



UNIVERSIDAD DE CHILE.

FACULTAD DE DERECHO.

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL.

## **LOS EFECTOS DE LA LEY 20.720. EN EL DERECHO CIVIL.**

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

DANIEL ALBERTO LAVÍN PENTEADO.

Profesor Guía: Patricio Ricardo Jamarne Banduc.

Santiago, Chile, 2023



## Tabla de contenido

<i>RESUMEN</i> .....	6
<i>INTRODUCCIÓN</i> .....	7
<i>CAPÍTULO I</i> .....	11
<i>EL OBJETIVO POLÍTICO ECONÓMICO DE LA LEY 20720</i> .....	11
<b>1. EL DERECHO CONCURSAL</b> .....	11
1.1. Vinculación del Derecho concursal al Derecho Comercial.....	11
1.2. El porqué del término “concursal” y su vínculo con el concepto de insolvencia.....	12
1.3. Unidad de foro.....	14
1.4. Ejecución colectiva.....	15
1.5. Diferencias entre la ejecución colectiva y la ejecución individual.....	15
1.6. La regla <i>par condicio creditorum</i> .....	18
<b>2. FINALIDAD DE FOMENTO ECONÓMICO</b> .....	23
2.1. Finalidad conservativa.....	23
2.1.1. Principio conservación de la empresa.....	23
2.1.2. Evolución de la concepción del principio de conservación de la empresa.....	24
2.2. FINALIDAD REHABILITADORA.....	43
2.2.1. Generalidades.....	43
2.2.2. Hitos del Proceso de liquidación concursal dirigidos a alcanzar la rehabilitación de la empresa deudora insolvente.....	45
<b>3 EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA LEY 20.720</b> .....	65
3.1 <i>Antecedentes que subyacen a la ley 20.720</i> .....	66
3.2 <i>Objetivos del nuevo régimen concursal</i> .....	68
3.3 Fines político-económicos de la ley 20.720.....	74
<i>CAPÍTULO II</i> .....	76
<i>PRINCIPALES INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO CIVIL EN CONTRATOS Y OBLIGACIONES</i> .....	76
<b>1. Los contratos</b> .....	76
1.1. Concepto de contrato.....	76
1.2. Objeto del contrato.....	77
1.3. Obligatoriedad del contrato y el aforismo <i>pacta sunt servanda</i> .....	78
1.4. La importancia del contrato.....	81
<b>2. Las obligaciones</b> .....	81
2.1. Concepto de derecho personal.....	81
2.2. Concepto de obligación.....	83
2.3. Elementos de la obligación.....	84
2.4. El deber de cumplimiento.....	85
<b>3. La responsabilidad patrimonial universal</b> .....	88
3.1. Fuente de la responsabilidad patrimonial de deudor.....	88
3.2. Reconocimiento legal de la responsabilidad patrimonial del deudor.....	90
3.3. Importancia de la garantía patrimonial universal.....	92
<b>4. El principio de la buena fe</b> .....	94
4.1. La buena fe como estándar social de comportamiento.....	94
4.2. La buena fe como principio general de derecho.....	95
4.3. Función protectora y prescriptiva de la buena fe.....	96

4.4. Función prescriptiva de la buena fe.....	98
<i>CAPÍTULO III.....</i>	<i>101</i>
<i>ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 20.720 Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL....</i>	<i>101</i>
1. Incentivos a la apertura voluntaria del procedimiento de liquidación. ....	102
1.1. Incremento de los procedimientos de liquidación. Contradicción con los objetivos buscados en la ley 20.720. ....	102
2. Deficiencia en la delimitación de la insolvencia como requisito de aplicación del régimen especial de la ley 20.720 en pos del régimen del Derecho Civil.....	104
2.1. Insolvencia como presupuesto base de la legislación concursal.....	104
2.2. Inobservancia de la insolvencia como requisito de entrada al procedimiento de liquidación voluntario. ....	105
3. Norma de descarga en la legislación concursal. ....	109
3.1. Antecedentes de la exoneración de saldos impagos “discharge” en el procedimiento concursal. ....	109
3.2. Limitaciones en la aplicación de la norma de descarga en la legislación concursal. ....	111
3.3. Problemas derivados de la falta de restricciones en el acceso al “discharge” en la legislación actual.....	113
3.4. La disonancia del descargue con la lógica del Derecho Civil.....	115
<i>CONCLUSIONES.....</i>	<i>117</i>
<i>BIBLIOGRAFÍA. ....</i>	<i>119</i>



## **RESUMEN.**

La presente investigación tiene por objeto analizar los efectos de la Ley.20.720 en el Derecho Civil, cuyo ámbito específico de análisis serán los efectos del procedimiento concursal de liquidación en el Derecho Civil de los contratos y obligaciones. Estos efectos derivan de una ley que comprende una técnica legislativa compuesta mayoritariamente de política económica y no estrictamente jurídica. Lo cual hace interesante analizar si es posible una pacífica convivencia de ambos cuerpos normativos, esto debido al interés público que subyace a la Ley.20.720, cuyo objetivo sigue un camino distinto al establecido tradicionalmente por el Derecho Civil, en relación con las obligaciones que nacen de todo contrato legalmente celebrado.

El desarrollo de este trabajo busca poner en relieve a la Ley.20.270 como un instrumento de política económica, el cual tiene un objetivo mayoritariamente de fomento económico, alterando producto de ello las reglas, principios e instituciones del Derecho Civil (sin perjuicio de otras áreas del derecho que escapan a los objetivos de análisis de este estudio).

El Derecho Concursal deriva de la necesidad pública de dar respuesta a las coyunturas económicas de un momento determinado, permitiendo, por lo tanto, la modificación, alteración o suspensión de las normas del Derecho Común. Esta alteración de cuño público al Derecho Civil de los contratos y obligaciones es el objetivo de análisis de esta investigación, que tiene por finalidad determinar si dicha alteración es disruptiva o no, y en el caso de serlo, analizar si está debidamente justificada.

La exposición se divide en tres partes: la primera parte, aborda los objetivos de la Ley.20.720 y las diferencias con el régimen anterior de Quiebras del libro IV del Código de Comercio. La segunda parte, señala los aspectos basales de los contratos y obligaciones, así como sus principios rectores y cómo estos se ven afectados por el procedimiento concursal de liquidación. La tercera parte y final aborda un análisis crítico de la Ley.20.720 y su efecto en el Derecho Civil.

## INTRODUCCIÓN.

El crédito ha sido un elemento connatural a la realización de actividades económicas, las cuales en un inicio han sido reservadas de forma exclusiva a la actividad mercantil, lo que ha ido cambiando en el último tiempo expandiéndose de forma exponencial su acceso a personas naturales no comerciantes, esto por medio del fenómeno de la “*bancarización*” o “*democratización del crédito*”<sup>1</sup>, cumpliendo así un efecto de “lubricante acelerador”<sup>2</sup> en la economía.

Es indefectible el riesgo de la insolvencia de la parte pasiva de la relación jurídica en un sistema económico basado en el crédito, la cual se manifiesta en la “*cesación de pago*”<sup>3</sup>, fenómeno cuyos efectos perniciosos dañan la economía en su conjunto, siendo este el principal objetivo que busca erradicar el Derecho Concursal. Es debido a esta situación patrimonial crítica del deudor que se requieren reglas especiales —Derecho Concursal— que regulen esta situación de anormalidad, en el mismo sentido señala Juan Rodríguez:

*(...) es allí en donde la presencia del derecho concursal adquiere plena justificación; pues ante un escenario de crisis no pueden seguir aplicándose las normas de derecho ordinario (sic) sino que ante una situación de anormalidad se requiere la aplicación de unas reglas igualmente especiales*<sup>4</sup>.

La Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento promulgada el día 30 de diciembre de 2013 y publicada en el Diario Oficial el día 09 de enero de 2014, vino a sustituir el régimen de la Ley.18.175., mayormente conocida como Ley de Quiebras. Este cambio en

---

<sup>1</sup> CABALLERO GERMAIN, Guillermo. Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor. En: *Ius et Praxis*, Vol. 24(3): 133-172, 2018.

<sup>2</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal: del procedimiento concursal de liquidación: Ley N° 20.720. 4a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 23.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. Aproximación al derecho concursal colombiano. En: *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6(2): 218-247, 2007.

relación con el régimen concursal anterior es drástico en su enfoque o en la mirada que la regulación concursal debe tener respecto del insolvente o quebrado, ya que, esta calidad no se considera por la Ley.20.720 como reprochable, sino una situación de ocurrencia normal de los negocios, como señala la historia de la ley en el mensaje del presidente Sebastián Piñera al Senado:

*“Sin embargo, tal como la realidad lo muestra cotidianamente, no todos los emprendimientos están destinados a prosperar ni tampoco las experiencias exitosas están predeterminadas a serlo por siempre, vale decir, concurre en cada momento y en cada experiencia un conjunto de elementos que pueden generar lo que habitualmente se califica como un fracaso empresarial”.*<sup>5</sup>

Esto demuestra un gran cambio respecto de la comprensión del fenómeno de la insolvencia y el enfoque renovado a las necesidades económicas actuales que al respecto debe tener el Derecho Concursal, sumando ahora a los fines del Derecho Concursal no solo el resguardo de los intereses o tutela de los acreedores, sino también un resguardo o tutela al deudor.

Debido a las necesidades de fomento económico que motivan a la Ley.20.720 la convierte en un elemento de interés a analizar, debido a que al ser un instrumento de política económica es un *“ejercicio político y (...) quienes la deciden y ordenan ejecutarla actúan como políticos y no como técnicos”*<sup>6</sup>. Este último es relevante debido a que permite entender al Derecho Concursal como un *“Derecho en construcción”*<sup>7</sup>, debido a que es un Derecho de

---

<sup>5</sup> Mensaje del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea una nueva legislación concursal mediante la ley de reorganización y liquidación de empresas y personas y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. N° 081/360, de 15/05/2012 (B 8492-13).

<sup>6</sup> ATTILIO FERRARI, César. *Política económica: teoría y práctica desde los mercados*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019, p. 39.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Ob. Cit., p. 8.



naturaleza adaptable a las realidades políticas económicas de un momento determinado, que constantemente debe modificarse para seguir con su propósito y búsqueda de soluciones<sup>8</sup>.

Este renovado enfoque del Derecho Concursal —motivado como un instrumento de política económica— y sus efectos en relación al tratamiento que se le debe otorgar a la parte pasiva de la relación jurídica, implican una incidencia respecto al Derecho Civil de los contratos y obligaciones, dado que, para este régimen, el vínculo obligacional nacido de un contrato legalmente celebrado es un elemento intangible, tal como lo establece el Código Civil en el artículo 1545 “*es una ley para los contratantes*”.

El Derecho Civil es un régimen cuya teoría, principios e instituciones distan bastante de este enfoque renovado y deferente al deudor que promueve la Ley.20.720. Principalmente porque el Derecho Civil busca la satisfacción del crédito del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, en caso de no poder seguir dicho camino entrega herramientas para que el acreedor no soporte los efectos del incumplimiento (indemnización de perjuicios, resolución del derecho de prenda general, etc.)

En cambio, el Derecho Concursal como se expresa en la Ley.20.720, es una regulación que busca que todos los acreedores del deudor asuman los efectos negativos del incumplimiento general de éste, en el caso de que su patrimonio sea inexistente o carente de activos. Asumiendo, por parte de los acreedores, los efectos adversos de la insolvencia,<sup>9</sup> en pos de que el deudor pueda reemprender nuevamente y tomar este fracaso empresarial como una experiencia para sus venideros proyectos, sin cargar con este fracaso como un estigma, como lo era en el régimen concursal anterior de la Ley.18.175.

Como puede advertirse, existen interesantes puntos de inflexión entre ambos cuerpos normativos, siendo el interés principal de esta investigación el analizar la posibilidad que dos

---

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. La regla par condicio creditorum: ¿mito o realidad del derecho concursal? De los orígenes históricos de la regla y su expresión en el derecho concursal actual. En: Revista Chilena de Derecho Privado (32): 71-100, 2019.

legislaciones con objetivos divergentes respecto a un mismo asunto, esto es, los contratos y obligaciones del deudor y la relación de éste con sus acreedores, puedan convivir pacíficamente en nuestro ordenamiento, o por el contrario, si existe una subordinación justificada del Derecho Civil a este objetivo de política económica que motiva la Ley.20.720.

# CAPÍTULO I.

## EL OBJETIVO POLÍTICO ECONÓMICO DE LA LEY 20720.

### 1. EL DERECHO CONCURSAL.

Antes de analizar el objetivo político económico propugnado por el Ejecutivo,<sup>10</sup> cuya implementación por medio de la Ley 20.720 encauza al Derecho Concursal bajo un enfoque predominantemente económico<sup>11</sup> así como un instrumento de cambio en la forma de concebir la quiebra —insolvencia—, se analizará la vinculación del Derecho Concursal al Derecho Comercial<sup>12</sup>, como menciona Juan Pablo Román Rodríguez “ (...) *el Derecho Concursal es parte y muy relacionada de lo que es el Derecho Mercantil*”.<sup>13</sup> Así, como algunos de sus elementos esenciales y característicos.

#### **1.1. Vinculación del Derecho concursal al Derecho Comercial.**

La razón por la cual el Derecho Concursal está directamente relacionado al Derecho Comercial, se debe a que los efectos de la insolvencia en la actividad comercial tienen mayor gravedad que en el Derecho Común<sup>14</sup>. Dada la naturaleza misma de la actividad que regula —la mayor cuantía de las transacciones y sus múltiples vínculos en una economía—, los

---

<sup>10</sup> Historia Fidedigna de la Ley N° 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Boletín 8492-13. p. 3.

<sup>11</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 14.

<sup>12</sup> Sin perjuicio de relacionarse muy de cerca a otras áreas del derecho como el Derecho Tributario, Derecho Laboral, Derecho Procesal y, en específico al Derecho Civil, cuya relación y afectación interesa principalmente a la presente investigación.

<sup>13</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. Instituciones de derecho concursal. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2011, p. 24.

<sup>14</sup> PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de derecho de quiebras. 3ra. edición corregida y actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1983, p. 2.

perjuicios de la insolvencia pueden afectar a un conglomerado mucho mayor de personas y tener efectos económicos de mayor envergadura. Por estas razones como señala Álvaro Puelma Accorsi:

*“(…) al Derecho Comercial le ha tocado la elaboración o estudio de una disciplina que tiende a hacer valer la justicia cuando ocurre la cesación de pagos; a esta rama del Derecho Comercial se le denomina “Derecho de Quiebras” o “Derecho Concursal”, que tiene por fin proteger, en caso de cesación de pagos, los legítimos intereses del deudor, de sus acreedores y el interés social; evitar hechos contrarios a dichos intereses y castigarlos en caso de culpa o dolo”.*<sup>15</sup>

Esta vinculación indefectible de la actividad comercial y la posibilidad de caer en una situación de insolvencia proviene desde antaño, y el paso del tiempo ha permitido un desarrollo de la técnica jurídica en la regulación de esta situación de hecho, que es amenazante a toda actividad comercial. En este sentido señala Álvaro Puelma Accorsi:

*“En la época del Renacimiento, y debido a la gran actividad comercial que existió en las repúblicas o ciudades italianas, se creó el Derecho Comercial en la forma que ahora conocemos, abarcando también este nuevo Derecho normas sobre quiebras”.*<sup>16</sup>

## **1.2. El porqué del término “concursal” y su vínculo con el concepto de insolvencia.**

El término concurso por definición (RAE), tiene relación directa a palabras de connotación colectivas —universales— como: concurrencia, participación, colaboración, etc. Este término aleja de consideraciones e intereses individuales y da paso —en el caso del Derecho Concursal— a consideraciones e intereses colectivos no solo privados, sino también públicos.

---

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Ibid., p. 3.

La palabra concursal de esta rama del Derecho Comercial, gira entorno a una situación de afectación general de múltiples efectos llamada insolvencia<sup>17</sup>, entendida como “*un estado patrimonial que impide al deudor cumplir sus compromisos a sus respectivos vencimientos*”,<sup>18</sup> o dicho de otro modo en base a una consideración contable de falta de caja o liquidez “*(...) la iliquidez crónica e irremontable descrita como una asincronía entre las fechas de vencimiento de las obligaciones y el activo circulante del deudor*”.<sup>19</sup>

La insolvencia no se mide a nivel de pasivo y activo del deudor, nos señala Juan Esteban Puga: “*(...) la insolvencia se refiere a los pagos y no a la composición del patrimonio del deudor*”.<sup>20</sup> Es perfectamente posible que una empresa tenga una mayor cantidad de pasivos que activos, esto debido a que para desarrollar una actividad económica se requiere del crédito. Si no fuera de este modo, la actividad económica solo estaría reservada a aquellas personas que pudieren contar con recursos propios suficientes, lo cual no es la regla general en el mundo de los negocios y, debido a que la deuda es la regla general en la actividad comercial, es natural que esté muy vinculada a la actividad mercantil.

Cuando el incumplimiento del deudor se convierte en una situación de incumplimiento crónico y general, afecta a un conglomerado de intereses producto de la insolvencia que subyace a esta situación, la cual, al ser general, indefectiblemente tiene como resultado la configuración de un concurso de acreedores en un procedimiento colectivo en el que convergen intereses tanto privados (acreedores, deudor y terceros) como públicos. El interés público se debe a que la insolvencia no solo afecta a una empresa, sino a variados agentes dentro de una economía (acreedores, proveedores, trabajadores, etc.), afectando la circulación de riqueza dentro de esta, en este mismo sentido los autores Gonzalo Eyzaguirre y Rafael Gómez:

---

<sup>17</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 23.

<sup>18</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 52.

<sup>19</sup> Ibid., p. 56.

<sup>20</sup> Ibid., p.52

*“en cuanto supone la liquidación de un negocio establecimiento o de la empresa mercantil que el deudor ha formado y cuyo desarreglo afecta a la circulación de la riqueza y al crédito público, que son intereses por los que todo Estado ha de velar”.*<sup>21</sup>

Esta multiplicidad de intereses indefectible al fenómeno de la insolvencia tiene como consecuencia que el concepto de Derecho Concursal deba ser bastante amplio permitiendo de alguna forma avizorar sus múltiples finalidades<sup>22</sup>, en este sentido, Juan Esteban Puga: *“afinando una definición, el derecho concursal es más bien aquel conjunto de normas jurídicas sustantivas y adjetivas, formales y materiales, que tienden a regular, reprimir y aun evitar las secuelas de la insolvencia.”*<sup>23</sup>

### **1.3. Unidad de foro.**

El Derecho concursal en cuanto a un concurso de acreedores permite una unidad de foro, siendo esta esencial para entregar una solución general derivada de un procedimiento colectivo, el cual facilita la coordinación y por ende la maximización de valores. Pero esta unidad de foro no debe confundirse con una reunión amistosa, fraternal o solidaria de acreedores, sino más bien, se trata de una instancia donde todos los intereses son naturalmente contrarios entre sí<sup>24</sup>.

