comerciales, siendo incapaces de realizar un verdadero análisis exhaustivo del estado patrimonial del deudor. Incluso, en el caso que sean capaces, este tomaría un tiempo considerable siendo contrario a la rapidez (uno de los objetivos de nuestra Ley) y por último, los altos costos monetarios asociados para nuestro sistema judicial, considerando que tendrían que pedir informes, peritajes, etc.

Una tercera solución, sería una intermedia. Es decir, definirla lo suficiente como para terminar con la discusión pero dándole una esfera de discrecionalidad a los jueces a través de la determinación de criterios objetivos de análisis del desbalance patrimonial. De esta

³²¹ *Entre el 18 de octubre de 2019 y el 18 de febrero de 2020 con el resultado “estadillo social” en el año 2019, 543 empresas fueron declaradas en quiebra, asimismo, debido a la pandemia mundial del Covid-19, entre enero y julio de 2020 han ingresado un total de 4.680 procedimientos concursales en los distintos procedimientos.* Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. (2020). Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Boletín Estadístico. Procedimientos Concurales – Ley N° 20.720. 1 de Enero al 31 de enero de 2020 y 1 de Enero al 31 de Julio de 2020.

manera, evitamos los problemas anteriores y establecemos una solución lo bastante flexible para el caso a caso. Sin embargo, tendríamos que determinar en primer lugar, estos criterios (de manera restrictiva, amplia o taxativa, etc) y en segundo lugar, de igual manera, acarrearía altos costos (tanto monetarios como de tiempo).

La última solución sería terminar con el debate en nuestro país, determinando una vez por todas que nuestro presupuesto objetivo no se trataría ya de la cesación de pagos puesto que esta se relaciona más bien a un tema procesal, en específico, para el tema probatorio, es decir, es utilizado que los acreedores sean capaces de probar ciertos hechos que son reveladores de este estado de manera más fácil. La solución, entonces en nuestra opinión sería acercarnos a otros presupuestos modernos debido a la evidente inestabilidad y crisis que nuestra ley concursal ha demostrado tener, en especial, a los conceptos de “insolvencia” y “empresas en dificultad”.

El primero, debido a que a través del análisis de los estados de demostración financiera y de los *tests* nos permite visualizar el verdadero estado patrimonial del deudor, y como consecuencia, cuando será necesaria la intervención del sistema concursal. Además, como pudimos ver, admite la posibilidad de regular variaciones de ella, como la insolvencia inminente o potencial. Recordemos que el utilizar los procedimientos concursales, en especial, el de liquidación, implica consecuencias permanentes e irreversibles para los deudores y altos costos no solamente de estos y sus acreedores, sino también para el propio Poder Judicial, los trabajadores, los consumidores, y en definitiva para toda la sociedad, por lo que, es realmente importante y necesario establecer un presupuesto de apertura que permita a los deudores su correcta utilización.

Por otro lado, concordamos con Goudeau, al decir que el concepto de “empresas en dificultad” es a nuestro juicio muy interesante, puesto que sería muy útil introducirlo en nuestra legislación, ya que ello permitiría mejorar la transparencia del mercado al contar con una mayor y mejor información de las empresas³²². De esta manera, creemos que es necesario además, regular y anticipar las situaciones previas a la insolvencia a través de procedimientos “pre-concursales” teniendo en cuenta lo importante que es para el orden económico de un país las posibles liquidaciones masivas de empresas y personas deudoras. Acercándonos, de esta forma, a un sistema como el argentino o el alemán, con

³²² GOUDEAU GÓMEZ, B. (2001), cit. (n. 224), pp. 191 .

la coexistencia de diferentes presupuestos objetivos de los procedimientos concursales, pero en definitiva, con la insolvencia como centro de la legislación concursal.