De ahí que, cada acreedor, busque el pago de su crédito, siendo la virtud principal de esta unidad de foro el que estos intereses sean encauzados de forma racional dentro de un proceso. Este foro que permite una ordenación racional de intereses toma el nombre de Junta

---

<sup>21</sup> GÓMEZ, Rafael, y EYZAGUIRRE, Gonzalo. El Derecho de Quiebras, tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 29.

<sup>22</sup> BAEZA OVALLE, José Gonzalo. Derecho concursal: procedimiento de liquidación de bienes. La Quiebra. Tomo 1. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuter, 2011, p.163.

<sup>23</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 34.

<sup>24</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 37 (1): 73-98, 2010.

de Acreedores y constituye un órgano del procedimiento concursal (artículo 2 n°15 Ley. 20.720). Este órgano es el llamado a coordinar estos múltiples, y muchas veces contradictorios, intereses de los acreedores, el cual como señala Juan Luis Goldenberg: “*es sólo (sic) un instrumento para lograr el efecto propio de la concursalidad, como es la coordinación de los intereses —plurales, diversos, contradictorios— para la consecución de la ansiada eficiencia*”.<sup>25</sup>

#### **1.4. Ejecución colectiva.**

El procedimiento Concursal de Liquidación tiene como presupuesto la insolvencia, de la cual se desprende una ejecución colectiva del deudor debido a una connatural pluralidad de acreedores. En cuanto a ser un procedimiento de ejecución colectivo, su idea central es la eficiencia y maximización del valor del patrimonio —o del activo— del deudor insolvente.

Eficiencia en el procedimiento concursal entendida como “*(...) la mejora en la capacidad de pago del patrimonio del deudor a fin de reducir las necesidades crediticias insatisfechas de sus acreedores, considerando a estos últimos como un todo*”.<sup>26</sup> De esta forma, por medio de la eficiencia que propugna el procedimiento concursal, se busca mitigar en lo posible los efectos del “*espiral de empobrecimiento*” que implica la insolvencia”<sup>27</sup>.

#### **1.5. Diferencias entre la ejecución colectiva y la ejecución individual**

##### **1.5.1. En cuanto a los presupuesto que subyacen a cada procedimiento.**

---

<sup>25</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Bases para la privatización del derecho concursal. En: *Revista chilena de derecho privado*, (20): 9-49, 2013.

<sup>26</sup> CARRASCO DELGADO, Nicolás. Tres razones para la utilización de la eficiencia en el Derecho Procesal Concursal. En: *Revista chilena de derecho privado*, (30): 55-85, 2018.

<sup>27</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 11.

El procedimiento de ejecución individual a diferencia de un procedimiento de ejecución colectivo, no parte de un presupuesto de insolvencia, como tampoco, de una pluralidad de acreedores. En caso de incumplimiento bastarían los mecanismos del Derecho Común, lo que significa, que el acreedor puede ejercer su Derecho de Garantía Universal sobre los bienes del deudor (artículo 2465 Código Civil) y, por medio de la ejecución de estos, pagarse y satisfacer su interés.

Esta diferencia se debe a que, generalmente, el deudor en un procedimiento de ejecución individual, respecto de su obligación, “no quiere cumplir”, mientras que en el caso de un procedimiento de ejecución colectivo, el deudor se encuentra en un estado de “no poder cumplir” con su obligación.<sup>28</sup>

#### **1.5.2. En cuanto a los principios subyacentes a cada procedimiento de ejecución.**

En el caso de las ejecuciones individuales como señala Ricardo Sandoval López: “*el pago de las acreencias depende de la diligencia, prontitud y decisión de cada uno de los acreedores (...) si un acreedor es más previsor, diligente o afortunado que los demás y logra llevar a cabo su cobranza, la ley debe dejarlo hacer, a menos que actúe con fraude*”.<sup>29</sup>

En este caso, rige, como regla general, el principio individualista “*prior in tempore potior iure*”<sup>30</sup>. El cual, se traduce como “*primero en el tiempo, mejor derecho*”. De este principio se desprende otra diferencia importante entre la ejecución colectiva y la ejecución individual, esto es, que en el caso de la última no existe un interés público “*(...) el interés particular del acreedor a ser pagado de su crédito no es una cuestión de orden general*”.<sup>31</sup>

En cambio, el procedimiento colectivo de liquidación rige un principio totalmente opuesto al principio de corte individualista “*prior in tempore potior iure*”, el principio rector

---

<sup>28</sup> Ibid., p.19-20.

<sup>29</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 22.

<sup>30</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 57.

<sup>31</sup> Ídem.



de un procedimiento colectivo y de esta unidad de foro es la “*par condicio creditorum*”.<sup>32</sup> Principio inferido implícitamente en la legislación concursal y propugnado de forma imperiosa por la doctrina<sup>33</sup>. Principio, que, a grandes rasgos, establece que todos los acreedores son iguales salvo preferencias legales. Así lo expresa Álvaro Puelma Accorsi:

*“Los legítimos intereses comunes a todos los acreedores, en caso de cesación de pagos, consisten en que todos los créditos sean pagados en igual forma, proporción y plazo, salvo preferencias legales, evitando que se favorezca a algún acreedor en perjuicio de la masa de ellos”.*<sup>34</sup>

En el mismo sentido la Corte Suprema diferenciando el principio “*prior in tempore potior iure*” del principio “*par condicio creditorum*” ha sostenido:

*“(…) la par conditio creditorum, directriz que tiene por finalidad que los acreedores sean reparados mediante una regulación igual para todos ellos, permitiéndoles acceder mediante este proceso de liquidación al patrimonio íntegro del deudor, que es su prenda general, sin que la **iniciativa o incluso audacia** (énfasis agregado) de algún acreedor que persigue el pago de su crédito pueda disminuir el patrimonio y repartos en perjuicio de los demás acreedores (prior in tempore potior iure)”.*<sup>35</sup>

Sin embargo, este principio o regla basal tan propugnada del Derecho Concursal, no ha estado exenta de cuestionamiento respecto de su verdadera aplicación práctica en proceso de ejecución colectiva<sup>36</sup>. Esto se debe a una diferenciación esencial en el proceso en relación

---

<sup>32</sup> PÉREZ RAGONE, Álvaro. Prelación, isonomía y agrupamiento de créditos en la ejecución civil. En: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (35): 437-479, 2011.

<sup>33</sup> RUZ LÁRTIGA. La regla par condicio creditorum... Ob. Cit., 86.

<sup>34</sup> PUELMA ACCORSI, Ob. Cit., p. 13.

<sup>35</sup> Corte Suprema. 21 de octubre de 2020. Rol: 23125-2019. Considerando 4°. Disponible en [Westlawchile.cl](http://Westlawchile.cl) [fecha consulta: 25 de junio de 2021].

<sup>36</sup> RUZ LÁRTIGA. La regla par condicio creditorum... Ob. Cit., 74.

con los acreedores, basada en el sistema de prelación de créditos (Título XLI libro cuarto Código Civil), cuestionamientos de la doctrina que según Juan Luis Goldenberg —no compartiendo dicha opinión— dan a entender que se trataría de un principio solo aplicable a los acreedores ordinarios.<sup>37</sup> A esta interesante discusión se referirá el siguiente apartado.

### **1.6. La regla *par conditio creditorum*.**

La máxima de la *par conditio creditorum* —“(...) esto es, cautelar la protección por igual de todos los créditos que concurren al reparto del producto de la realización del activo (...)”—<sup>38</sup>, también entendida como la “*ley de igualdad*” que deben observar las normas concursales, según indica Ricardo Sandoval: “(...) giran los fines de las normas concursales para lograr el cumplimiento armónico del crédito en forma igualitaria”,<sup>39</sup> puede parecer a primera vista una máxima bien clara en su sentido y alcance. No obstante, basta un somero análisis de las normas sobre prelación de créditos del título XLI del Libro IV del Código Civil que, por reenvío expreso del artículo 241 de la Ley 20.720 hace aplicable a la forma de pago del pasivo en el procedimiento concursal el sistema de prelación de créditos tradicional del Código Civil.

Sistema de prelación que se opone precisamente, ya sea por vía legal (privilegios) o contractual (hipotecas), al tratamiento igualitario de los acreedores<sup>40</sup>. Así también, el artículo 244 del párrafo 2º del título V de la Ley 20.720 “*De los pagos administrativos*”—créditos posteriores a la apertura del concurso— los cuales se insertan como un crédito de primera clase, en virtud del artículo 2472 n°4 del Código Civil.

Disposiciones como las enunciadas originan que este principio inicialmente tan claro en su sentido y alcance requiera de un análisis más profundo para desentrañar su verdadera

---

<sup>37</sup> GOLDENBERG SERRANO, Consideraciones críticas... Ob. Cit., p. 75.

<sup>38</sup> GÓMEZ y EYZAGUIRRE, Ob. Cit., p. 27.

<sup>39</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 37.

<sup>40</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 56.

utilidad práctica a los fines del concurso. De lo contrario, quedarnos con la idea de un imperativo de trato igualitario de los acreedores en la concurrencia del pago de su crédito, sería un “mito” en palabras de Gonzalo Ruz Lártiga: “*La regla par condicio creditorum sería un mito sí y solo sí se la concibiera como una ordenación igualitaria de créditos en el concurso*”.<sup>41</sup>

Como se puede apreciar, la regulación respecto al pago de los créditos no es autónoma creación de la Ley.20.720., sino que toma el mecanismo de prelación de créditos del Código Civil, el cual no fue pensado bajo una lógica de igualdad entre acreedores y sus créditos — *par condicio creditorum*—, sino en una lógica totalmente opuesta.

Basta con apreciar las disposiciones del Código Civil y sus enunciados: “*las causas de preferencias*” (artículo 2470), “*gozan de privilegio*” (artículo 2471), “*la primera clase de créditos comprenden*” (artículo 2472), etc. En consecuencia, indefectiblemente se generan dificultades teóricas<sup>42</sup> respecto a si es o no aplicable la *par condicio creditorum* al proceso de ejecución colectivo y, de ser posible su aplicación, en qué medida esta “*ley de igualdad*” se manifiesta en las disposiciones de la Ley.20.720.

Por tanto, el origen de esta “*crisis de la par condicio creditorum*” es el préstamo metodológico tomado por la Ley.20.720 del Derecho Común. Es posible advertir que el problema no está en el procedimiento concursal de liquidación de la Ley.20.720., sino que es previo a esta<sup>43</sup>, como lo advierte Gonzalo Ruz Lártiga:

“*La crisis, entonces, de la regla de la par conditio creditorum tendría su origen en el Derecho común de fondo y no en el Derecho Concursal y*

---

<sup>41</sup> RUZ LÁRTIGA. La regla par condicio creditorum... Ob. Cit., p.96.

<sup>42</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 148.

<sup>43</sup> RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. *Nuevo derecho concursal chileno: procedimientos concursales de empresas y personas deudoras*. Tomo I y II. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2017, p. 56.

*afectaría, en principio, a los acreedores en la masa, aquellos cuyos créditos son anteriores a la apertura del concurso”.*<sup>44</sup>

En relación a las problemáticas esgrimidas respecto de la aplicación de la “*ley de igualdad*” que promueve la *par condicio creditorum*, se pueden vislumbrar posturas que niegan a la *par condicio creditorum* la calidad de principio informador del Derecho Concursal<sup>45</sup>, en este sentido, por ejemplo, José Luis Goldenberg establece que la finalidad del concurso es propiamente la de articular reglas de coordinación más que un elemento de igualdad —enfoque mayormente dirigido a la eficiencia que debe propugnar el procedimiento concursal—, el autor señala en relación a lo anterior:

*“La finalidad del concurso es propiamente articular las reglas sustantivas de concurrencia de acreedores (...)”, “Si a esta necesidad de coordinación se le desea llamar par condicio creditorum resultará que el contenido dista bastante del enunciado, comunicando tanto menos de lo que se desea expresar”.*<sup>46</sup>

Por otra parte, existen posturas que consideran al principio de *par condicio creditorum* como un principio rector del procedimiento concursal con una aplicación práctica total<sup>47</sup>. Ricardo Sandoval López reconoce esta perspectiva, destacando que las diferencias entre acreedores en cuanto al monto o importancia de sus créditos no influyen o disminuyen la relevancia del principio<sup>48</sup>. Para el autor la *par condicio creditorum* inspira transversalmente al actual derecho de procedimientos concursales manifestándose en numerosas reglas contenidas en la Ley.20.720, ejemplo de algunas de estas disposiciones<sup>49</sup>:

---

<sup>44</sup> Ídem.

<sup>45</sup> GOLDENBERG SERRANO, Consideraciones críticas... Ob. Cit., p. 75.

<sup>46</sup> Ídem.

<sup>47</sup> RUZ LÁRTIGA, La regla par condicio creditorum... Ob. Cit., pp. 87-88.

<sup>48</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 37.

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pp. 38-39.

- 1) La prohibición de disponer por parte del deudor de los bienes comprendidos en el desasimiento y pagar a cualquier acreedor en perjuicio de los demás (artículo 130).
- 2) La fijación irrevocable del derecho de los acreedores al momento de la resolución de liquidación (artículo 134).
- 3) Suspensión del derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al deudor (artículo 135), una eliminación del principio “*prior in tempore potior iure*”.
- 4) Prohibición de compensar deudas y acreencias con el deudor después de dictada la resolución de liquidación (artículo 140).

Es posible observar, a partir de las normas previamente expuestas que se refieren a la manifestación de la *par condicio creditorum*, que este principio se enfoca en la igualdad de los acreedores y no de sus créditos. Esto implica que su objetivo, debido al procedimiento colectivo subyacente, es igualar a los acreedores dentro de un mismo procedimiento y bajo las mismas reglas, no siendo relevante para este principio las diferencias de sus créditos, como expresa Gonzalo Ruz:

*“(...) la par condicio siempre reconoció y respetó la realidad preconcursal que reconocía la existencia de créditos desiguales, es dable colegir, entonces, que esta se erigió más bien con un contenido formal o procedimental como consecuencia del carácter colectivo y universal del concurso<sup>50</sup>.”*

Por lo tanto, siguiendo la perspectiva de la doctrina a favor de la *par condicio creditorum*, se deben distinguir la *par condicio creditorum* como igualdad entre acreedores, más que igualdad de créditos<sup>51</sup>, esto debido a que existe un reconocimiento de la existencia de créditos diferente, bajo esta visión de “*igualdad entre acreedores*” la regla no estaría en

---

<sup>50</sup> RUZ LÁRTIGA, La regla par condicio creditorum... Ob. Cit., p. 85.

<sup>51</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal*... Ob. Cit., p. 56.

crisis<sup>52</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, existe otra parte de la doctrina que niega a la *par condicio creditorum* este rol de igualación de acreedores debido al “enjambre de créditos especiales y preferidos”<sup>53</sup> como expresa Juan Esteban Puga:

“(…) estimamos que el principio de la *par condicio* no se identifica necesariamente con la idea de igualdad de los acreedores, sino con la regla de que los acreedores se paguen según su efectiva preferencia legal y, dentro de cada clase, a *prorrata*”<sup>54</sup>.

Para efectos de este trabajo se seguirá la postura planteada por los autores que reconocen total aplicación al principio *par condicio creditorum* en relación con la igualdad entre acreedores, esta postura es relevante porque distingue el tratamiento igualitario que debe existir respecto a los acreedores, independiente del monto o calidad de su crédito. Lo cual permite interpretar de forma armónica las reglas del Derecho Concursal a la luz de la *par condicio creditorum*.

El Trato igualitario entre acreedores que promueve la *par condicio creditorum* manifestada en la Ley.20.720, lleva a cabo la función de principio informador del concurso, el cual permite explicar, por ejemplo, el motivo de que cualquier acreedor —cumpliendo con los requisitos objetivos y subjetivos que establece la ley— esté legitimado activamente para provocar la apertura del concurso (artículo 117)<sup>55</sup>. También la exigencia que establece la *par condicio creditorum* a todos los acreedores de verificar sus acreencias para participar del concurso (artículo 170), de la misma manera como expresión de igualdad, todos los acreedores deben asumir el efecto extintivo de sus obligaciones insolutas en caso de inexistencia o insuficiencia de activos del deudor (artículo 255)<sup>56</sup>.

---

<sup>52</sup> Ídem.

<sup>53</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 201.

<sup>54</sup> Ídem.

<sup>55</sup> RUZ LÁRTIGA, La regla *par condicio creditorum*... Ob. Cit., p. 86.

<sup>56</sup> Ibid., p. 88.

## **2. FINALIDAD DE FOMENTO ECONÓMICO.**

### **2.1. Finalidad conservativa.**

#### **2.1.1. Principio conservación de la empresa.**

La finalidad conservativa está relacionada directamente al principio de conservación de la empresa, fruto del Derecho francés como señala el profesor Goldenberg, el cual se entiende, en su forma primigenia, como: “una anteposición de criterios sociales a los intereses propios del grupo de acreedores comprometidos”<sup>57</sup>. En el mismo sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema:

*“La conservación de la empresa, principio que se explica desde que tal entidad reúne y coordina los factores de producción y su actividad es esencial en la economía, lo que conduce a que el derecho concursal le interese cautelar el mantenimiento de las empresas viables, si se considera que el Estado no puede mantenerse indiferente frente a una amenaza que provoque un entorpecimiento en la marcha económica normal que pueda afectar el interés social”<sup>58</sup>.*

Principio vinculado, principalmente, a la incardinación de intereses colectivos al procedimiento concursal, ya que, a diferencia de un procedimiento de ejecución individual, este no solo tutela intereses particulares, sino, también, intereses colectivos, “(...) que toda empresa mercantil representa”.<sup>59</sup> Se trata entonces de incardinar, por medio de este principio, intereses sociales, públicos y macroeconómicos que se ven perjudicados por un

---

<sup>57</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis Goldenberg. *La visión privatista del Derecho concursal*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2015, p. 32.

<sup>58</sup> Corte Suprema. 16 de marzo de 2011. Rol: 5775-2010. Considerando 5º. Disponible en [Westlawchile.cl](http://Westlawchile.cl) [fecha consulta: 12 de septiembre de 2021]

<sup>59</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 26.

posible y tal vez inevitable fracaso empresarial, habiendo, indudablemente, un alto interés público en corregir dichos efectos, en el mismo sentido Eduardo Jequier:

*“(...) asoma con especial urgencia la necesidad de atender a un interés que pasó desapercibido para las codificaciones del siglo XIX, superador del puro interés individual de los acreedores y que, por lo mismo, debía ser tutelado a través de un rol más activo del Estado”*

Se trata de un principio considerado por la doctrina como piedra angular de la ley concursal *“El principio de conservación de la empresa debe constituir el fundamento principal de la institución de la quiebra, por lo que ha de preservarse y protegerse la empresa mercantil”*<sup>60</sup>.

En el mismo sentido Ricardo Sandoval López: *“No es ya finalidad y absoluta la liquidación de la empresa insolvente, sino que ante todo y por sobre todo debe procurarse la conservación de la misma”*<sup>61</sup>. Principio que no debe observarse de modo incidental, como señala Goldenberg *“(...) sino como un pilar sobre el que se construye la norma concursal”*<sup>62</sup>.

### **2.1.2. Evolución de la concepción del principio de conservación de la empresa.**

No obstante, el principio de conservación de la empresa, como eje central de la legislación concursal<sup>63</sup>, el cual está ampliamente aceptado tanto en la doctrina como jurisprudencia, llegando a ser considerado un *“axioma”*<sup>64</sup> del procedimiento concursal, es la comprensión en cómo debe entenderse su aplicación práctica, lo que ha evolucionado de forma notoria en la Ley.20.720.

---

<sup>60</sup> GÓMEZ y EYZAGUIRRE, Ob. Cit., p. 31.

<sup>61</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 26.

<sup>62</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 32.

<sup>63</sup> GÓMEZ y EYZAGUIRRE, Ob. Cit., p. 31.

<sup>64</sup> Corte Suprema. 17 de mayo de 2012. Rol: 464-2012. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 5 de octubre de 2021].



A fin de exponer esta evolución del principio de conservación de la empresa en la Ley. 20.720., se presentará un somero cuadro comparativo en las distintas instituciones en que se manifiesta este principio, tanto en la Ley.18.175, como en la Ley.20.720, sus similitudes y/o mejoras, con respecto a los objetivos prácticos, que persigue este principio cada cuerpo legal.

### ***2.1.2.1. Principio de conservación de la empresa en la Ley.18.175.***

La Ley.18.175 (ley de quiebras), si bien consideraba el principio de la conservación de la empresa, la aplicación práctica o su manifestación estaba orientada a la liquidación de empresa, siendo la institución de la Quiebra una vía deficiente en situaciones de crisis empresarial en el sentido de prevenir o subsanar dicha situación. Como señala Juan Pablo Román:

*“La quiebra, no es una institución jurídica para enfrentar la crisis, sino para liquidar y repartir los bienes de la empresa dicho de otra forma distribuir entre los diferentes actores vinculados a la empresa las pérdidas que provoca la crisis empresarial”<sup>65</sup>.*

Distintas disposiciones daban cuenta de la manifestación del principio de conservación de la empresa en la Ley.18.175<sup>66</sup>., pero orientadas deficitariamente al procedimiento de liquidación de la empresa, cuyo enfoque principal era la maximización de su valor. Ejemplo de estas disposiciones son:

#### ***a) La continuación provisoria:***

Institución que data de la Ley N° 4.548 de 1929<sup>67</sup>. En la Ley de Quiebras, el Síndico en virtud del artículo 27 n°8 y artículo 99 (ley.18.175), puede proponer en la primera junta

---

<sup>65</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. La Crisis de la Empresa. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 29 (3): 637-643, 2002.

<sup>66</sup> Corte Suprema. 16 de marzo de 2011. Rol: 5775-2010. Considerando 5°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 07 de octubre de 2021]

<sup>67</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 366.

de acreedores la continuación del giro provisional de forma total o parcial. Así también, de solicitar —previa autorización del tribunal— la “*continuación efectiva*” por causa grave (artículo 99 inciso 2° Ley.18.175).

Continuación provisoria que, de tomas formas, podía ser solicitada por dos más acreedores que representen a lo menos dos tercios del pasivo con derecho a voto (artículo 112 Ley.18.175). Todo sin perjuicio de la dificultad que representaba la concurrencia de acreedores garantizados —prendarios e hipotecarios— los cuales dicho acuerdo no suspendía el ejercicio sus acciones en los bienes afectos a la seguridad de sus créditos, salvo que consintieran expresamente en la continuación provisoria de la empresa.

**b) *La enajenación del activo como unidad económica:***

Es una propuesta que podían plantear los acreedores que reunieran más de la mitad del total del pasivo de la quiebra, según lo establece el artículo 124 (ley.18.175). Lo que se busca por medio de esta vía, es evitar el desmembramiento de los bienes de la empresas, negocios o establecimientos<sup>68</sup>. Por lo tanto, al ser una norma concursal de realización de bienes, se trata de una institución reparativa y no preventiva<sup>69</sup>, esto es destinada a evitar los perjuicios que implican la realización unitaria o desmembrada de los bienes del deudor.

**c) *La realización sumaria del activo:***

Realización del activo que tiene lugar cuando el producto probable de la realización no excediera de las 1000 UF artículo 109 (ley.18.175). Estimación del valor que puede ser objetada por el fallido o los acreedores ante el tribunal, el cual resolvía al quinto día pudiendo solicitar un informe pericial. La realización por esta modalidad sumaria está reglada por ley y el síndico podía efectuarla de la forma más conveniente a la masa, dentro de un plazo de seis meses<sup>70</sup>. Por otra parte, la realización, al estar reglada por ley los acuerdos de junta de acreedores no tenían cabida y tampoco competencia para decidir sobre esta materia<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> GÓMEZ y EYZAGUIRRE, Ob. Cit., p. 70.

<sup>69</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 322.

<sup>70</sup> Ibid., p. 30.

<sup>71</sup> Ídem.

#### **d) *El convenio judicial preventivo:***

Se presenta como el único mecanismo, “poco alentador”<sup>72</sup>, en la ley 18.175 para enfrentar las crisis de las empresas. Un mecanismo que mantenía los problemas basales para su eficacia de las legislaciones anteriores a la ley de Quiebras<sup>73</sup>, problemas en relación con:

##### ***d.1. La eficacia del acuerdo.***

El artículo 177 no otorgaba ningún tipo de seguridad respecto al acuerdo en caso de suscribirse, esto debido a su redacción la cual reza “*La tramitación de esta clase de convenio no embarazará el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del deudor, no suspenderá los juicios pendientes, ni obstará a la realización de los bienes*”.

Sin perjuicio de la introducción de “*nuevas alternativas de tutela*”<sup>74</sup>, por medio de la reforma de la Ley.18.598 a la ley de Quiebras<sup>75</sup>. El principal aporte de la reforma fue establecer las bases del “*convenio apoyado*”<sup>76</sup>. Lo cual permitía morigerar la aplicación del artículo 177, incorporándose el artículo 177 bis, que permitía en caso presentarse un convenio judicial preventivo, apoyado por la mayoría de acreedores que representaren a lo menos un 51% del total del pasivo, la imposibilidad de declarar en quiebra al deudor. Así, como tampoco proceder a la realización de sus bienes durante noventa días siguiente a la notificación de dicha resolución judicial. Resolución que citaba a los acreedores a junta para deliberar dicha proposición.

##### ***d.2. Los acreedores preferentes.***

La existencia de acreedores garantizados, dentro de estos los acreedores prendarios (crédito de segunda clase artículo 2474 n°3 Código Civil) y los acreedores hipotecarios

---

<sup>72</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, *La Crisis...* Ob. Cit., p. 638.

<sup>73</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. *La protección financiera concursal*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2020, pp. 14-15

<sup>74</sup> Ídem.

<sup>75</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. cit., p. 26.

<sup>76</sup> GOLDENBERG SERRANO, *La protección financiera...* Ob. Cit., pp. 14-15.

(crédito de tercera clase artículo 2477 Código Civil), transforman estos acuerdos en solo acuerdos de acreedores valistas<sup>77</sup>. Esto, debido a que la votación a favor del acuerdo por parte de un acreedor garantizado significaba la renuncia a la preferencia.

Renuncia que la Ley. 18.175 en su artículo 191 daba el carácter irrevocable, perdiendo así sus preferencias para el pago de sus créditos garantizados<sup>78</sup>, lo cual abría la puerta a “la lucha por obtener posiciones ventajosas en el reparto, o acceder al control de la empresa por medio de complejas operaciones de compra de créditos o capitalizaciones por parte de los acreedores más aventajados<sup>79</sup>. También se daba la situación de los “*acuerdos informales*”, consentimiento informal que adolecía de toda seguridad jurídica como señala Nelson Contador y Cristián Palacios:

*“(…) cada vez que se iniciaban las negociaciones para acordar un Convenio Judicial, era necesario contar con el consentimiento informal de los acreedores garantizados, quienes aunque no votaban las proposiciones de convenio, tenían una injerencia fundamental en su objeto o contenido porque si no estaban de acuerdo con éste, simplemente ejecutaban la garantía, dejando en letra muerta todo lo acordado con los acreedores en el Convenio”<sup>80</sup>.*

#### **2.1.2.2. Principio de conservación de la empresa en la Ley.20.720.**

La Ley.20.720 mantiene, con algunas diferencias, las instituciones de la legislación de quiebras anterior. Instituciones destinadas a la maximización del valor de la empresa para el pago de sus acreencias. Sin embargo, incorpora, debido a la agenda de fomento que

---

<sup>77</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, La Crisis... Ob. Cit., p. 639.

<sup>78</sup> CONTADOR ROSALES, Nelson; PALACION VERGARA, Cristián. *Procedimientos concursales: ley de insolvencia y reemprendimiento Ley N° 20.720*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2015, p. 14.

<sup>79</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, La Crisis... Ob. Cit., p. 639.

<sup>80</sup> Ídem.

persigue, la institución de los acuerdos de reorganización que permite una manifestación, con mayor tutela jurídica, del principio de la conservación de la empresa.

Las principales instituciones que mantienen el tradicional enfoque en la maximización del valor de los activos, en el contexto de una liquidación, son las siguientes:

**a) *La continuación de actividades económicas.***

***a.1. La continuación de actividades económicas provisoria:***

Se trata, de la misma institución de la “*continuación provisoria*” de la ley 18.175 (artículo 27 n°8 y artículo 99), no obstante, a la mayor determinación de sus objetivos y fines plasmados en la propia redacción del artículo 231 de la ley 20.720. Institución que mantiene su objetivo central, el cual es el pago de las acreencias del deudor por medio de la administración de su negocio, pero no orientado a salvar el patrimonio del concursado, sino a facilitar y mejorar la enajenación del mismo<sup>81</sup>.

Siendo la finalidad general de la continuación provisoria: “*(...) hacer más eficiente u ordenada la realización del activo del deudor, optimizando el interés de los acreedores*”<sup>82</sup>. La continuación provisoria es determinada por el liquidador (artículo 231 n°1 Ley. 20.720), desde el momento que asume el cargo hasta la celebración de la Junta de Acreedores Constitutiva.

Para conseguir la finalidad general de la continuación provisoria, la ley ha detallado tres fines específicos<sup>83</sup>:

- *El aumento del porcentaje de recuperación por parte de los acreedores del deudor (art.231 n°1 literal a) ley.20.720.)*: Se requiere en este caso la presencia de activos que, a vista de los acreedores, estos pudieran alcanzar un valor mayor

---

<sup>81</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 588.

<sup>82</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 523.

<sup>83</sup> Ídem.

al actual. Y, por otro lado, debe tratarse de una actividad económica viable sujeta a una situación “impura de liquidación”<sup>84</sup>, la cual (...) *se trata de un caso en que la empresa desarrolla actividades productivas viables, por lo que su estado financiero crítico suele deberse a problemas de mala administración*”<sup>85</sup>.

- Facilitar la ejecución de prestaciones que se encontraren pendientes y de las cuales se derive un beneficio para la masa (art.231 n°1 literal b) ley.20.720.): En este caso, se trata de una situación “diametralmente distinta a la anterior”<sup>86</sup>, debido al objetivo que persigue este literal, el cual es evitar el perjuicio que produciría a los acreedores el cese de contratos en curso o prestaciones pendientes. La palabra “beneficio para la masa” debe ser interpretada de forma laxa o de *lato sensu*, como señala Gonzalo Ruz:

*“Creemos, sin embargo, que en esta expresión no necesariamente va envuelta la idea de beneficio como homologable a utilidad, sino también la de realizar una economía, evitar un perjuicio o mitigar o hacer cesar el daño que ya se esté produciendo y que se incremente como consecuencia de la inejecución de las prestaciones pendientes (...)”*<sup>87</sup>.

- Propender a la realización de los activos del deudor como unidad económica (art.231 n°1 literal c) ley.20.720.): Se trata de la mantención de las actividades productivas del deudor, con un propósito estratégico para la masa pasiva como señala Gonzalo Ruz. Permitiendo, por medio de la venta como unidad económica, la obtención de un mayor precio en la enajenación del conjunto de activos que en el caso de la venta individual de los mismos<sup>88</sup>.

---

<sup>84</sup> Ídem.

<sup>85</sup> Ídem.

<sup>86</sup> Ídem.

<sup>87</sup> Ibid., p.525.

<sup>88</sup> Ídem.

### ***a.2. Continuación definitiva de actividades económicas:***

Respecto a esta institución, ubicada en los artículos 230 a 240 de la ley 20.720, no se aprecia una variación de la que existía anteriormente en la ley.18.175., tanto en sus objetivos, plazos y efectos.

Se trata, al igual que en la ley 18.175, de una facultad exclusiva de la junta de acreedores (artículo 231 n°2 ley 20720), la cual puede ser promovida, tanto, por el liquidador, como por cualquier acreedor y, acordada con quórum especial (dos tercios del pasivo total con derecho a voto verificado y/o reconocido).

Se trata de una decisión única y exclusiva de la junta de acreedores, siendo “originalísima de nuestra ley”<sup>89</sup>, el que sea una decisión que se adopte sin considerar para nada los deseos del fallido<sup>90</sup>.

La razón de que sea una decisión exclusiva de los acreedores se debe a que, si se decide seguir adelante el negocio del deudor, esta decisión estratégica implica naturalmente un aumento del pasivo, pasivo que es de cuenta y riesgo de los propios acreedores<sup>91</sup>. Pasivos que gozan de preferencia (artículo 2472 n° 4 Código Civil), pero con la salvedad, de que dicha preferencia recae solo sobre los bienes comprendidos en la continuación de actividades<sup>92</sup>.

Continuación de actividades cuyo plazo máximo, según el artículo 233 n°5 ley 20.720, no debería ser mayor a un año, con la posibilidad de prorrogarlo una vez más. Sin perjuicio de que la ley no señala el plazo de la prórroga, se entiende por la doctrina que se refiere al mismo plazo de un año<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 590.

<sup>90</sup> Ídem.

<sup>91</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 371.

<sup>92</sup> Ídem.

<sup>93</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 593.

No obstante, lo anteriormente dicho sobre el plazo máximo de un año de la continuidad económica, la ley 20.720 permite que la junta por medio de quórum especial acuerde la venta de los activos del deudor como unidad económica, por lo cual, el plazo ya no sería de un año, sino un “*plazo indispensable*” para la concreción de este acuerdo como señala el artículo 233 n°5 inciso 2° ley 20.720.

En este caso el plazo dura todo el tiempo necesario hasta la perfección de la enajenación como unidad sin necesidad de autorización judicial<sup>94</sup>. Autorización judicial que si es necesaria en el caso de la prórroga del plazo de un año, respecto de la continuación de actividades económicas propiamente tal.

#### **b) *Venta como unidad económica.***

Respecto a esta institución, mantiene bastante de los aspectos esenciales ya establecidos como forma de realización en la ley 18.175<sup>95</sup>. Institución que data del año 1976 por medio del Decreto Ley n° 1.509<sup>96</sup>, cuyo principal propósito es, señala Ricardo Sandoval: “(...) *el separar la suerte que corre la empresa y los conjuntos de bienes destinados a su explotación, de la situación de las personas naturales o jurídicas declaradas en quiebra*”<sup>97</sup>. Venta como unidad económica que constituiría una oferta de venta completa, la cual como señala Gonzalo Ruz: “(...) *que sólo (sic) requiera la aceptación pura y simple del aceptante para que se forme el consentimiento*”<sup>98</sup>.

Una de las diferencias respecto a la ley de quiebras, es la determinación de la forma de este tipo de realización, ya que no será determinada ante el juez, quien era ante el cual debía efectuarse dicha realización (artículo 124 ley 18.175), sino por la junta. Como expresa la Superintendente<sup>99</sup>, la cual señala en la Comisión de Constitución de la

---

<sup>94</sup> Ídem.

<sup>95</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 323.

<sup>96</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 620.

<sup>97</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 321.

<sup>98</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 487.

<sup>99</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado.



Cámara de Diputados, que constituye un gran avance en pos de aumentar la tasa de recuperación de los acreedores<sup>100</sup>, reconociendo de esta forma una “*tendencia privatista*”<sup>101</sup> en la legislación concursal.

Por otra parte, el artículo 217 n°1 de la ley 20.720, según parte de la doctrina tiene un cambio en su redacción que lo diferencia del artículo 125 de la ley 18.175, que demuestra, en parte, una disrupción en las instituciones del Derecho Civil, produciéndose una derogación de las reglas comunes del Derecho Civil de los contratos y obligaciones<sup>102</sup>. Esta diferencia está dada en el tratamiento sobre los bienes que tenga el deudor en un bien raíz que no sea de su propiedad:

-Extracto artículo 125 número 1 inciso 2° ley 18.175: “*Si se tratare de la enajenación de un conjunto de bienes ubicados en un bien raíz no perteneciente al fallido, el síndico **incluirá en las bases los derechos que el fallido tenga en el mismo**, cualquiera sea el tenor de la convención o la naturaleza de los hechos en que se funda la posesión, uso o mera tenencia del inmueble.*”

-Extracto artículo 217 número 1 de la ley 20.720: “*En el evento de que se enajenare un conjunto de bienes ubicados en un bien raíz que no sea de propiedad del Deudor, **se incluirán en la venta los derechos que en dicho inmueble le correspondan**, cualquiera sea el tenor de la convención o la naturaleza de los hechos en que se funda la posesión, uso o mera tenencia del inmueble.*”

Esta diferencia en la redacción establece un punto relevante en los derechos que al respecto del bien inmueble adquiere el adjudicatario, esto debido a que en la redacción de la ley 18.175, al decir “*incluir en las bases*” los derechos que tenía el fallido sobre el bien raíz, esto cumple un rol de información esencial que debía analizar el adjudicatario al tomar la decisión de la compra.