Para terminar, creemos que el o los presupuestos objetivos en una regulación concursal que se apliquen deben ser capaces, en primer lugar, de adecuarse a la realidad económica, jurídica, social y política de nuestro país, en segundo lugar, obedecer la tendencia de simplificación de nociones y universalización de estos conceptos que se está dando en el ámbito internacional, en tercer lugar, deben seguir fielmente los principios inspiradores de la ley concursal (en especial, el de la rapidez y conservación de la empresa) y por último, darle definitivamente la oportunidad del deudor de defenderse, es decir, de poder poner término al procedimiento mediante la prueba de su solvencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS, REVISTAS, MEMORIAS Y ARTÍCULOS:

1. ABELIUK, R. (2009). *Las Obligaciones*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
2. AEDO, R. (2014). *El concurso de la Persona natural: análisis del procedimiento concursal de renegociación*. (Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad Austral de Chile, Chile.
3. ALARCÓN, M. (2017). Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 24 (2), pp. 21-68.
4. ÁLFARO ÁGUILA-REAL, J; BADIOLA SÁNCHEZ, A; BARÓ PAZOS, J; BELTRÁN SÁNCHEZ, E; CAMPUZANO LAGUILLO, A; COMTE GUILLEMET, N; (...) TOMILLO URBINA, J. (1993). *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*. Tomo II. Santander, España: Universidad de Cantabria.
5. ARAYA, I; BOFILL, O. (2013). Análisis y comentarios a la reforma al régimen concursal chileno (Boletín N° 8324-03). *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, (4), pp. 281 – 324.
6. ARELLANO, P; CARRASCO, C. (2015). Insolvencia y quiebra en Chile. Santiago, Chile: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, pp.6-7. (Disponible [en línea]: <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>).
7. ARMENGOL, M. (1914). *Fundamentos y crítica de la ley de quiebras*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Imprenta de José Tragant.
8. BADO CARDOZO, V. (2020). Insolvencia inminente y situación económica difícil. Recepción de la pre-insolvencia en el Derecho uruguayo. *Revista de la Facultad de Derecho*, (48), e101. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200349>
9. BAEZA OVALLE, G. (2011). *Derecho concursal: Procedimiento de Liquidación de Bienes: La Quiebra*. Santiago, Chile: Thomsom Reuters Puntotex.
10. BARROS, R. (2009). *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Juridica de Chile, pp. 135.
11. BERSTEIN, O. (2015). *Una necesaria y beneficiosa ampliación del presupuesto objetivo en el concurso preventivo*. (Tesis doctoral). Universidad Nacional de la Plata, Argentina.

12. BETANCOURT, F. (2005). El concurso de acreedores en el Derecho Romano Clásico. En *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro homenaje a Manuel Olivencia* (pp. 97-124). Madrid, España: Marcial Pons.
13. BETANCOURT, Fernando. (2007). *Derecho Romano Clásico*. (3ª ed.). Sevilla, España: Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
14. BROSETA PONT, M (1977). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
15. BUNGE GUERRICO, H. (1916). *Interpretación de la Ley de quiebras*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
16. BUSTOS, S.; CELADOR, L. (2010). El nuevo sistema de compensación y liquidación de instrumentos financieros: completando la infraestructura financiera chilena. *Derecho y Humanidades*, 16 (2), pp. 185-202.
17. CARAMES FERRO, J. (1940). *Curso de Derecho Romano*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Emilio Perrot.
18. CASTRO GONZÁLEZ, A; MIRANDA GUADAMUZ, L. (2005). *Los medios de resolución alterna de conflictos y los procesos concursales en Costa Rica*. (Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho). Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica.
19. CLEMENTE MEORO, M. (1991). Término y vencimiento anticipado: antecedentes históricos. *Anuario de Derecho Civil*, 44 (4), pp. 1529-1632.
20. Colombia. Superintendencia de Sociedades. (2011). *Régimen de Insolvencia Empresarial Colombiano: Una breve historia del derecho concursal moderno en Colombia*. Recuperado de: https://www.supersociedades.gov.co/imagenes/comunicaciones/Oficio_%20Nuevo_%20libro.pdf
21. CONTADOR, N; PALACIOS, C. (2015). *Procedimientos Concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley Nº 20.720*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
22. CORREA, L. (2015). *Fortalezas y Debilidades de la Ley 1116 de 2006 en sus primeros años de aplicación*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para la obtención del título de magister en Administración Financiera). Universidad EAFIT, Colombia.
23. CORTES, F. (1933). *Comentarios al Código de Comercio Terrestre*. Bogotá Colombia: Tipografía Moderna.

24. CUBEROS GÓMEZ, G. (2005). Insolvencia: evolución de un concepto. *Revista de Derecho Privado*, (34), pp. 27-54. Disponible [en línea]: <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033182002.pdf>
25. DASSO, A. (2006). La dilución del Principio de Colectividad o Universalidad de Acreedores en los procedimientos concursales menores o preventivos: El nuevo panorama concursal. Presentado en el Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, Estado de Yucatán, México. Disponible [en línea]: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/La_Dilucion_del_Principio_de_Colectividad_o_Universalidad.pdf
26. DASSO, A. (2008). La Prueba Concursal del “Mejor Interés de los Acreedores” y la Exclusión de Voto del Disidente. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, pp. 668-680.
27. DEL PINO TOSCANO, F. (2001). La sistematización de la insolvencia en el Digesto. *Derecho y conocimiento*, 1, p. 352.
28. DÍAZ CAMPOS, K. (2018). Del concepto de Insolvencia bajo la Ley 20.720 y de la posible afectación del Deudor Consumidor ante la falta de reglamentación sobre su sobreendeudamiento. *Revista Justicia y Derecho*, 1 (1), pp. 50-65.
29. DÍEZ-PICAZO, L. (2008). Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen II. Las Relaciones Obligatorias (6a ed.). Madrid, España: Editorial Thomson Civitas.
30. FARACI, M; CASADIO MARTÍNEZ, C; RODRIGUEZ, R; OMEGNA, C. (2015) *¿Cómo se puede probar el estado de cesación de pagos del tercero que contrato con el deudor fallido? Análisis doctrinario y jurisprudencial.* (Trabajo de Investigación 2014/15). Recuperado de Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas: <https://www.facpce.org.ar/pdf/cecyt/cesacion-de-pagos.pdf>
31. FERMANDOIS VÖHRINGER, A. (2001). *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
32. FERNÁNDEZ, R. (1938). El verdadeiro cencepto económico-jurídico de la cesación de pagos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de Sao Paulo*, 34 (1). pp. 173-189.
33. FERNÁNDEZ, R. (1939). *La cesación de pagos en el derecho argentino y universal*. Buenos Aires, Argentina: Compañía impresora argentina S.A.
34. FERRERO DIEZ, A. (1993). Del derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, (47), pp. 385-434.