---

<sup>100</sup> Ídem.

<sup>101</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 17.

<sup>102</sup> RUZ LÁRTIGA, Nuevo derecho concursal... Ob. Cit., p. 487.

Dicho de otra forma, la inclusión en las bases de esta situación no hace obligatorio a un tercero dueño del inmueble, en que se encuentren los bienes objeto de la unidad económica, dígame arrendador o comodatario, u otro contrato de características *intuitu persona*. El aceptar que el nuevo adjudicatario tome posesión o tenencia del bien raíz en reemplazo del deudor, a menos que haya consentido en esto el tercero dueño.

En este sentido en el informe de Comisión de Constitución de la ley 20.720, señala Juan Esteban Puga: “*porque los derechos del deudor sobre inmueble ajeno deben incluirse en las bases, pero no son enajenables en la venta sin el concurso del tercero (por ejemplo, el arrendador)*”<sup>103</sup>.

En cambio, la redacción en la ley. 20.720, manda a incluir “**en la venta**”, los derechos que tiene el deudor en el inmueble, por lo tanto, la ley no prevé como señala Gonzalo Ruz:

*“(…) la hipótesis en que estos contratos sean intuitu persona, como en el comodato, o que se haya celebrado en consideración a la persona del deudor y en particular a su estado patrimonial, incluyendo esta condición en una cláusula de resolución ipso facto, pues en esos casos se produce la terminación del contrato o a lo menos la imposibilidad de transferirlo”*<sup>104</sup>.

Situación que incluye, como señala el autor, a los derechos reales de goce, que tienen el carácter de personalísimos<sup>105</sup>. Tema que fue opinado por Juan Esteban Puga en la Comisión de Constitución, respecto a la redacción de los artículos 125 y 128 de la ley 18.175, en relación con el artículo 217 de la ley.20.720:

*“Sin embargo, hizo presente que la regla propuesta puede perfeccionarse. En efecto, podría exigirse que antes de enajenar se consulte con el arrendador*

---

<sup>103</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado.

<sup>104</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal*... Ob. Cit., p. 487.

<sup>105</sup> Ídem.

*las condiciones que debe tener el adquirente de la unidad para conservar el arriendo y si está dispuesto a darle una extensión de plazo, que puede ser vital para el adquirente*<sup>106</sup>.

Mención que al respecto al Superintendente, en la Comisión de Constitución de la ley 20.720, responde: “(...) *ambas normas son iguales y que el proyecto solo modifica la forma de realizar la venta como unidad económica, la que ya no será determinada por el juez de la quiebra, sino que por la junta (...)*<sup>107</sup>. Quedando claro que la diferencia en la redacción del artículo 217 de la ley 20.720, no produciría una enajenación de los derechos ipso facto, que sobre el bien inmueble tenga el deudor.

### **c) *Oferta de compra directa***

Esta forma de realización mantiene el enfoque tradicional de la búsqueda de mayor valor en el producto de la liquidación del activo. Se trata de una forma de liquidación, que responde a la flexibilidad que otorga la ley 20.720 en la fase de realización del activo del deudor<sup>108</sup>.

La ley 20.720., a diferencia de la ley 18.175., no hace parte al deudor en el proceso de este tipo de realización del activo, lo cual, es un aporte respecto de la ley concursal anterior en la regulación de las ofertas de compra directa<sup>109</sup>.

La ley de quiebras en su artículo 123, exigía para acordar una forma distinta de realización de los bienes, no solo el voto de más de la mitad del pasivo con derecho a voto, sino también, la participación del voto del deudor (fallido). Participación del deudor, que, como señala Juan Esteban Puga, generaba ciertos inconvenientes:

---

<sup>106</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado.

<sup>107</sup> Ídem.

<sup>108</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 495.

<sup>109</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 627.

*“El gran inconveniente de la fórmula derogada era que para todos esos casos se requería del voto del deudor, que a veces no era posible recabar y que en otras, ese voto implicaba para el concurso que parte del precio en mente del oferente debía ir al deudor, quien por interpósita persona, no siempre relacionada siquiera, recortaba su tajada a cambio de su voto”<sup>110</sup>.*

La ley 20.720., el artículo 222, establece un tratamiento bastante simplificado de este tipo de realización<sup>111</sup>, exige una propuesta escrita al Liquidador, donde se de cuenta de una constancia expresa de oferta acerca de la existencia de una oferta. Propuesta que el Liquidador debe dar a conocer a la junta de acreedores y aprobarse con quórum especial de dos tercios del pasivo con derecho a voto.

Un tema controvertido a discutir o acordar en la junta de acreedores respectiva, es la determinación del valor de mercado de los bienes a liquidar por medio de la oferta de compra directa. Siendo este aspecto, comentan Nelson Contador y Cristián Palacios, uno de los defectos más significativos de este método de realización<sup>112</sup>.

La ley 20. 720., en su artículo 223, establece un sistema supletorio a estos conflictos estableciendo que, en caso de no llegar a quórum, este baje a quórum calificado (mayoría absoluta del pasivo con derecho a voto). El cual, si es aprobado, los activos objeto de la oferta de compra directa son ofrecidos por medio de remate al martillo a cualquier interesado, cuyo precio mínimo a rematar será el propuesto por el oferente, sin perjuicio de que el mismo oferente pueda participar en el remate. En el caso de que no se presenten postores se llevará a cabo la venta al oferente según los términos pactados originalmente<sup>113</sup>.

Está segunda vía, que permite la ley 20.720, por medio de la venta por remate al martillo, tiene objetivos bastante claros, al establecer que el precio propuesto por el oferente

---

<sup>110</sup> Ídem.

<sup>111</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 227.

<sup>112</sup> Ídem.

<sup>113</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 628.

sea el valor inicial del remate, si este valor es inferior al valor de mercado, el efecto será la atracción de más postores dispuesto a pagarlo, cuya consecuencia indefectiblemente será que el correcto o pertinente valor de mercado del activo a realizar, será determinado por las pujas de los mismos postores<sup>114</sup>.

Por otra parte, Juan Esteban Puga señala un vacío existente en esta regulación, debido a que la ley no se pone en el caso de que no exista acuerdo bajo quórum calificado, dicho de otro modo, que no haya voluntad por parte de los acreedores de ir a remate, lo cual, tendría como consecuencia, que de todas formas los bienes vayan a remate por medio de la realización normal, pero eventualmente sin un valor mínimo<sup>115</sup>.

Vacío, que podría ser subsanado aplicando el sistema supletorio de todas formas aún sin acuerdo, señala el autor: *“Lo lógico sería que sin aprobación por una especial, se aplique el sistema supletorio siempre, con acuerdo o no de la Junta, pero para eso hace falta un cambio legislativo”*<sup>116</sup>.

#### **d) Realización simplificada o sumaria.**

Respecto a esta forma de realización de los bienes, no hay mayores diferencias, salvo algunas variaciones<sup>117</sup>, en relación con la regulación de la ley 18.175. Existen variaciones en cuanto al monto mínimo probable de recuperación respecto de la realización, en la ley 18.175., el umbral eran 1000 UF para proceder de esta forma, en la ley 20.720, aumenta a 5000 UF. También la ley 20.720, establece esta forma de realización en el caso de que el deudor califique como microempresa (artículo 230 literal a).

#### **2.1.2.3. Acuerdo de reorganización.**

---

<sup>114</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 228.

<sup>115</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 628.

<sup>116</sup> Ídem.

<sup>117</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. cit., p. 317.

Del recorrido llevado a cabo, por las distintas instituciones, tanto de la ley 18.175 y ley 20.720, en las que había una manifestación del principio de conservación de la empresa, es posible notar que la nueva ley concursal mantiene, salvo leves modificaciones, el enfoque liquidatorio del régimen anterior, esto es, aumentar el valor de los activos del deudor para el pago de sus acreencias.

En cambio, donde existe una radical diferencia con la ley 18.175., y, una evolución de la manifestación del principio de conservación de la empresa es en la institución de los acuerdos de reorganización, cuya regulación se encuentra en el capítulo tercero de la ley 20.720. Esta institución cambia lo deficitario del régimen de quiebras<sup>118</sup> —ahora concursal— respecto a la situación de crisis en las empresas.

Si bien, la ley 18.175., contemplaba el acuerdo judicial preventivo, este camino no era muy viable, debido a los problemas ya expuestos en el apartado 2.1.d., (eficacia del acuerdo, acreedores preferentes, etc.). Por lo tanto, estos “instrumentos solutorios” no eran especialmente promovidos en la legislación anterior<sup>119</sup>, debido al enfoque “*preferentemente liquidatorio*” del régimen de quiebras<sup>120</sup>.

El acuerdo de reorganización, aplicable solo a empresas deudoras<sup>121</sup> (artículo 54 ley 20.720), da cuenta del enfoque renovado de la nueva ley concursal, permitiendo una aplicación mucho más coherente del principio de conservación de la empresa. Esto, debido a que la ley 20.720, “*privilegia*”, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios, la mantención de aquellas empresas viables, las cuales requieren una reestructuración de sus pasivos y activos, para mantener su giro operacional y capacidad de pago a sus acreedores<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, *La Crisis...* Ob. Cit., p. 639.

<sup>119</sup> Ídem.

<sup>120</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 33.

<sup>121</sup> Sin perjuicio de que aplique a personas naturales que sean contribuyentes de impuesto de primera categoría, las cuales la ley concursal las considera para estos efectos empresa deudora artículo 2 n°13.

<sup>122</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 54.

Institución que refleja la mirada proteccionista de la empresa viable en la nueva ley concursal, la que ha superado la postura tradicional proteccionista del crédito y el orden público económico, como señala Patricio Jamarne<sup>123</sup> en el primer trámite Constitucional del Senado:

*“(...) nuestra legislación actual tiende a la protección del crédito y del orden público económico, siguiendo la tradición histórica de nuestro país y de la tendencia mundial en la época en que fue dictada. Esta postura ha sido superada por el paso del tiempo, y hoy la tendencia es distinta tanto en nuestro país como en el derecho comparado y lo que se busca es proteger a la empresa y en consecuencia al empleo, que es la base o fundamento de este proyecto de ley”<sup>124</sup>.*

Acuerdo de reorganización, cuya naturaleza jurídica, parte de la doctrina lo considera “inequívocamente contractual”<sup>125</sup>, Juan Esteban Puga lo define como un “contrato de transacción concursal”<sup>126</sup> —definición mayormente aceptada en el derecho comparado<sup>127</sup>— señala el autor:

*“(…), el acuerdo de reorganización es un contrato colectivo y solemne de transacción mediante el cual el deudor y el conjunto de sus acreedores resuelven la insolvencia de aquél evitando, clausurando un procedimiento concursal de liquidación, cuyos derechos y obligaciones son oponibles a todos los acreedores, salvo excepciones legales”<sup>128</sup>.*

---

<sup>123</sup> Ex Síndico de Quiebras en la ley 18.175 y actual Veedor Concursal en la ley 20.720. Además, profesor del Departamento de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>124</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado.

<sup>125</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal*... Ob. Cit., p. 33.

<sup>126</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. *Derecho concursal: el acuerdo de reorganización*. 4a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 23.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 72.

De esta definición se desprende que el objeto del acuerdo de reorganización no es solo evitar un procedimiento de liquidación concursal, que análogamente vendría a ser un acuerdo preventivo igual en objeto al convenio preventivo mejorado de la ley 18.175, sino un instrumento que permite al deudor utilizar la vía de la reorganización, como una defensa ante una eventual liquidación concursal forzada (artículo 120 n°2 literal c), lo que vendría a ser un acuerdo de reorganización alzatorio.

Acuerdo de reorganización alzatorio que, en efecto, vendría a ser coherente al entender —como señala Juan Esteban Puga— el acuerdo como un contrato de transacción concursal. Esto, debido a que el objeto de un contrato de transacción “*es la Litis, actual o potencial, que en la esfera del derecho concursal está representada por la ejecución o liquidación colectiva*”<sup>129</sup>.

#### **a) *Protección financiera concursal.***

La protección financiera concursal, es una mejora de lo ya realizado por la ley 18.593 que introduce en la ley de quiebras el art.177 bis. Mejora que permitía una suspensión de medidas de apremio, juicios ejecutivos, liquidaciones y restituciones del deudor por un plazo de noventa días. La mejora en la ley 20.720, está dada por el hecho de que esta protección contra medidas de apremio o agresión al patrimonio del deudor, ya no está supeditada al apoyo o no de los acreedores, antes exigido en la ley 18.175, sino que se otorga de forma autónoma, “*sin consulta alguna a los acreedores*”, como señala Juan Esteban Puga:

*“Con la nueva ley, el efecto de protección surge de la mera admisibilidad de la solicitud de apertura de un procedimiento de reorganización concursal, sin consulta alguna a los acreedores, admisibilidad radicada en una resolución denominada un tanto ampulosamente “resolución de reorganización (...)”.*<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 81

<sup>130</sup> Ibid., p. 233.



No solo era complejo en la legislación anterior optar por esta protección del acuerdo preventivo, debido a que se debía contar con el apoyo de los acreedores garantizados, porque a que estos se entendían renunciar a sus preferencias por el solo hecho de votar (artículo 191 ley 18.175.), sino además porque la ley exigía, además, un voto mixto, ya que no solo se trataba de los acreedores que sumaran más del cincuenta por ciento del pasivo, sino además, la necesidad de que concurrieran mínimo dos o más acreedores.

#### **b) Efectos de la protección financiera concursal.**

El artículo 54 de la ley 20.720., establece lo efectos de la protección financiera concursal, entre estos efectos esta: 1) la imposibilidad de iniciar ejecuciones, 2) se suspenden las ejecuciones en curso, 3) se conservan la vigencia de los contratos y las condiciones de pago. Todo esto en el marco de otorgar al deudor un periodo de tranquilidad, que parte de 30 días ampliable hasta 90 días, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios, para el desarrollo del acuerdo que el deudor propondrá a sus acreedores, sin que ninguno de estos pueda tomar ventajas iniciando acciones individuales, logrando de esta forma una de las máximas del Derecho Concursal “*la par conditio creditorum o posición de igualdad entre acreedores frente al deudor*”<sup>131</sup>.

Agregando, además, la conservación en los registros públicos de deudores que participan en licitaciones públicas (artículo 57 n°1 literal d), se subsana de esta forma — como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios — un problema que ocurría con los convenios judiciales preventivos en la ley 18.175, que por regla general la empresa que lo iniciaba era separada del registro público y no podía presentarse a ningún tipo de propuesta<sup>132</sup>.

Algo discutible de esta última medida de protección, sería la sanción a su infracción, la cual queda restringida a la indemnización de perjuicios, lo cual hace difícil su operatividad

---

<sup>131</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 11.

<sup>132</sup> Ibid., p. 67.

o eficacia, ya que, la indemnización de perjuicios es materia de tribunales ordinario en procedimientos de lato conocimiento. Agregando a esto, las dificultades probatorias, como la prueba del daño, la pérdida de chance etc.

Por lo tanto, la eficacia de esta sanción quedará entregado a la magnitud de los montos y nivel de tamaño de empresas afectadas, las cuales tendrán capacidad económica para iniciar el juicio indemnizatorio y alcanzar la eventual indemnización de perjuicios, lo cual puede llegar a entenderse como una norma discriminatoria o elitista<sup>133</sup>.

Por otra parte, existe en el Acuerdo de Reorganización una tutela bastante proteccionista al deudor, ya que este es el único legitimado para iniciar este proceso (artículo 54 inciso segundo ley.20.720), que, de ser declarado admisible, entrega una protección financiera concursal en que ningún acreedor pueda ejercer ningún tipo de presión, blindándolo económicamente.

Sin perjuicio de lo anterior, la ley para efectos de equilibrar, tanto los intereses del deudor y acreedores, entrega la facultad de estos último de aceptar o no el acuerdo propuesto. Es en este punto donde la ley entrega el contrapeso a favor de estos acreedores arrastrados a una negociación tal vez no querida por ellos.

Contrapeso consistente en “*la llamada declaración refleja de liquidación*”<sup>134</sup>, esto quiere decir, que en caso de ser rechazado el acuerdo propuesto, la empresa pasa de inmediato un procedimiento de liquidación concursal o vuelve al proceso de liquidación suspendido, en caso de que se trate de un acuerdo alzatorio. Produciéndose en este caso una conversión del proceso de reorganización a uno de liquidación<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> Este fragmento ha sido escrito considerando como base las lecciones de Derecho Comercial III impartidas por el profesor Guillermo Caballero Germain en la Universidad de Chile durante el segundo semestre de 2020.

<sup>134</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 129.

<sup>135</sup> PUGA VIAL, el acuerdo de reorganización... Ob. Cit., p. 321.

La ley, por lo tanto, entrega a riesgo de la empresa deudora este mecanismo, que exige para su éxito una viabilidad económica que permita convencer a los acreedores, so pena de caer en un procedimiento de liquidación concursal de oficio en caso contrario, como reza el artículo 96 ley 20.720., sin perjuicio de la posibilidad de presentar una nueva propuesta bajo quórum especial de dos tercios en la junta de acreedores.

## **2.2. FINALIDAD REHABILITADORA.**

### **2.2.1. Generalidades.**

La finalidad rehabilitadora que propugna la ley 20.720., se plasma en el hecho de una empresa que cae en un procedimiento de liquidación concursal, no signifique para esta, el fin de su actividad económica o, una sanción que la estigmatice en la actividad comercial cotidiana.

El objetivo buscado por esta finalidad rehabilitadora es que la empresa sometida a un procedimiento concursal de liquidación, al término de este, quede en una posición, ante la sociedad, exactamente igual al de una empresa que no haya sido sometida a este procedimiento. De esta forma se busca evitar todo efecto o consecuencia adversa por el hecho de haber sido parte de un procedimiento concursal de liquidación

El objetivo final es la no estigmatización del deudor como señala Hernán Corral<sup>136</sup>. Objetivo en las antípodas de la anterior legislación de quiebras, cuyo problema de estigmatización del deudor era la consecuencia de su visión sancionatoria del concurso, quitando toda posibilidad de evitar dicho efecto <sup>137</sup>. Visión sancionatoria que dejaba a los

---

<sup>136</sup> CORRA TALCIANI, Hernán. El nuevo régimen concursal: Notas sobre su impacto en materias de derecho civil. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile. Editorial Thomson Reuters, 2016, p. 129.