35. FIERRO, A. (2011). *El Derecho de Insolvencia de los Consumidores: una reforma pendiente en el sistema concursal chileno*. (Memoria para optar al grado de licenciado en Derecho). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
36. FILIPPI, C. (2013). Antecedentes romanos de la quiebra. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba*, 1, pp. 147-158.
37. FRONTERA, J. (2007). La Erosión del Código de Comercio de la República Argentina a través del Instituto de la Quiebra: Primer estudio sobre su descodificación. *Revista IusHistoria*, (4), pp. 1-24.
38. GARZÓN, D. (2015). *Los procesos de insolvencia en Colombia: análisis comparado de los requisitos y condiciones*. (Tesis para optar por el título de abogado). Universidad Católica de Colombia, Colombia.
39. GERBAUDO, G. (2018). *El estado de cesación de pagos en el pedido de quiebra por acreedor*. Recuperado de Microjuris Argentina: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/12/el-estado-de-cesacion-de-pagos-en-el-pedido-de-quiebra-por-acreedor/>
40. GERBAUDO, G. (2019). Aproximación a la regulación de la insolvencia en el Código de Comercio de 1859/1862. *Diario Comercial*, 192. Disponible [en línea]: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2019/02/Gerbaudo-Comercial-06.02-Documentos-de-Google.pdf>
41. GIRARD, P. (1901). *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*. París, Francia: Arthur Rousseau.
42. GITMAN, L. (2003). *Principios de administración financiera*. (12a ed.). Naucalpan de Juárez, Estado de México: Pearson Educación.
43. GOLDENBERG, J. (2012). El problema temporal en el inicio de los Procedimientos Concursales. *Revista Ius et Praxis*, 18 (1), pp. 315-346.
44. GOLDENBERG, J. (2016). El perjuicio como justificación de la revocación concursal. *Revista Ius et Praxis*, 22 (1), pp. 87 – 128.
45. GÓMEZ BALMACEDA, R; EYZAGUIRRE SMART, G. (2009). *El derecho de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
46. GOODE, R (2011). *Principles of Corporate Insolvency Law*. (4ta ed.). Londres, Reino Unido: Sweet & Maxwell.
47. GOUDEAU GÓMEZ, B. (2001). Concepto sobre la insolvencia, cesación de pagos, suspensión de pagos, crisis económica y empresas en dificultad. En ROMAN

- RODRIGUEZ, J. (Coordinador), *Salvamento de las empresas en crisis* (pp. 165-194). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
48. GRAZIABILE, D. (2004). Historia y tendencias de los presupuestos concursales. El estado de la cesación de pagos y los sujetos concursales. *Derecho comercial y de las obligaciones: Revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 208, pp. 879-907.
49. GRAZIABILE, D. (2006). Fundamentos de derecho concursal. Nociones, antecedentes, evolución y crisis. *Revista Electrónica de Derecho Concursal Via Crisis*, 18.
50. GUEVARA, V; MUFDI, M. (2017). *La evolución del concepto de contrato y su incidencia en los principales mecanismos de protección del acreedor insatisfecho*. (Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Universidad de Chile, Chile.
51. HEREDIA, P. (2000). *Tratado exegético de derecho concursal: Ley 24.522 y modificatorias: comentada, anotada y concordada: Tomo I (arts. 1 a 40)*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.
52. HERRERA, A; RESTREPO, A. (2012). *Acercamiento al Proceso Concursal de Insolvencia Transfronteriza*. (Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogados). Universidad EAFIT, Colombia.
53. HUALDE LÓPEZ, I. (2017). *La evolución del moderno derecho de insolvencia en España*. Lección inaugural presentada en el Acto Académico de Apertura del nuevo curso 2017-2018 del Departamento de Derecho de UNED Pamplona, España. Transcripción disponible [en línea]: https://www.unedpamplona.es/documentos/admin/archivos/lecci%C3%B3n_inaugural_uned_ibon_hualde.pdf
54. JEQUIER LEHUEDÉ, E. (2019). *Curso de Derecho Comercial*. Tomo III. (Vol. 1). Santiago, Chile: Thomson Reuters.
55. JOSLIN, G. S. (1962). Insolvency in Bankruptcy: A Synthesis. *Indiana Law Journal*, 38 (1), pp. 23-37.
56. LEAL PEREZ, H. (1989). *Concordatos Mercantiles: Decreto Número 350 de 1989*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
57. LÓPEZ, C. (2005). *Insolvencia financiera en la Unión Europea: efecto de la legislación concursal sobre la valoración del mercado*. (Tesis doctoral). Universidad de Cantabria, España.

58. LÓPEZ, V. (2001). *La quiebra por extensión*. Madrid, España: Editorial Consejo General del Notariado.
59. LOZANO HERNANDEZ, J. (2005). Evolución del Derecho Concursal en el Perú. *Diario Oficial El Peruano: Suplemento de Análisis Legal "Jurídica"*, 2 (67), pp. 3-5.
60. MARTÍNEZ GIJÓN, J. (1987). El capítulo X de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737 (" De las compañías de comercio y de las calidades y circunstancias con que deberán hacerse") y el título IV de la "Ordonance sur le Commerce" de 1673 ("Des sociétés"). *Revista Chilena de Historia del Derecho*, (13), pp. 159-176.
61. MARTÍNEZ, D. (2017). *Las acciones revocatorias concursales*. (Tesis presentada como uno de los requisitos para el egreso de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción). Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile.
62. MEDAWAR, G. (2019). Concursos y Quiebras. Un Derecho Concursal vetusto y adormecido, para paliar crisis modernas y dinámicas (por un Derecho Concursal para empresas). *Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina*, (7).
63. MIGUENS, H. (2012). El Concepto de "Estado de Cesación de Pagos" en el Derecho Concursal Argentino. *Anuario de Facultade de Dereito de Universidade da Coruña*, 16, pp. 499-534.
64. Ministerio de Justicia de España. (1986). *Centenario del Código de Comercio*. (Vol. 1) Madrid, España: Centro de Publicaciones.
65. MONTERREAL, A. (2010). *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*. Santiago de Compostela, España: Andavira Editora.
66. MONTOYA GIL, H. (1974). Quiebra de los comerciantes. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (48), pp. 111-161.
67. MORLES HERNANDEZ, A. (1998). *Curso de Derecho Mercantil*. (Vol.1). Caracas, Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello.
68. MOTILLA MARTINEZ, J. (1983). Las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, interesante fuente histórica del derecho mercantil. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (15), pp. 189-219.
69. NADELMANN, K. (1962). La Quiebra en el derecho Norteamericano (Traducido por Enrique Elguera). Instituto de investigaciones jurídicas UNAM. México. D.F.
70. ORREGO, J. (2021). Concepto y clasificación de las Obligaciones. Recuperado de: <https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-las-obligaciones/>
71. PAJARDI, P. (1991). *Derecho concursal*. Tomo I. Editorial Abaco. Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco.

72. PEREZ ALVAREZ, M. (2000). *La bonorum venditio: Estudio sobre el concurso de acreedores en el Derecho Romano clásico*. Zaragoza, España: Mira Editores.
73. PEREZ ALVAREZ, M. (2004). Origen y presupuestos del concurso de acreedores en Roma. *Revista Juridica Universidad Autónoma de Madrid*, (11), pp. 103-152.
74. PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2011). La posición del deudor en la historia. De la responsabilidad personal a la patrimonial. *Revista General de Derecho Romano*, (16), pp. 1-50.
75. PÉREZ RAGONE, A; MARTÍNEZ BENAVIDES, P. (2015). Del Sobreendeudamiento a La Insolvencia: Fases de crisis del deudor desde el Derecho Comparado Europeo. *Revista chilena de derecho*, 42 (1), pp. 93-121.
76. PINZÓN, J, (1957). *Derecho Comercial: Cuestiones generales y quiebras*. (Vol. 1). Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
77. PRADO PUGA, A. (2007) Síntesis de la legislación de quiebras en Chile. Presentación ante el *Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal*. Recuperado de: https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/doctrina/documentos/Sintesis_Legislacion_Quiebras_Chile.pdf
78. PUGA VIAL, J. (1989). *Derecho Concursal: el juicio de quiebras*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
79. PUGA VIAL, J. (2014). *Derecho Concursal: Del procedimiento concursal de liquidación: Ley Nº 20.720*. (4ta ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
80. PULGAR, J. (1994). *La reforma del derecho concursal comparado y español: Los nuevos institutos concursales y reorganizativos*. Madrid, España: Editorial Civitas.
81. PULGAR, J. (2005). *La Declaración del Concurso de Acreedores*. Madrid, España: La Ley.
82. RICHARD, E. (2013). Una visión rioplatense sobre la crisis societarias y cómo abordarlas. ¿Un problema del derecho concursal?. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, (8), pp. 257-300.
83. RIOS ARRIETA, R. (1961). La cesación de pagos. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, 22, pp. 49-101.
84. RIVERA, J. (2003). *Instituciones de Derecho Concursal*. (2a ed.). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
85. ROCCO, A. (1917). *Il Fallimento: Teoría Generale de Origine Storica*. Roma, Italia: Fratelli Bocca Editori.