<sup>137</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 24.

tribunales como: “*garantes de la correcta ordenación del comercio, buscando el castigo de quien ha lesionado su funcionamiento*”<sup>138</sup>.

La ley 20.720, manifiesta el objetivo público de fomento económico por medio de esta función de la liquidación como “rehabilitadora de la empresa”. Lo cual se produce principalmente en los casos en que una empresa no pueda ser “salvada”<sup>139</sup> mediante la reorganización, por ser inviabiliable financiera y económicamente<sup>140</sup>.

En estos casos, la ley 20.720 encauza indefectiblemente ese fracaso empresarial al procedimiento concursal de liquidación, en el cual se produce el reciclaje o reasignación de los bienes del deudor, produciéndose al término de este procedimiento, previo pago del máximo posible de sus acreencias —en el escenario ideal— una purga del fracaso empresarial y no una sanción, permitiéndole de esta forma tener un nuevo comienzo desde cero y rehabilitado en la actividad económica.

Finalidad claramente manifestada en la historia de la ley, en el mensaje del ejecutivo en el primer trámite constitucional en el Senado:

*“Hoy muchos emprendedores que fracasan no pueden volver a surgir por procedimientos engorrosos, y por la connotación negativa que el actual procedimiento de quiebra conlleva. Por lo anterior, un apoyo a los emprendedores del país no estaría completo si no se les dieran herramientas para poder desprenderse de un proyecto fallido, permitiendo a los acreedores recuperar todo o parte de sus acreencias, y así poder iniciar uno nuevo que*

---

<sup>138</sup> Ídem.

<sup>139</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016, p. 6.

<sup>140</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 30

*pueda ser exitoso, generando beneficios no sólo para él sino que para todo el país*”<sup>141</sup>.

## **2.2.2. Hitos del Proceso de liquidación concursal dirigidos a alcanzar la rehabilitación de la empresa deudora insolvente.**

### **2.2.2.1. Inicio del procedimiento de liquidación concursal.**

La forma de dar inicio a un procedimiento concursal de liquidación puede ser de dos formas, una vía es el inicio voluntario, cuyo único legitimado activo para iniciar el proceso es la propia empresa deudora (artículo 2 n° 18 y 115 ley 20.720.). El que se inicia por medio de una solicitud (no demanda) ante el juzgado de letras competente, lo que denota el carácter no contencioso o administrativo del procedimiento voluntario <sup>142</sup>. La segunda vía, es el inicio forzoso, el cual se inicia por medio de una demanda ante el juzgado de letras competente, cuyos legitimados activos son los acreedores de la empresa deudora (artículo 2 n°17 y 117 ley 20.720.).

#### **e) Notas relevantes respecto al inicio del procedimiento de liquidación concursal.**

##### ***e.1.* Respecto al rol del juez en la liquidación voluntaria.**

Una diferencia bastante marcada entre el inicio voluntario del procedimiento de liquidación en la ley 20.720 y su antecesora la ley de quiebras, es la fundamentación respecto a la situación de desequilibrio patrimonial (insolvencia) que aqueja a la empresa deudora y que motiva la solicitud de liquidación voluntaria.

---

<sup>141</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., primer Informe de la Comisión de Constitución del Senado, p. 4.

<sup>142</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal*... Ob. Cit., p. 121.

El artículo 42 n° 5 de la ley de quiebras exigía acompañar “*una memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de sus negocios*”, de esta forma la ley de quiebras exigía una fundamentación<sup>143</sup> del mal estado de los negocios de la empresa deudora que iniciaba un procedimiento voluntario de liquidación, requisito derogado por la actual ley concursal en su artículo 115<sup>144</sup>.

Al respecto se ha discutido por la doctrina cuál es la actitud del juez que conoce de esta solicitud, si debe solo constatar el cumplimiento de los elementos formales exigido por el art.115 o debe llevar a cabo un análisis de méritos respecto de estos hechos reveladores de la insolvencia que la ley exige, pudiendo y teniendo injerencia en declarar admisible o no la solicitud, en base a un análisis de méritos.

Al respecto en la doctrina hay opiniones divididas. Nelson Contador y Cristián Palacios señalan que el juez solo debe limitarse a verificar el cumplimiento de los elementos formales, dejando el conocimiento acerca del mal estado de los negocios al propio sujeto que opera en el mercado, siendo una decisión que responde a la esfera personal de la empresa deudora, de esta forma sentencia:

*“Así, en otras palabras, la única actitud que el sentenciador debe asumir es la constatación de los elementos formales que la misma ley contempla, en el entendido que la decisión de someterse al Procedimiento Concursal de Liquidación responde a la esfera personal de autodeterminación de la empresa deudora”<sup>145</sup>.*

En el mismo sentido Gonzalo Ruz:

*“El tribunal queda limitado a un mero examen formal de la solicitud, esto es, como ya se dijo, sólo (sic) se limita a constatar si la ED ha acompañado los*

---

<sup>143</sup> Ibid., p.131.

<sup>144</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. cit., p. 110.

<sup>145</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit. p. 142.

*documentos que se exige adjuntar a ella. No puede el tribunal, en consecuencia, analizar el mérito del requerimiento. En parte alguna de la ley le ha exigido a la ED fundar su solicitud, señalando las razones que la llevan a tomar una decisión tan extrema como requerir su LV, ni menos la necesidad de acreditar el deudor la situación de insolvencia que así lo obliga a actuar”<sup>146</sup>.*

En el mismo sentido Juan Esteban Puga:

*“En primer lugar, el juicio concursal puede iniciarse con la sola petición del deudor, caso en el cual el tribunal del concurso está obligado a dictar sentencia sin más trámite. En la liquidación voluntaria, la relación procesal nace con la sola presentación de la demanda; pero las demás partes del juicio concursal entregarán dicha relación en tanto se les notifique de la sentencia de apertura (resolución de liquidación)”<sup>147</sup>.*

En sentido contrario, Ricardo Sandoval:

*“Pero el hecho de que la empresa deudora pida su liquidación voluntaria, no significa que el juez esté obligado a declararla, sino que se requiere que la confesión de la cesación de pagos se ajuste a las normas probatorias para constituir plena prueba del fundamento de su petición. No debe perderse de vista que en los procedimientos concursales, tal como en la quiebra, no solo está comprometido el interés del deudor, sino también el de los acreedores, el de los terceros y el de toda la comunidad”<sup>148</sup>.*

Esta discusión es relevante en el sentido de que el procedimiento de quiebra en la ley 18175, tenía —como se ha señalado en los apartados anteriores— un fuerte carácter

---

<sup>146</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 134.

<sup>147</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 295-296.

<sup>148</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. cit., p. 110.

sancionatorio y estigmatizador en la figura del deudor, dicho de otra forma, el inicio de un procedimiento de liquidación voluntario se entendía bajo la lógica de una confesión expresa y judicial de cesación de pagos<sup>149</sup> indiscutida por el juez.

Esto, debido que no era lógico que un deudor se sometiera a un procedimiento de liquidación, salvo que efectivamente estuviera en una situación de insolvencia, dado que las consecuencias de verse expuesto a este procedimiento, no solo eran patrimoniales y penales, sino también de la mala reputación de verse expuesto a una liquidación “efecto estigmatizador”.

Situación que no se presenta en la actual ley concursal, la que propone un trato deferente y proteccionista para con el deudor, ajena a la tradicional mirada sancionadora del concurso, un efecto de rehabilitación comercial del deudor sometido a una liquidación.

De ahí, que se produzca una exoneración total de los saldos insolutos una vez dictada la resolución de término del proceso de liquidación. Beneficio que la anterior legislación era más cuidadosa y exigente en ceder con la figura del sobreseimiento definitivo (artículos 164 y 165 de la ley 18.175), el cual tenía el efecto de poner término al estado de quiebra<sup>150</sup>.

Preocupación ya expuesta en la historia de la ley, por el profesor Gómez en el segundo trámite constitucional de la ley, en la cámara de diputados:

*“(...) el procedimiento que se ha ideado en el proyecto para proceder a pagar los créditos termina transformándose simplemente en un modo de extinción de las obligaciones del deudor, que opera de pleno derecho”<sup>151</sup>.*

---

<sup>149</sup> Ídem.

<sup>150</sup> GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. El derecho de quiebras. Tomo I y II. 1a. edición aumentada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 457.

<sup>151</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., Segundo trámite constitucional: Cámara de diputados, p.176.



f) **Respecto al juicio de oposición.**

Otra diferencia interesante entre la liquidación forzada y voluntaria es el juicio de oposición a una liquidación, el cual solo procede en caso de demanda forzosa de liquidación. Oposición que se hace valer en la audiencia inicial (artículo 120 n°2 literal d). La cual abre una instancia de defensa a favor del deudor antes de la dictación de la resolución de liquidación por parte del juez.

De esta forma la ley concursal otorga al deudor la oportunidad de cuestionar la validez o legitimidad del procedimiento concursal que se ha incoado<sup>152</sup>, antes de cualquier dictación de resolución que inicie una liquidación. Está posibilidad de defensa ex antes fue una de las reformas más esperadas por una parte de la doctrina<sup>153</sup>.

La anterior ley de quiebras no otorgaba una instancia de defensa ante un procedimiento de liquidación iniciado por los acreedores. Se dictaba la declaración de quiebra sin posibilidad de cuestionar la acción ejercida por estos. Situación que atenta contra todas las garantías del debido proceso, como la bilateralidad de la audiencia, el derecho a la defensa, etc.

En el mismo sentido, Gonzalo Ruz: *“Esta anarquía procedimental generaba la sensación de un vicio de inconstitucionalidad del procedimiento contenido en la LQ por infracción de la garantía del debido proceso (...)”*. Teniendo el deudor como única defensa, contra la declaración de quiebra, el recurso especial de reposición (artículo 56 ley 18.175).

De ahí, que para el deudor arrastrado a un procedimiento de liquidación forzado, no existía posibilidad alguna de evitar la declaración de quiebra, solo posibilidad de enervar ex post su declaración, situación del todo coherente con el ánimo del legislador de la época<sup>154</sup>, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios:

---

<sup>152</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit. p. 193.

<sup>153</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 236.

<sup>154</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 180.

*“Este instrumento se mostró del todo coherente con el ánimo de la legislación, vale decir, lo esencial para la normativa concursal de su época era situar al afianzamiento del estado de quiebra como primer paradigma, remitiendo la eventual controversia a una finalidad alzatoria, correctiva, tendiente a impugnar una sentencia judicial vinculante y que, en determinadas materias, además producía efectos desde el instante de su pronunciamiento”.*<sup>155</sup>

En otro orden de ideas<sup>156</sup>, el hecho de que el deudor pueda enervar la pretensión de los acreedores, evitando o demorando la resolución de liquidación, demuestra este enfoque proteccionista a la empresa deudora.

Pero, esta solución genera cierta tensión, en el sentido de que estos hechos reveladores del presupuesto objetivo del procedimiento concursal de liquidación, en efecto la insolvencia, mencionados en los artículos 115 (liquidación voluntaria) y 117 (liquidación forzosa) de la ley 20.720, solo puedan ser rebatidos por el deudor en una liquidación forzada, dejando a los acreedores en una posición vulnerable desprotegidos en caso de que el deudor opte por una liquidación voluntaria.

En consecuencia, se genera cierta desigualdad, debido a que los hechos reveladores, en un procedimiento de liquidación forzado, puedan ser rebatidos en el juicio de oposición por parte del deudor, probando en contra de estos, que no se encuentra en un estado de insolvencia. Pero, en un procedimiento voluntario estos hechos reveladores no pueden ser rebatidos y bastan por sí mismos —siguiendo la doctrina mayoritaria— para iniciar un procedimiento concursal de liquidación, no pudiendo los acreedores afectados, rebatir la solicitud de inicio de liquidación voluntaria, probando la solvencia de la empresa deudora.

---

<sup>155</sup> Ídem.

<sup>156</sup> Este fragmento ha sido escrito considerando como base las lecciones de Derecho Comercial III impartidas por el profesor Guillermo Caballero Germain en la Universidad de Chile durante el segundo semestre de 2020.

Manifestando de esta forma la “obvia”<sup>157</sup> necesidad de la nueva legislación concursal, de que la liquidación voluntaria prospere, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios:

*“Las novedades que ofrece la Ley N° 20.720 se estructuran a través de un necesario balance: por un lado, la casi obvia necesidad de reducir los requerimientos del ordenamiento a fin de que la Liquidación Voluntaria pueda prosperar (...)”*<sup>158</sup>

Necesidad que puede verse manifestado en una forma de permitir un sistema más amigable para con el deudor, para efectos de que este acuse de forma más oportuna su situación de insolvencia, como señala Juan Esteban Puga:

*“Hoy existe consenso en que los sistemas más amistosos con el deudor tienen mejores resultados. Esto se debe a que el deudor es normalmente el primero en detectar su insolvencia, de forma que en un sistema más amistoso acusará antes su problema, lo que detendrá más oportunamente el efecto empobrecedor de la insolvencia (...)”*<sup>159</sup>.

#### **2.2.2.2. Resolución de liquidación y desasimiento**

##### **2.2.2.2.1. La resolución de liquidación.**

La resolución de liquidación es el hito que da inicio, propiamente tal, al procedimiento concursal de liquidación. Resolución que origina un conjunto de efectos tanto en el plano jurídico-económico<sup>160</sup> sobre el deudor y sus bienes, también respecto a los

---

<sup>157</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit. p. 144.

<sup>158</sup> Ídem.

<sup>159</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. Mirada crítica de la ley N° 20.720. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016, p.51.

<sup>160</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. cit., p. 176.

acreedores y, por último, en relación con los actos o contrato de la empresa deudora que se encuentren en curso cuando la resolución es dictada.<sup>161</sup>

La resolución o sentencia de liquidación, tiene como fundamento dos principios básicos <sup>162</sup>que gobiernan el derecho concursal<sup>163</sup>. El primero corresponde al “*principio de integridad del patrimonio*” de la empresa deudora<sup>164</sup>, que se manifiesta en la administración de pleno derecho de los bienes por el liquidador concursal, así como la posibilidad de reintegrar activos al patrimonio de la empresa por medio de acciones revocatorias concursales y prohibición de ejecutar individualmente a la empresa, etc. El segundo principio responde al principio de igualdad entre los acreedores o “*par conditio creditorum*”<sup>165</sup>, el cual exige a todos los acreedores someterse a las mismas reglas del procedimiento colectivo<sup>166</sup>.

La resolución de liquidación tiene numerosos efectos, los cuales la doctrina ha agrupado bajo dos criterios que atienden al tiempo en que se producen los efectos de la resolución de liquidación<sup>167</sup>.

De esta forma, se distinguen, por una parte, los “*efectos inmediatos*” los cuales se generan de forma inmediata una vez dictada la sentencia de apertura. Por otra parte, se presentan los “*efectos retroactivos*” los cuales retrotraen los efectos de la sentencia de apertura a la fecha anterior al inicio del procedimiento concursal. Estos criterios permiten comprender la amplitud y alcance de los efectos derivados de la sentencia de apertura<sup>168</sup>.

---

<sup>161</sup> Ídem.

<sup>162</sup> Ibid., p. 178.

<sup>163</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 292.

<sup>164</sup> Ídem.

<sup>165</sup> Ídem.

<sup>166</sup> Ídem.

<sup>167</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 176.

<sup>168</sup> PUGA VIAL, *Derecho concursal...* Ob. Cit., p. 400.

Bajo la agrupación de “efectos inmediatos” se entiende aquellos efectos que se originan con posterioridad al pronunciamiento de esta resolución<sup>169</sup>, aun antes de su notificación<sup>170</sup>. Está agrupación comprende los siguientes efectos<sup>171172</sup>:

- a) El desasimio de los bienes del fallido, artículos 130 a 133 ley 20.720.
- b) El vencimiento o exigibilidad anticipados del pasivo del deudor, artículos 136 a 139 ley 20.720.
- c) La fijación irrevocable de los derechos de los acreedores, artículo 134 ley 20.720.
- d) La suspensión del derecho a ejecutar individualmente al deudor, artículo 135 ley 20.720.
- e) La prohibición de que operen compensaciones legales, artículo 140 ley 20.720. Esto sin perjuicio de que la ley permita que opere la compensación que provenga de obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato o negociación.
- f) La acumulación de juicios, artículos 142 a 147 ley 20.720
- g) Acción resolutoria en la compraventa, artículos 154 a 158 ley 20.720.
- h) Derecho legal de retención, artículo 160 ley 20.720.

---

<sup>169</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 176.

<sup>170</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 293.

<sup>171</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 177.

<sup>172</sup> PUGA VIAL, *Derecho concursal...* Ob. Cit., p. 400.

Bajo la agrupación de “efectos retroactivos” se atiende a aquellos efectos que alteran relaciones jurídicas celebradas con anterioridad a la época en que se dicta la resolución<sup>173</sup>. En este grupo se encuentran las acciones revocatorias concursales.

Acciones revocatorias que permiten alcanzar una de las finalidades del concurso, la cual se construye, como señala Stefano Ambrosini: “(...) en torno al concepto de eficiencia y a la maximización de las posibilidades de cobro de los acreedores”<sup>174</sup>.

Por medio de estas acciones revocatorias se busca, como señala Juan Luis Goldenberg, no frustrar este afán de eficiencia del concurso por medio de actos ejecutados o de un contrato celebrado por el deudor en una etapa preconcursal y que ha implicado, ya en el contexto del concurso, una disminución del valor relativo de los créditos<sup>175</sup>.

Esta agrupación comprende los siguientes “efectos retroactivos”<sup>176</sup>:

a) La revocabilidad objetiva, artículo 287 ley 20.720. La cual se disgrega en:

- a. Revocación de actos a título oneroso: estos comprenden 1) pago anticipado de deudas, 2) pago de deudas vencidas de forma no acordada en la convención, 3) toda garantía sobre obligaciones anteriores. El plazo de esta acción revocatoria es un año contado desde el inicio del procedimiento.
- b. Revocación de actos a título gratuito: comprende todo acto a título gratuito con partes relacionadas a la empresa deudora, aún en el caso de que

---

<sup>173</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 177.

<sup>174</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. El perjuicio como justificación de la revocación concursal. En: Ius et Praxis Vol. 22 (1): 87-128, 2016.

<sup>175</sup> Ibid., p. 92.

<sup>176</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 177.

intervenga interpósita persona. El plazo de esta acción revocatoria es de dos años contados desde el inicio del procedimiento.

- b) La revocabilidad subjetiva, artículo 288 ley 20.720. Esta revocabilidad afecta a todos los contratos celebrados con la empresa deudora inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento concursal, en que la parte contratante haya tenido conocimiento de la cesación de pagos<sup>177</sup> de la empresa deudora (mala fe) y que dichos actos hayan generado un perjuicio a los acreedores. El plazo de esta acción revocatoria es de dos años contados desde el inicio del procedimiento.
- c) Revocación de reformas de pactos sociales, artículo 289 ley 20.720. Esta revocabilidad afecta a toda reforma de pactos sociales que se hayan realizado con anterioridad al procedimiento concursal, que signifiquen un perjuicio a la masa de acreedores. El plazo de esta acción revocatoria es de seis meses contados desde el inicio del procedimiento.

**g) El desasimiento.**

El desasimiento es uno de los efectos inmediatos más importantes<sup>178</sup> de la resolución de liquidación, lo cual tiene como consecuencia, según lo que dispone el artículo 130 de la ley 20.720, que la empresa deudora pierde, de pleno derecho, las facultades de administración y de enajenar o disponer de sus bienes, como también la capacidad procesal respecto de los bienes sujetos al concurso.

Esta incapacidad procesal respecto de los bienes sujetos al concurso no es total, ya que puede intervenir en calidad de coadyuvante. Dicho de otro modo, mantiene la capacidad procesal para la defensa de los intereses intra-concurso<sup>179</sup> Tampoco se trata de una

---

<sup>177</sup> Ídem.

<sup>178</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 178.

<sup>179</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 304.

incapacidad que concierne directamente a la figura del deudor, sino, de sus bienes y al ejercicio de sus derecho y acciones sobre ellos<sup>180</sup>.

Si bien, el artículo 130 de la ley, menciona solo la palabra inhibición y no desasimiento<sup>181</sup>, se utiliza porque era el término tradicional empleado desde la ley 18.175 (artículo 64) y todas las leyes concursales anteriores. Léxico eliminado en la ley 20.720, pero cuyo contenido y efecto sigue siendo el mismo<sup>182</sup>.

**g.1. Momento en que el desasimiento produce sus efectos.**

El desasimiento opera de pleno derecho, sin notificación previa de la resolución de liquidación. Se trataría como señala Ricardo Sandoval, de una excepción a la regla general, en que las resoluciones judiciales solo producen sus efectos desde su notificación<sup>183</sup>.

Excepción justificada por tratarse de un procedimiento concursal. Condición de excepción no compartida por otra parte de la doctrina. Juan Esteban Puga señala, que es una excepción no propia de esta ley, sino de la generalidad de los embargos, los cuales no requieren notificación previa para su perfeccionamiento<sup>184</sup>.

Que el desasimiento produzca sus efectos de pleno derecho, se debe a la naturaleza proteccionista de los intereses de los acreedores, que se mantiene de la antigua legislación concursal, debido a la inercia de pensar que los deudores envueltos en un procedimiento de ejecución universal vayan a actuar fraudulentamente distrayendo bienes de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores. Como señalan Lyon-Caen y Renault: “*el desasimiento era una*

---

<sup>180</sup> Ibid., p. 299.

<sup>181</sup> CORRA TALCIANI, El nuevo régimen concursal... Ob. Cit., p.131.

<sup>182</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 410.

<sup>183</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 179.

<sup>184</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 423.



*medida enérgica, destinada a proteger a los acreedores contra todos los actos por los cuales el deudor podía disminuir su patrimonio*”<sup>185</sup>.

Del mismo modo existe la desconfianza del legislador hacia las capacidades de administración de los deudores en crisis, con justa razón por los demás en la mayoría de los casos, como señala Gonzalo Ruz<sup>186</sup>.

### **g.2. Objeto del desasimiento y limitación a los atributos del dominio.**

El objeto del desasimiento es el patrimonio del deudor estimado como el conjunto de cosas, corporales o no, susceptibles de apreciación pecuniaria y embargables<sup>187</sup>. El desasimiento es entendido por Juan Esteban Puga, como una medida del género embargo, pero jerárquicamente superior, puesto que el “embargo universal” primaria debido al carácter de orden público económico involucrado en la ejecución en que opera<sup>188</sup>.

Esta primacía o jerarquía del embargo universal, por sobre el embargo ejecutivo, estaría sustentada en el artículo 148 de la ley 20.720, el cual reza:

*“los embargo y medidas precautorias decretadas en los juicios sustanciados contra el deudor y que afecten a bienes que deban realizarse o ingresar al Procedimiento Concursal de Liquidación, **quedarán sin efecto** (énfasis agregado) desde que se dicte la Resolución de Liquidación”.*

Sin perjuicio, de que el autor recalca la idea de que solo pertenecen al mismo “género procesal”, eso no significa que sean exactamente lo mismo, sino lo contrario, tienen múltiples diferencias<sup>189</sup>. Siendo una de las diferencias más relevantes, el hecho de que el

---

<sup>185</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 316.

<sup>186</sup> Ibid., p. 317.

<sup>187</sup> Ibid., p. 423.

<sup>188</sup> Ídem.

<sup>189</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 419.

embargo universal recae sobre una universalidad jurídica, un conjunto de bienes que participan en un mismo estatus jurídico. No así el embargo ejecutivo, que recae sobre bienes singulares determinados individualmente<sup>190</sup>.

Respecto a los efectos de desasimio, la empresa deudora no pierde el dominio sobre aquellos, sino la capacidad de administración y de disposición sobre estos y sus frutos<sup>191</sup> (artículo 130 n°2 de la ley).

Dicho de otra manera, mantiene el dominio, pero un dominio vacío, que le otorga solo facultades de impetrar medidas conservativas en caso de negligencia por parte del liquidador en la administración de estos, como lo establece el artículo 130 n°5 de la ley 20.720.

### **g.3. Bienes comprendidos en el desasimio.**

Los bienes comprendidos en el desasimio son todos aquellos existente al momento de la dictación de la resolución de liquidación como lo señala el artículo 130 n° 1 de la ley 20.720., lo cual incluye los bienes del deudor en que tiene la calidad de usufructuario, pero en este caso, solo respecto de sus frutos.

Respecto a los bienes que ingresen al patrimonio del deudor posteriormente a la resolución de liquidación, el que sean sometidos al concurso dependerá del título de adquisición que los antecede, como lo establece el artículo 133 de la ley concursal.

- a) ***Si la adquisición fue a título gratuito***, su administración la ejerce el liquidador y pasan a formar parte del activo del concurso<sup>192</sup>. Siendo una aplicación, como señala Ricardo Sandoval “(...) *del aforismo fácil llega, fácil se va, propio del derecho*

---

<sup>190</sup> Ídem.

<sup>191</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 182.

<sup>192</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 185.

*común, como tantos otros en base de los cuales se establecen muchas de sus normas”.*<sup>193</sup>

- b) *Si la adquisición fue a título oneroso*, estos bienes no entran a la liquidación, pero puede solicitarse la intervención del liquidador en su administración<sup>194</sup>. Sin perjuicio de que los acreedores tengan derecho a los beneficios líquidos que se obtengan de estos bienes, entrando estos a la masa activa.

### **2.2.2.3. Resolución de término del procedimiento concursal**

#### ***h) Efectos inmediatos a su dictación.***

La resolución de término importa un hito concreto para situar la finalización del procedimiento<sup>195</sup>. La cual, tiene como efecto inmediato el cese de los efectos que produce la dictación de la resolución de liquidación. Efectos dentro de los cuales se encuentra el desasimio. Desasimio que afectaba en sus distintas manifestaciones, como señala Gonzalo Ruz<sup>196</sup>:

“(…) entre ellos la pérdida de la facultad de administrar sus bienes, el desapoderamiento de estos y la pérdida de su legitimación activa y pasiva, procesal y de fondo, atributos todos que pasaban de pleno derecho a la persona del liquidador que asumía la representación de sus intereses en lo que pudiere interesar a la masa.”

Tal como señala el artículo 254 de la ley 20.720, una vez dictada la resolución de término, el deudor recupera la libre administración de sus bienes. Efecto de la resolución que

---

<sup>193</sup> Ídem.

<sup>194</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 339

<sup>195</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit. p. 240.

<sup>196</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 567.

opera de pleno derecho sin necesidad de que se encuentre firme o ejecutoriada o de su notificación.

Esto es coherente, debido a que el desasimiento opera de pleno derecho desde la dictación de la resolución de liquidación, por lo tanto, es del todo razonable que sus efectos terminen de la misma manera —de pleno derecho—, cumpliendo de esta forma con el aforismo “*las cosas, en derecho, se deshacen de la misma manera en que se hacen*”<sup>197</sup>.

La resolución de término está supeditada, como señala el artículo 254 de la ley 20.720 a la aprobación y publicación de la cuenta final del liquidador, situación que según Juan Esteban Puga señala que es irrelevante, debido a que el desempeño del liquidador en nada tiene que ver con el beneficio de la clausura del proceso<sup>198</sup>.

Además, señala el autor, que esperar la cuenta de liquidador desvirtúa, para efectos de estadística, el tiempo efectivo que toma el proceso de liquidación propiamente tal, que pudo haber sido en algún caso muy anterior al tiempo de la cuenta final, como lo hizo ver en la historia de la ley.<sup>199</sup>

***i) Efectos desde que se encuentra firme o ejecutoriada.***

Como reza el artículo 255 de la ley, el efecto principal de la resolución de término, una vez que se encuentra firme o ejecutoriada, es la exoneración de los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor anteriores al inicio del procedimiento concursal de liquidación. Efecto conocido como el descargo de las deudas o “*discharge*”<sup>200</sup>.

Si bien la norma señala “las obligaciones contraídas con anterioridad al procedimiento”, se entienden incluidos los créditos contraídos en el periodo que va entre la

---

<sup>197</sup> Ídem.

<sup>198</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 645.

<sup>199</sup> Historia Fidedigna de la Ley ... Ob. Cit., Segundo trámite constitucional: Cámara de diputados, p. 16.

<sup>200</sup> CABALLERO GERMAIN, Sobreendeudamiento... Ob. Cit., p. 135

solicitud voluntaria de inicio del procedimiento de liquidación o en su caso de la demanda en el caso de iniciación forzada, hasta la dictación de la resolución de liquidación.

Esto debido a que desde la resolución de liquidación se entiende que se inicia el procedimiento, y desde ese momento se abre la puerta a la verificación de los créditos en contra del deudor. También deberían incluirse en esta exoneración los créditos generados durante el proceso (ej. por continuidad del giro, etc.), en caso de que los activos del deudor no hayan alcanzado a su pago, sin perjuicio de su preferencia.

El descargo de las deudas es uno de los efectos más relevantes de la nueva legislación concursal, no por ser una novedad, porque no lo es, de hecho, la legislación de quiebras —y la legislación anterior a ella— ya lo consideraba bajo la figura del sobreseimiento definitivo<sup>201</sup> del artículo 165 in fine de la ley 18.175, el cual establecía:

*“El sobreseimiento de que trata este artículo extingue, además, las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra, sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra (...)”.*

Se permitía en la ley de la quiebra, pero solo bajo tres supuestos específicos —tripartición—<sup>202</sup> la exoneración de los saldos insolutos: **1)** haber pasado dos años desde la cuenta aprobada del síndico, **2)** que la quiebra haya sido calificada de fortuita (buena fe), **3)** que el quebrado no haya sido condenado por delitos del artículo 466 del Código Penal, artículo que trata las actuaciones del deudor en perjuicio de sus acreedores (mala fe).

Se trata, por lo tanto, de uno de los efectos más relevantes en la ley 20.720 debido al cambio de foco que produce en el régimen concursal. El cual, es coherente con la finalidad

---

<sup>201</sup> GÓMEZ BALMACEDA y EYZAGUIRRE SMART, Ob. Cit. p. 457.

<sup>202</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 26.

rehabilitadora del mismo, que no supedita los efectos de la exoneración de los saldos insolutos de las obligaciones contraídas a requisitos.

En consecuencia, opera de pleno derecho solo verificando el término del procedimiento concursal de liquidación bajo resolución judicial. En el mismo sentido señala Juan Luis Goldenberg: “*terminando con la tripartición de la quiebra fraudulenta, culpable, y fortuita, y se libera de la imprecisa formulación a partir de presunciones de responsabilidad criminal*”<sup>203</sup>.

#### **2.2.2.4. Rehabilitación de la empresa deudora.**

La rehabilitación de la empresa deudora se materializa en la nueva ley concursal como la regla general y no la excepción que bajo ciertos requisitos otorgaba el régimen de quiebras anterior. Esto debido, como se explicó (*ut supra*) a que la nueva ley concursal no exige requisitos ni limita la aplicación del discharge. Descargue de deudas que opera por el solo hecho de que la empresa deudora se someta voluntaria o forzadamente a este procedimiento.

La finalidad rehabilitadora se plasma en el hecho de que la empresa — o en su caso la persona natural— verá al final del proceso de liquidación una oportunidad y no un estigma o sanción de rehabilitar todo su patrimonio por medio de este “*regalo*”<sup>204</sup>, borrándose, de esta forma, todos sus pasivos, continuando su personalidad jurídica, su RUT y el restablecimiento de todos sus poderes de administración y representación (ya sea del directorio si se trata de una S.A., de los socios administradores si se trata de una sociedad colectiva comercial, etc.).

Por lo tanto, sus efectos en el caso de una persona jurídica pueden quedar resumidos de la siguiente manera:

---

<sup>203</sup> Ídem.

<sup>204</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 660.

- a) ***Pasivos que se borran***, debido a los efectos de la resolución de término firme o ejecutoriada.
- b) ***Continuación de personalidad jurídica*** —RUT— debido a que el procedimiento concursal no es causal de disolución de una sociedad.
- c) ***Restablecimiento de poderes de administración y representación***, debido a la resolución de término y su efecto alzatorio de los efectos del desasimio. En caso de quedar bienes estos vuelven al patrimonio de la empresa y pasan a ser administrados por las mismas personas.
- d) ***La empresa comienza rehabilitada***, con un patrimonio restablecido para ser objeto y centro de imputación de nuevas obligaciones y créditos.

Patrimonio que empieza desde cero totalmente, sin siquiera un pasivo tributario. Esto último es relevante debido a que, si bien contablemente se entiende que la rebaja a título gratuito de un pasivo constituye un ingreso, lo cual equivaldría contable y tributariamente a un incremento patrimonial de la empresa.

Este resultado nos llevaría a pensar que la empresa termina el concurso liquidatorio exonerada de sus obligaciones anteriores, pero, con un pasivo tributario que se configura ex post resolución de término, pasivo tributario que no sería alcanzado por los efectos de la exoneración de saldos insolutos.

Esto último es relevante, debido a que, por ejemplo, en un caso hipotético se otorga la exoneración de deuda de una empresa X y el monto fuere de \$200.000.000, la empresa X terminaría el concurso ya con un pasivo tributario de \$54.000.000., debido al 27% de impuesto que recae sobre su incremento patrimonial.

Pero la rehabilitación —como se señaló *ut supra*—, es total. El Decreto Ley 824 (ley de la renta) exonera de impuesto a la renta esta extinción legal de pasivos, por medio de lo

establecido en el artículo 17 n°22 el cual reza “*No constituye renta: las remisiones, por ley, de deudas, intereses u otras sanciones.*”

Rehabilitación que refleja la técnica legislativa que cambia completamente la visión del concurso, tanto para la parte pasiva como activa de la relación jurídica. La ley 20.720, pasa a ser un instrumento de política pública destinado a promover los procedimientos concursales de empresas en crisis más que utilizarlos como una amenaza o sanción de estas. En el mismo sentido señala Juan Luis Goldemberg: “*resulta de una decisión legislativa a fin de incentivar el uso de los procedimientos concursales, especialmente el inicio de liquidaciones voluntarias por parte de los deudores*”<sup>205</sup>.

#### ***j) Impacto de la rehabilitación en el derecho civil.***

La oportunidad que otorga la ley 20.720 radica en el hecho de que, la exoneración no exige ningún requisito más que el haber sido sometido al procedimiento de liquidación concursal, sin llevar a cabo un análisis de méritos de ingreso o forma de inicio del procedimiento de liquidación.

La ley concursal rompe, sin exigir un examen de fondo previo, sino solo un examen formal de inicio, la garantía general de los acreedores, como señalan los profesores Guillermo Caballero y Juan Luis Goldemberg: “*(...) una vez firme la resolución de liquidación rompe la promesa de la garantía general patrimonial del deudor insolvente respecto de los acreedores afectos al concurso, alterando sustancialmente el modelo del CC*”.<sup>206</sup>

De esta forma la ley 20.720, cambia totalmente el paradigma de las legislaciones concursales anteriores, presentado el procedimiento concursal como una oportunidad de

---

<sup>205</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 29.

<sup>206</sup> CABALLERO y GERMAIN, Guillermo y GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros. En: *Revista chilena de derecho privado*, (36): 41-77, 2021.



nuevo inicio un “fresh start”<sup>207</sup>, teniendo por medio del descargue el permitir a la empresa insolvente reiniciar una actividad productiva libre del lastre de sus anteriores deudas<sup>208</sup>.

Este tipo de alteraciones al Derecho Civil será el objeto de esta investigación. El enfoque estará puesto en el análisis que produce este cambio en la técnica legislativa respecto a la ley 20.720. Esta alteración, que afecta a las partes de una relación jurídica, en especial la parte activa, alteración que produce, sin duda, un efecto disruptivo a la certeza jurídica.

De allí el análisis del presente trabajo será destacar si existe una interpretación y aplicación coherente de las normas concursales al Derecho Civil, que permitan, debido a los fines buscados por la ley 20.720, una alteración suave de sus reglas, por aplicación del principio de especialidad de la ley concursal (artículo 4 del Código Civil) o definitivamente una alteración disruptiva de las mismas.

### **3 EL CAMBIO DE PARADIGMA DE LA LEY 20.720.**

La ley 20.720 plantea un cambio sustancial en relación con sus antecedentes, objetivos y fines político-económicos que persigue el nuevo régimen concursal. Sin perjuicio, de que se cuestione si manifiesta con la misma intensidad de cambio, su redacción y articulado, habiendo opiniones variadas al respecto.

Por una parte, ha sido considerada como una refacción o remodelación del régimen anterior<sup>209</sup>, o una nueva “capa de maquillaje” de la quiebra, que no logran rejuvenecer<sup>210</sup>. Por otra parte, se considera, derechamente, un retroceso en materias de insolvencias empresariales y un perjuicio al crédito<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> Ibid., p. 70.

<sup>208</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 29.

<sup>209</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ob. Cit., p. 7.

<sup>210</sup> Ídem.

<sup>211</sup> PUGA VIAL, Derecho concursal... Ob. Cit., p. 1.