86. RODRIGUEZ, T. (2009). *Predicción de las situaciones de insolvencia mediante el análisis de flujo*. (Memoria para optar al título de contador público y auditor). Universidad del Bío- Bío, Chile.
87. ROMÁN RODRÍGUEZ, J. (2001). *Salvamento de empresas en crisis*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
88. ROMÁN RODRÍGUEZ, J. (2002). La crisis de la Empresa. *Revista Chilena de Derecho*, 29 (3), pp. 637-643.
89. RUBÍN, M. (2004). El juez del concurso en el régimen de continuación de la actividad productiva en la quiebra. *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, (31/32).
90. RUZ LÁRTIGA, G. (2017). *Nuevo Derecho Concursal Chileno*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing.
91. SÁNCHEZ-CALERO, J; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2004). *Comentarios a la legislación concursal*. (Vol. 3). Valladolid, España: Editorial Lex Nova.
92. SANDOVAL LOPEZ, R. (2007). *Manual de Derecho Comercial*. Tomo IV. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
93. SCHÄFER, T. (2012). *Der Eröffnungsgrund Der Überschuldung*. Baden-Baden, Alemania: Nomos.
94. SKEEL, D. (1999). The Genius of the 1898 Bankruptcy Act. *Faculty Scholarship at Penn Law*, (720), pp. 321-341.
95. SOMARRIVA, M; ALESSANDRI, A; VODANOVIC, A. (1961). *Curso de Derecho Civil. Tomo III: De las Obligaciones*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento.
96. SOTOMONTE, D. (2005). Los Presupuestos del Concurso en la Legislación Colombiana. *Revista e-Mercatoria*, 4 (1). Disponible [en línea]: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2107/1884>
97. SOZA RIED, M. (1998). El Procedimiento Concursal del Derecho Romano Clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (20), pp. 13-34.
98. THURRIOT, H. (1909). *Breves apuntes sobre quiebras*. Buenos Aires, Argentina: La Industrial.
99. VEGA, L. (2012). *Estudio de la Insolvencia*. (Trabajo Fin de Máster Sistemas de Información y Análisis Contable). Universidad de Oviedo, España.

100. VIDAL OLIVARES, A. (2007). Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista. *Revista chilena de derecho*, 34 (1), pp. 41-59.
101. YADAROLA, M. (1943). Bases para la reforma de la ley de quiebras. En *Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial*. (Vol. 1). Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
102. ZALAUQUETT, J. (1968). *La causa de declaratoria de quiebra*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