En sentido opuesto, se le estima como “(...) una novedad en nuestro sistema jurídico desde diversos puntos de vista”<sup>212</sup>. En el mismo sentido, se trataría de una legislación concursal que otorga herramientas al empresario que, bajo el amparo del Libro IV del Código de Comercio no contaba para poder enfrentar crisis financieras<sup>213</sup>. Siguiendo esta línea, Gonzalo Ruz señala que es un “esfuerzo de modernización de nuestro Derecho Concursal”, siendo erróneo hablar de una “cosmetología jurídica”<sup>214</sup>.

### **3.1 Antecedentes que subyacen a la ley 20.720.**

Este cambio de paradigma que propugna la ley 20.720, “en lo sustancial y lo dogmático”<sup>215</sup>, que apunta al Derecho Concursal como un instrumento de política económica de fomento al emprendimiento<sup>216</sup>, responde a la naturaleza reactiva del Derecho Concursal, entendido como un “derecho en construcción”<sup>217</sup>.

Construcción necesaria y acorde a las realidades sociales económicas de cada momento, como señala Juan Pablo Róman: “(...) la disciplina de la concursabilidad es esencial en la vida social y económica, pues de ella dependen innumerables factores a la hora de decidir proyectos económicos (...)”<sup>218</sup>. Reactivo, además, como toda norma jurídica,

---

<sup>212</sup> DÍAZ, Jorge. El boletín concursal como fuente accesible al público. En: *Estudios de Derecho comercial : Sextas jornadas chilenas de Derecho Comercial: Sesquicentenario de la Promulgación del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017, p. 231.

<sup>213</sup> CONTADOR ROSALES, Nelson. La protección de las garantías reales en los procedimientos concursales. En: *Estudios de Derecho comercial : Sextas jornadas chilenas de Derecho Comercial: Sesquicentenario de la Promulgación del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017, p. 191.

<sup>214</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 28.

<sup>215</sup> DÍAZ, Jorge, Ob. Cit., p. 231.

<sup>216</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 3.

<sup>217</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Ob. Cit., p. 8.

<sup>218</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Instituciones de derecho concursal: las causales de quiebra, la sentencia de quiebra*. 2a. edición. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007, p. 3.

las cuales “(...), *intentan dar tratamiento normativo a un determinado fenómeno advertido en la realidad (...)*”<sup>219</sup>.

Reacción, a una realidad, que la nueva legislación concursal fundamentó, no por situaciones de crisis económicas internas —como lo fue la ley 18.175—, sino, más bien, como una reacción a estándares comparados. De esta forma, procurando estar al “nivel OCDE” en la materia, como se expresa en el mensaje del Ejecutivo al Senado “(...) *respecto de nuestros pares en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como de los vecinos de la región*”<sup>220</sup>. En el mismo sentido Juan Luis Goldenberg:

*“(...) la nueva regulación no ha respondido a medidas de urgencia ni a pretensiones puntuales de ciertos grupos de interés, sino a la apreciación de que nuestra normativa concursal no cumplía con los estándares comparativos ofrecidos por el informe Doing Business del Banco Mundial, a los que se puso especial atención a partir de la incorporación de Chile a la Organización para el Desarrollo y la Cooperación Económicos en el año 2010.”*<sup>221</sup>

Pretensiones de alcanzar “un nivel comparado”, que necesariamente generaron un cambio en cuanto a la actitud “neutra”<sup>222</sup> respecto al fenómeno de la insolvencia y los fines del Derecho Concursal mostrado hasta los últimos años de vigencia de la ley 18.175 —post crisis de los ochenta— como señala Eduardo Jequier: “(...) *sin interferir por lo mismo en la orientación que tomará finalmente el concurso ni manifestar preferencias por uno u otro camino, de convenio de o de quiebra*”<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 1.

<sup>220</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 4.

<sup>221</sup> GOLDENBERG SERRANO, La visión privatista... Ob. Cit., p. 6.

<sup>222</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 (2): 567-594, 2015.

<sup>223</sup> *Íbid.*, p. 568.

### **3.2 Objetivos del nuevo régimen concursal.**

Este cambio en la neutralidad —expresado en el mensaje— respecto a la intención de generar una legislación más “responsable y colaborativa”<sup>224</sup> para con las empresas, en especial los nuevos emprendimientos, la cual busca “(...) *potenciar a la persona del emprendedor y satisfacer lo más rápido e íntegramente posible a los acreedores*”<sup>225</sup>. De esta forma, la nueva ley concursal buscaría erradicar la incoherencia de establecer, como señala Gonzalo Ruz:

*“(...) un orden público económico que privilegiaba la iniciativa privada en materias de emprendimiento de actividades económicas, pero que al mismo tiempo dificultaba o eternizaba las salidas de las crisis empresariales y sancionaba a quienes fracasaban en el desarrollo de esas actividades”*<sup>226</sup>.

Buscando, de esta forma, suprimir el normalizado reproche de la “visión clásica”<sup>227</sup> al emprendedor malgrado. Mitigando la rigurosidad con la que históricamente se ha tratado al quebrado, la cual se ha atenuado con el paso del tiempo<sup>228</sup>.

Reproche y rigurosidad que las legislaciones anteriores era connatural al estado de insolvencia, como señala El profesor Ángel Rojo Fernández Río: “*La eliminación de la empresa es el efecto selectivo de las leyes naturales de la competencia. El empresario insolvente tiene que ser eliminado del mercado porque ha demostrado su incapacidad por el hecho mismo de la insolvencia. (...)*”<sup>229</sup>.

---

<sup>224</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 4.

<sup>225</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal*... Ob. Cit., p. 35.

<sup>226</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>227</sup> *Ídem.*

<sup>228</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Salvamento de las empresas en crisis*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 73.

<sup>229</sup> Citado por ROMÁN RODRÍGUEZ, *Salvamento de las empresas*... Ob. Cit., p. 73.

La ley 20.720, cambia este enfoque estigmatizante y liquidatorio que representaba la Ley de Quiebras. En primer lugar, por el nombre mismo de la ley<sup>230</sup> “*Ley de Reorganización y Liquidación (...)*”. Marcando una tendencia y/o preferencia bastante definida —como se manifestó en la historia de la ley, así, como en la estructura de su articulado— en fomentar la reorganización<sup>231</sup> y vías preventivas de solución del fenómeno de la insolvencia<sup>232</sup>.

Incentivando, de esta forma, a que el “*ente deudor ponga en conocimientos a sus acreedores un conjunto de medidas tendientes a mitigar su estado de incumplimiento financiero generalizado (...)*”<sup>233</sup>. Siempre y cuando, este conjunto de medidas demuestre viabilidad y sea valorado de forma positiva por los acreedores<sup>234</sup>.

De este modo, proporciona, un sistema global e integral<sup>235</sup> que otorga distintos caminos a diversas situaciones de crisis, como bien lo enuncia el artículo primero de la ley 20.720: “*La presente ley establece el **régimen general** (énfasis agregado) de los procedimientos concursales (...)*. Permitiendo prevalecer el régimen de salvataje institucional<sup>236</sup> por sobre el esquema liquidatorio predominante, cambiando el eje desde la extinción empresarial a la reorganización eficiente, en el mismo sentido la Corte Suprema<sup>237</sup>. Asimismo, señalan Nelson Contador y Cristián Palacios:

“(...) *una primera pretensión ha sido proporcionar un sistema global, integral, que se baste a sí mismo y en donde pueda distinguirse un tratamiento del fenómeno falencial (...)*”<sup>238</sup>. Siendo, la liquidación: “*una consecuencia*

---

<sup>230</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 5.

<sup>231</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 4.

<sup>232</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. Responsabilidad por insolvencia... Ob. Cit., p. 568.

<sup>233</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 48

<sup>234</sup> Ídem.

<sup>235</sup> Ibid., p. 47.

<sup>236</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 7.

<sup>237</sup> Corte Suprema. Rol: 22.218-2018. Considerando 4º. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 15 de julio de 2021].

<sup>238</sup> Idem.

*residual o de ultima ratio (...). Lo expuesto no excluye en absoluto la opción de ingresar a escenarios de ejecución en forma directa o inmediata*<sup>239</sup>.

### 3.2.1 Paralelo entre los antecedentes y objetivos de la ley 18.175 y la actual ley 20.720.

De los objetivos de la ley 20.720., la liquidación deja el rol protagónico y limitativo del desarrollo del procedimiento concursal<sup>240</sup> que ostentó en la ley de quiebras. Rol protagónico e indiscutido del procedimiento de liquidación, producto de las crisis económicas de Chile en los inicios de la década del ochenta, en que surge, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios: *la necesidad insoslayable de contar con un sistema más eficaz, que instará por una venta acelerada y que tuviera los incentivos idóneos en tal dirección*”.<sup>241</sup>

Necesidad supeditada a varios factores de esa crítica realidad económica. El aumento sustancial de las bancarrotas de la época que puso énfasis en la pronta liquidación de la empresa insolvente<sup>242</sup>, la insolvencia de cuatro bancos cuya intervención estatal fue necesaria<sup>243</sup>. Crisis nacionales como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios; “no nos daba tiempo para discutir acerca de opciones tendientes a mantener viva la empresa o a encontrar fórmulas de viabilidad”<sup>244</sup>

Realidad económica —de la década de los ochenta— que no se correspondía a los orígenes en la antigua roma del Derecho de Quiebras —la *bonorum venditio*— donde hablamos de “un deudor moroso considerado delincuente”<sup>245</sup>, o de la Quiebra, ya como una

---

<sup>239</sup> Ibid., p. 47.

<sup>240</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Salvamento de las empresas en crisis*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 37.

<sup>241</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 5

<sup>242</sup> Ibid., p. 3

<sup>243</sup> Ibid., p.4

<sup>244</sup> Ídem.

<sup>245</sup> PUELMA ACCORSI, *Curso de derecho de quiebras...* Ob. Cit., p. 3.

institución del Derecho Comercial nacida en el periodo de la Alta Edad Media y el Renacimiento, debido a la gran actividad comercial en las repúblicas o ciudades italianas<sup>246</sup>. Épocas en donde hablamos “*del deudor o fallido*” que aparece como un mal comerciante que conviene eliminar<sup>247</sup>, desincentivando la generalidad de ese comportamiento en los demás agentes del mercado.

En la crisis de la década de los ochenta, no solo se tenía que lidiar con comerciantes insolventes, sino con otro tipo de comerciante mucho más complejo, como lo fueron, las grandes empresas, que, a fines del siglo XIX, como señala Juan Román, el tamaño de muchas empresas había alcanzado una relevancia tal que el coste de una liquidación gravitaba aún más que cualquier otra consideración<sup>248</sup>. Empresas, de cuyas crisis emergió el fenómeno de la “*insolvencia en cadena*”<sup>249</sup>.

Situación ejemplar de este fenómeno fue, como señalan Nelson Contador y Cristián Palacios,<sup>250</sup> la quiebra en mayo de 1981 de la Compañía Refinería de Azúcar Viña del Mar S.A. (CRAV), la que era considerada la principal industria azucarera del país, en la cual todos los operadores vinculados a CRAV entraron a su vez en cesación de pagos, ya sea por ser CRAV el único cliente o el principal, o por medio de la imposibilidad de seguir adelante con el negocio debido al crédito incobrable contra la azucarera.

La liquidación fue, por lo tanto, la protagonista. Optando el legislador por la más breve y acotada discusión posible, a efectos de incentivar una realización veloz y efectiva de los bienes del fallido, buscando un próximo y expedito reingreso de estos al flujo de la económica<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> Ibid., p. 3.

<sup>247</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 33.

<sup>248</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, *Salvamento de las empresas...* Ob. Cit., p. 37.

<sup>249</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 3.

<sup>250</sup> Ídem.

<sup>251</sup> Ibid., p. 5.

Con el objetivo de minimizar los efectos del “espiral de empobrecimiento”<sup>252</sup> que implicaba la insolvencia, sin ninguna consideración de las circunstancias que llevaron a liquidación una empresa. De esto se desprende que la Ley de Quiebras sea una norma “hija de su tiempo”<sup>253</sup>, perfecta en su momento como señala el mensaje del ejecutivo: “*era perfecta para la realidad nacional hoy se comprueba anacrónica (...)*”<sup>254</sup>.

La ley 20.720., es una respuesta a una realidad país totalmente distinta. Según estadísticas de Superintendencia de insolvencia y reemprendimiento, pasamos de tener 867 Quiebras publicadas en el Diario Oficial del año 1982, a 143 Quiebras publicadas en el Diario Oficial del año 2013<sup>255</sup>. Sosteniendo un promedio desde los inicios de la década de los noventa al año 2013, de 154 quiebras anuales publicadas<sup>256</sup>. Manteniendo cierta homogeneidad en la cantidad de procedimientos concursales. En este sentido, señaló, en su momento, Josefina Montenegro Araneda<sup>257</sup>:

*“La actual Ley de Quiebras, que está vigente desde hace 30 años, obedeció a un momento histórico muy diferente del actual como lo fue la crisis de principios de la década de los 80. La economía del mundo globalizado de hoy es mucho más dinámica y competitiva, por lo que nuestro sistema concursal requiere de una nueva legislación”*<sup>258</sup>.

La nueva legislación concursal trata a la insolvencia como un fenómeno de normal ocurrencia en el desarrollo económico del país, dejando de lado el estigma y preocupación que ocupó en la legislación de la Ley de Quiebras. La insolvencia pasa, de esta forma, a ser

---

<sup>252</sup> PUGA VIAL, Derecho concursal... Ob. Cit., p. 11.

<sup>253</sup> Ídem.

<sup>254</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 5.

<sup>255</sup> Superintendencia de insolvencia y reemprendimiento: Información y Estadísticas Libro IV del Código de Comercio, Ley N.º 18.175.

<sup>256</sup> Ídem.

<sup>257</sup> Superintendente de quiebras en ese entonces

<sup>258</sup> Citado por CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 4.



un elemento connatural en la economía actual, como señala Luis Guillermo Vélez<sup>259</sup>: *“en una economía de mercado abierta, siempre habrá compañías que estarán en insolvencia. Es totalmente normal, inclusive en tiempo de prosperidad económica (...)”*<sup>260</sup>.

En este mismo sentido, Josefina Montenegro Araneda (ut supra), la actual económica *“es mucho más dinámica y competitiva”*, por lo tanto, como bien se expresa en el mensaje del ejecutivo, en una economía con esas características, *“(...) no todos los emprendimientos están destinados a prosperar ni tampoco las experiencias exitosas están predeterminadas a ser por siempre (...)”*<sup>261</sup>. Lo cual explicaría el porcentaje homogéneo del procedimiento de liquidación concursal (periodo 1990-2013). En el mismo sentido Juan Pablo Román: *“La crisis es inherente a la actividad económica y es consubstancial a la empresa y a las relaciones comerciales”*<sup>262</sup>.

De esta manera, la ley 20.720, parte de la base de que pueden concurrir en cada momento y en cada experiencia un conjunto de elementos que pueden generar lo que habitualmente se califica como un *“fracaso empresarial”*<sup>263</sup>. Diversidad de factores que requieren diversidad de alternativas, con lo cual termina con la limitación solo dirigida a la liquidación, como era el caso de la legislación anterior, como bien señala Juan Pablo roman:

*“(...) iniciar cualquier procedimiento que terminase en una liquidación total de los bienes de la empresa, lo que ponía a los acreedores en una posición en extremo difícil. Si la empresa era recuperable, la liquidación limitaba a los acreedores a un desarrollo de un procedimiento concursal, al no existir alternativas procesales viables y seguras”*<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> Superintendente de sociedades de Colombia 2010-1014.

<sup>260</sup> Citado por CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 47.

<sup>261</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 3.

<sup>262</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Salvamento de las empresas... Ob. Cit., p. 72.

<sup>263</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 3.

<sup>264</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, Salvamento de las empresas... Ob. Cit., p. 37.

### **3.3 Fines político-económicos de la ley 20.720.**

De esta forma, el cambio de paradigma que representa la ley 20.720, a las anteriores legislaciones concursales, se centra en el hecho de otorgar una salida y no un estigma y/o reproche, al malogrado emprendedor-comerciante envuelto en una situación de “fracaso empresarial”.

Salida ya sea, por medio de una protección financiera concursal mientras reestructura su pasivo, con el apoyo de este “blindaje económico” en casos de reorganización voluntaria o alzatoria (punto:2.1.2.2.1), o lisa y llanamente un ““fresh start””<sup>265</sup> un nuevo inicio, por medio de la exoneración de los saldos insolutos (punto: 2.2.3.2) si la opción fue la liquidación concursal. Permitiendo al emprendedor fallido iniciar nuevos proyectos, sin que el proyecto fallido constituya un lastre que le impida ponerse en pie<sup>266</sup>.

Transformando, de esta manera, al Derecho Concursal en un instrumento de fomento económico protector de la innovación y cultura del fracaso, esto último siendo propio de una economía “dinámica y competitiva”. Cultura del fracaso definida por Gonzalo Ruz como: (...) *el culto a la capacidad de ganar dinero como consecuencia de generar cosas nuevas, lo que pasa necesariamente por fracasar una o más veces en los intentos*”<sup>267</sup>.

Derecho concursal que busca ser capaz de entregar, a falta de posibilidad de reorganización, un mecanismo de liquidación “*rápido y eficaz a fin de poder entregar, por una lado, al emprendedor las herramientas para volver a levantarse y comenzar nuevas aventuras empresariales; y, por otro lado, a los acreedores la debida protección de sus créditos* (...)”<sup>268</sup>.

---

<sup>265</sup> CABALLERO GERMAIN y GOLDENBERG SERRANO, *Los efectos de la extinción...* Ob. Cit., p. 70.

<sup>266</sup> Mensaje del Presidente de la República... Ob. Cit., p. 3.

<sup>267</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 34.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 36.

Transformación, que moderniza la concepción del derecho concursal que se tenía en nuestro ordenamiento jurídico, modernización que no ha sido completa<sup>269</sup>, pero ha sido un paso importante para acercar al derecho concursal hacia un “*Derecho de la empresa en dificultad*”<sup>270</sup>. Considerando relevante y de interés público, las consecuencias sociales-económicas de la insolvencia a un nivel igual o superior a la protección del crédito<sup>271</sup>, cambiando, de esta forma, la visión clásica y liquidatoria de empresas, la cual a nivel comparado a mediados del siglo XX, como señala Juan Pablo Román, ya “*entró en quiebra*”<sup>272</sup>.