II. JURISPRUDENCIA:

1. Segundo Juzgado Civil de Santiago. 19 de agosto de 2016. Rol N° C-17114-2016.
2. Tercer Juzgado Civil de Santiago. 23 de febrero de 2018. Rol N° 2693-2018.
3. 15° Juzgado Civil de Santiago. 28 de julio de 2016. Rol N° C-14542-2016.
4. 17° Juzgado Civil de Santiago. 11 de julio de 2019. Rol N° C-34428-2017.
5. 25° Juzgado Civil de Santiago. 20 de mayo de 2016. Rol N° C-11392-2011
6. 30° Juzgado Civil de Santiago. 11 de septiembre de 2017. Rol N° C-22908-2017.
7. Corte de Apelaciones de Chillán. 22 de diciembre de 1937. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 36. Sección 1ª, p. 247.
8. Corte de Apelaciones de Concepción. 16 de diciembre de 2016. Rol N° 896-2016.
9. Corte de Apelaciones de Copiapó. 27 de noviembre de 2018. Rol N° 381-2018.
10. Corte de Apelaciones de Puerto Montt. 17 de Mayo de 2017. Rol N° 5-2017.
11. Corte de Apelaciones de Santiago. 11 de enero de 2018. Rol N° 11465-2017
12. Corte de Apelaciones de Santiago. 30 de marzo de 2016. Rol N° 13434-2015.
13. Corte de Apelaciones de Santiago. 30 de marzo de 2016. Rol N° 13434-2015.
14. Corte de Apelaciones de Santiago. 4 de noviembre de 1998. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Núm. 3 – 1998.
15. Corte de Apelaciones de Santiago. 7 de octubre de 1997. *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*. Núm. 3-1997.
16. Corte de Apelaciones de Valdivia. 21 de noviembre de 2016. Rol N° 635-2016.
17. Corte de Apelaciones Talca. 11 de enero de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XIV, Sección 1ª.
18. Corte de Concepción. 21 de agosto de 1935, G., 1925, 2° sem. Núm. 160, p. 539
19. Corte Suprema, 9 de mayo de 2018. Rol N° 39766-2017.

20. Corte Suprema. 10 de agosto de 1914. En Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Código de Comercio, Ley de Quiebras. (1955). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
21. Corte Suprema. 11 de diciembre de 1937. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 35, Sección 1ª.
22. Corte Suprema. 11 de julio de 2019. Rol N° 20607-2018, Considerando 9no.
23. Corte Suprema. 11 de octubre de 2016. Rol N.º 16535/2015. Considerando 10mo.
24. Corte Suprema. 15 de julio de 2013. Rol N° 9612-2012.
25. Corte Suprema. 19 de octubre de 2017. Rol N° 19111-2017.
26. Corte Suprema. 21 de septiembre de 2016. Rol N° 5334-2016.
27. Corte Suprema. 23 de enero de 2014. Rol N° 9010-13.
28. Corte Suprema. 25 de abril de 2011. Rol N° 9027-10.
29. Corte Suprema. 3 de abril de 2012. Rol N° 8500-201.
30. Corte Suprema. 30 de mayo de 2018. Rol N° 2718-2018.
31. Corte Suprema. 5 de Agosto de 2013. Rol N° 2923-13.
32. Corte Suprema. 7 de abril de 2014. Rol N° 9432-2013. En La Semana Jurídica (Nº 94), p. 4.
33. Corte Suprema. 8 de enero de 1934. G., 1934, 1er sem., Núm. 37, p. 226. En PUGA VIAL, J. (1999). *Derecho concursal: El juicio de quiebras*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

III. LEGISLACIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA:

1. XII Tablas.
2. Bankruptcy Act 1898 de Estados Unidos.
3. Código Civil de Chile.
4. Código de Comercio (1865) de Chile.
5. Ley N° 116 (2006) de Colombia.
6. Ley N° 18.175 de Chile.
7. Ley N° 19.551 de Argentina.
8. Ley N° 20.720 de Chile.
9. Ley N° 22/2003 de España.
10. Ley N° 4.558 de Chile.

IV. DOCUMENTOS DE SITIO WEB

1. MARTÍNEZ, B. (2013). El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor en la ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponible [en línea]: <https://elderecho.com/el-sobreseimiento-general-en-el-pago-corriente-de-las-obligaciones-del-deudor-en-la-ley-222003-de-9-de-julio-concursal>
2. UGARTE, M. (2019). Determinación de la fecha de cesación de pagos y periodo de sospecha. Seminario sobre aportaciones teóricas recientes. Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa, Argentina. Disponible [en línea]: http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_ugadet401.pdf), p. 7.