Ya destacadas las notas más relevantes del derecho concursal —para los efectos de esta investigación— y el cambio de paradigma que trae consigo la ley 20.720., en el siguiente capítulo se abordará la injerencia de este cambio de paradigma en específico del procedimiento concursal de liquidación, en el Derecho Civil de los contratos y obligaciones.

---

<sup>269</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 36.

<sup>270</sup> Ídem.

<sup>271</sup> Ídem.

<sup>272</sup> ROMÁN RODRÍGUEZ, *Salvamento de las empresas...* Ob. Cit., p. 74.

## CAPÍTULO II.

### PRINCIPALES INSTITUCIONES Y PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO CIVIL EN CONTRATOS Y OBLIGACIONES.

#### 1. Los contratos

##### 1.1. Concepto de contrato.

El contrato pertenece a la familia de los actos jurídicos, actos jurídicos, definidos por Carlos Ducci Claro como: “(...) *actos humanos conscientes y voluntarios, destinados a producir un efecto jurídico predeterminado y querido por el autor*”<sup>273</sup>. Agregando más elementos a la definición, señala Arturo Alessandri Rodríguez, que se tratarían de: “*actos realizados por una o más personas con el objeto de producir un efecto jurídico, el que puede consistir en crear, modificar, transmitir o extinguir un derecho; (...)*”<sup>274</sup>.

De esta última definición, se desprende que el acto jurídico puede ser clasificado como acto jurídico unilateral y acto jurídico bilateral<sup>275</sup>, dentro de esta última clasificación se encontraría el contrato. Que, en palabras de Jorge López Santa maría, se trataría de un “(...) *acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones*”<sup>276</sup>. Por otra parte, Luis Díez-Picazo, lo define como: “*un acuerdo de voluntades de dos o más personas (duorum vel plurium consensus) dirigido a crear obligaciones entre ellas (ad constituendum obligationem)*”<sup>277</sup>.

---

<sup>273</sup> DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil: parte general. 4a. edición. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1996, p. 235.

<sup>274</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos: derecho civil. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, 1988, p. 5.

<sup>275</sup> DUCCI CLARO, Ob. Cit., p. 235.

<sup>276</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. Los contratos: parte general. 5a. edición actualizada por Fabián Elorriaga de Bonis. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2010, p. 3.

<sup>277</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 4a. edición. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 118.

Respecto a los conceptos “convención” y “contrato”, existe una relación género especie<sup>278</sup>, siendo la convención el género —todo acto jurídico bilateral que: crea, modifica y extingue derechos y obligaciones— y, cuando se está frente a una convención limitada solo a la creación de obligaciones, esta toma el nombre de contrato<sup>279</sup>, siendo “(...) *una clase especial de convención*”<sup>280</sup>. Diferenciando, así, al contrato de otras convenciones destinadas a modificar o extinguir obligaciones<sup>281</sup>.

De allí, la tradicional crítica<sup>282</sup> al artículo 1438 del Código Civil, el cual confunde ambos conceptos, haciendo sinónimos de estos: “*el contrato o convención es un acto (...)*”. Siendo en realidad el primer la especie y el segundo el género, ya que, todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato.

## 1.2. Objeto del contrato.

De estas definiciones, se desprende la consecuencia y objeto de todo contrato, el cual es, la creación de una o más obligaciones. Consecuencia entendida como el “efecto obligacional de un contrato”<sup>283</sup>. El que se refiere al contrato, como un instrumento idóneo para la creación de obligaciones, generando derechos personales entre las partes involucradas, siendo de esta forma la voluntad las partes el “*poder soberano*”<sup>284</sup> que las engendra<sup>285</sup>.

---

<sup>278</sup> DUCCI CLARO, Ob. Cit., p. 239.

<sup>279</sup> Ídem.

<sup>280</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Ob. Cit., p. 6.

<sup>281</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y BOESTSCH GILLET, Cristián. Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2021, p. 26.

<sup>282</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Ob. Cit., p. 4.

<sup>283</sup> CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos...* Ob. Cit., p. 50.

<sup>284</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Ob. Cit., p. 3.

<sup>285</sup> Ídem.

Este acto soberano de voluntad de las partes<sup>286</sup>, que se traduce, en la voluntaria enajenación o limitación de la propia libertad<sup>287</sup>, es el que genera la obligación y el vínculo jurídico obligacional. Vínculo jurídico que tiene y coloca al deudor, como señala René Abeliuk: “(...) en la necesidad de cumplir la prestación, bajo las sanciones que en caso contrario la ley impone”<sup>288</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, el contrato no es la única fuente generadora de obligaciones en nuestro ordenamiento —pero si el más importante<sup>289</sup>— así, los artículos 1437 y 2284 del Código Civil, menciona como fuentes generadoras de obligaciones —además del contrato—: a los cuasicontratos, a los delitos, los cuasidelitos y la ley<sup>290</sup>.

Pero, la característica principal que tiene el contrato, como fuente generadora de obligaciones, es que, a diferencia de las demás fuentes, como señala Víctor Vial: “*solamente la relación de obligación que surge como consecuencia de la celebración de un contrato ha sido buscada y querida por las partes*”<sup>291</sup>.

### 1.3. Obligatoriedad del contrato y el aforismo pacta sunt servanda.

El fundamento de la obligatoriedad de un contrato, este “efecto obligacional”<sup>292</sup> entre las partes involucradas, encuentra sus bases en el “*principio de la autonomía privada*” o, conocida también, como la autonomía de la voluntad. La cual Hernán Corral explica como:

---

<sup>286</sup> DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., p. 124.

<sup>287</sup> Ídem.

<sup>288</sup> ABELIUK MANASEVICH, René. La obligaciones. Tomo I y II. 6a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 705.

<sup>289</sup> Ibid., p. 63.

<sup>290</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ y BOESTSCH GILLET, Ob. Cit., p. 26-27.

<sup>291</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor. Manual de las obligaciones en el código civil chileno. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Biblioteca Americana, 2007, p. 16.

<sup>292</sup> CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos...* Ob. Cit., p. 50.

*“La autonomía privada, como su mismo nombre lo indica, es la capacidad que tiene las personas, en cuanto individuos que operan en el Derecho privado, para “autonormarse”, es decir, para crear normas o reglas vinculantes por sí mismas y sin la intervención de un poder público o estatal”*<sup>293</sup>.

A su vez, la autonomía de la voluntad encuentra su fundamento en la libertad de las partes —libertad jurídica—, que es propia de la dignidad humana<sup>294</sup>, Libertad, que, como señala Hernán Corral, *“(…) incluye justamente la posibilidad del compromiso: de prometer una conducta futura”*<sup>295</sup>. De este modo, la idea de contrato y obligatoriedad encontrarían su base, como señala Díez-Picazo: *“(…) en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad que a la persona le es debida”*<sup>296</sup>.

En el mismo sentido, señala la Corte Suprema, que la autonomía de la voluntad se fundaría en los principios mismos de la *“(…) Ilustración de la libertad y de la igualdad que, llevados al plano jurídico, se traduce en la libertad jurídica de las partes (…)*<sup>297</sup>. Libertad que se divide en *“libertad para contratar”* la cual como señala el máximo tribunal<sup>298</sup>, se traduce en *“libertad para celebrar un contrato o no y con quién”* y la *“libertad contractual”* que es la libertad para fijar los términos o contenidos del contrato. En el mismo sentido la Corte de Apelaciones de Antofagasta, *“La fuerza obligatoria de los contratos es el corolario del principio jurídico de la autonomía de la voluntad (…)”*<sup>299</sup>.

---

<sup>293</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Curso de derecho civil: parte general. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2018, p. 495.

<sup>294</sup> Ídem.

<sup>295</sup> Ídem.

<sup>296</sup> DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., p.127.

<sup>297</sup> Corte Suprema. 03 de marzo de 2009. Rol: 6114-2008. Considerando 9°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de enero de 2022].

<sup>298</sup> Ídem.

<sup>299</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta. 31 julio de 2007. Rol: 228-2007. Considerando 5°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de enero de 2022].

El reconocimiento legal del vínculo obligacional que la autonomía de la voluntad de las partes genera, se encuentra establecido en el artículo 1545 del Código Civil, el cual señala: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Norma que correspondería a la expresión positiva del aforismo *“pacta sunt servanda”*, esto es, que lo pactado obliga a las partes<sup>300</sup>, obligando a un nivel de *“fuerza de ley entre las partes contratantes”*<sup>301</sup>. Fuerza de ley cuyo objeto es la protección de libertad individual y la seguridad jurídica, ambos elementos considerados como valores absolutos a ser amparados por el Derecho<sup>302</sup>.

En el mismo sentido Hernán Corral: *“(…) el Código Civil consagra la autonomía privada poniendo énfasis en el carácter vinculante u obligatorio que tiene las normas o reglas que los particulares pueden crear en ejercicio de aquella”*<sup>303</sup>.

De esta forma, la fuerza obligatoria de un contrato establecería normas obligatorias para las partes, las que *“constituyen una ordenación a la cual las partes someten su propia conducta”*<sup>304</sup>. Cuyo cumplimiento no queda supeditado a la posterior voluntad de alguno de los contratantes, sino al régimen jurídico establecido por estos en el contrato la *“ley del contrato”*<sup>305</sup>. Ley del contrato cuya fuerza obligatoria, nos dice Rodrigo Momberg Uribe, es uno de los pilares no solo del Derecho Privado, también de ordenamiento jurídico en general<sup>306</sup>.

---

<sup>300</sup> Ídem.

<sup>301</sup> DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., p.117.

<sup>302</sup> RODRIGO MOMBERG, Uribe. El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico* (7): 83-105, 2011.

<sup>303</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 496.

<sup>304</sup> DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., p. 123.

<sup>305</sup> Corte Suprema. 27 de diciembre de 2004. Rol: 2458-2003. Considerando 7°. Disponible en [Westlawchile.cl](http://Westlawchile.cl) [fecha consulta: 22 de enero de 2022].

<sup>306</sup> RODRIGO MOMBERG, Ob. Cit., p. 91.



#### **1.4. La importancia del contrato.**

El contrato reviste la importancia de ser un instrumento jurídico fundamental en el desarrollo económico de una comunidad. De esta forma, el contrato da forma jurídica a la autonomía privada, permitiendo a los individuos relacionarse recíprocamente<sup>307</sup>. Siendo, sin duda, el principal vehículo de las relaciones económicas<sup>308</sup>.

Permite la circulación normada y coordinada de bienes y servicios, siendo “(...) *un instrumento despersonalizado, apto para el constante flujo de bienes y servicios indispensables para la vida cotidiana en una civilización de consumo como la actual.*”<sup>309</sup>. Aptitud exaltada en época del Código de Napoleón como “(...) *un instrumento técnico idóneo para hacer realidad el ideario revolucionario de movilizar la riqueza*”<sup>310</sup>.

Contrato cuya fuerza señala Claudia Mejías: (...) *descansa en las necesidades del tráfico, la finalidad de promover y garantizar la circulación de bienes y servicios*”<sup>311</sup>. Teniendo de igual manera una función social muy relevante, la cual no solo buscaría la satisfacción individual, sino “*Además es un medio de cooperación o colaboración entre hombres*”<sup>312</sup>.

## **2. Las obligaciones.**

### **2.1. Concepto de derecho personal.**

---

<sup>307</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 1090.

<sup>308</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Ob. Cit., p. 9.

<sup>309</sup> Ibid., p. 6.

<sup>310</sup> CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos...* Ob. Cit., p. 30.

<sup>311</sup> MEJÍAS ALONZO, Claudia Carolina y ÁLVARO VIDAL Olivares. El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial AlbeledoPerrot/LegalPublishing Chile, 2011, p. 94.

<sup>312</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Ob. Cit., p. 9.

Como se indicó (*ut supra*) de la celebración de un contrato, emana indefectiblemente una obligación, generándose así, un crédito en favor de la parte activa de la relación contractual (acreedor) y, una obligación (o deuda) en contra de la parte pasiva de la misma (deudor). También, como señala la doctrina, esta relación contractual se podría dividir en “*obligación activa*” y “*obligación pasiva*”<sup>313</sup> correlativamente.

Sin perjuicio, nos dice René Abeliuk<sup>314</sup>, de que se hable de Derecho de Obligaciones en “*sentido amplio*”, para individualizar el estudio esta rama del Derecho Privado relativo a los derechos personales. Teniendo el concepto obligación un aspecto, tanto activo como pasivo, no siendo científicamente correcto, pero ya consagrado por el uso.

El concepto “*derecho personal*” hace referencia a un vínculo jurídico entre personas determinadas, para distinguirlo del derecho real, que se trataría de una relación jurídica entre una persona y una cosa<sup>315</sup>. En el mismo sentido la Corte Suprema: “*El derecho personal no establece una relación directa entre la persona y la cosa, sino que únicamente faculta al acreedor para constreñir al deudor a ejecutar la prestación*”<sup>316</sup>. Sin perjuicio de que critique esta diferenciación, entre sus argumentos, el no ser posible una relación persona-cosa. Crítica que en todo caso no ha prosperado en el tiempo<sup>317</sup>.

El Código Civil entrega en el artículo 578 una definición de derecho personal:

*“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene un prestamista*

---

<sup>313</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 24.

<sup>314</sup> Ídem.

<sup>315</sup> VIAL DEL RÍO, Ob. Cit., p. 16.

<sup>316</sup> Corte Suprema. 06 de agosto de 2009. Rol: 2416-2008. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 03 de febrero de 2022].

<sup>317</sup> Ibid., p. 22.

*contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.*

De esta forma, como señala Víctor Vial<sup>318</sup>, del concepto derecho personal, siempre habrá un sujeto activo —el que puede reclamar algo debido— y un sujeto pasivo — a quién que se dirige la reclamación—. Así, el artículo 578 del Código Civil, asocia el concepto derecho personal a la figura del acreedor y el concepto de obligado lo asocia a la figura del deudor. Siendo necesario, en este tipo de relaciones jurídicas —obligacionales—, la concurrencia de a lo menos dos personas<sup>319</sup>, acreedor y deudor respectivamente.

## 2.2. Concepto de obligación.

La obligación es un elemento esencial del vínculo obligacional o también llamado “*relación obligatoria*”<sup>320</sup>, de la cual se sustenta el derecho personal. El Concepto obligación, ha sido tradicionalmente entendido por la doctrina como:

*“(…) un vínculo jurídico entre personas determinadas, en virtud del cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”*<sup>321</sup>

En el mismo sentido Víctor Vial: “*el vínculo jurídico entre dos partes determinadas, en virtud del cual una de ellas se halla para con la otra en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo*”. Así mismo Pothier define obligación como: “*un lazo de derecho que nos constriñe a dar a otro alguna cosa, o bien, a hacer o no hacer tal o cual cosa*”<sup>322</sup>.

---

<sup>318</sup> VIAL DEL RÍO, Ob. Cit., p. 16.

<sup>319</sup> FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 2a. edición corregida y aumentada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 26.

<sup>320</sup> CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos...* Ob. Cit., p. 57.

<sup>321</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 35

<sup>322</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil: Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato*. 5a. edición, Vol. 1. Madrid: Editorial Dykinson, 2011, p. 4.

Al efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema lo ha definido como:

*“(...) un vínculo entre dos personas, en virtud del cual una de ella, el deudor, debe realizar en provecho de la otra, el acreedor, una prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa”<sup>323</sup>.*

De estas definiciones se desprende, que la vinculación jurídica, este “lazo de derecho”<sup>324</sup> que genera la obligación nacida de un contrato, determina un comportamiento exigible. Obligación la cual asume, como señala Daniel Peñailillo, una “*fisionomía de deuda*”, que trae consigo el correspondiente derecho subjetivo o poder jurídico, que constituye el crédito<sup>325</sup>.

Sin perjuicio de que este vínculo, no tiene la fuerza para anular completamente la libertad del deudor<sup>326</sup>, —ya que podría incumplir—, el vínculo obligacional constriñe a cumplir, debido a que la juridicidad del vínculo reclama que, en caso de incumplimiento, este no quede sin sanción<sup>327</sup>.

### **2.3. Elementos de la obligación.**

Del concepto de obligación se desprenden los elementos de esta, los cuales se pueden dividir en:

- ***Los sujetos que lo componen:*** estos sujetos son el acreedor y el deudor, de lo cual, siguiendo el concepto de personas del artículo 578 del Código Civil, pueden ser tanto personas naturales como jurídicas y mínimo dos<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> Corte Suprema. 06 de agosto de 2009. Rol: 2416-2008. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 03 de febrero de 2022].

<sup>324</sup> LACRUZ BERDEJO, Ob. Cit., p. 4.

<sup>325</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones: teoría general y clasificaciones: la resolución por incumplimiento. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 76.

<sup>326</sup> Ibid., p. 15.

<sup>327</sup> Ídem.

<sup>328</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 37

- **La prestación debida:** la cual constituye el objeto de la obligación, su elemento objetivo<sup>329</sup>. Se traduce en la necesidad jurídica de realizar una acción de dar, hacer o no hacer. También definida por la doctrina como: “(...) *en uno o más comportamientos propios o ajenos a los que se compromete el deudor para satisfacer un interés del acreedor digno de tutela jurídica*”<sup>330</sup>.
- **El vínculo jurídico:** es aquel vínculo con “*fuera de ley entre los contratantes*”<sup>331</sup>. Vínculo que se encuentra garantizado por el patrimonio completo del deudor a excepción de los bienes inembargables. Derecho del acreedor conocido como “*derecho de garantía general*” o el mal llamado<sup>332</sup> “*derecho de prenda general*” que emana del artículo 2465 del Código Civil.
- **La causa:** la cual como señala la doctrina<sup>333</sup>, sería la razón objetiva e inmediata de la obligación, del poder exigir y deber cumplir, ponderada por el Derecho que la convierte, así, en jurídica.

#### 2.4. El deber de cumplimiento.

El deudor, conforme es la parte pasiva del vínculo obligacional y, con arreglo a lo señalado en las definiciones del concepto obligación, se encuentra como señala José Lacruz: “(...) *en una posición de deuda o de deber jurídico de realizar una prestación a favor de otro sujeto que ostenta el poder de exigírsela*”<sup>334</sup>. Al deudor se le exige, por medio de la fuerza

---

<sup>329</sup> Ibid., p. 39.

<sup>330</sup> CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos...* Ob. Cit., p. 57.

<sup>331</sup> DÍEZ-PICAZO, Ob. Cit., p. 117.

<sup>332</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 17.

<sup>333</sup> LACRUZ BERDEJO, Ob. Cit., p. 6.

<sup>334</sup> Ibid., p. 4.

obligatoria del vínculo la “*ley del contrato*”, el cumplimiento de su obligación, al tener un deber de responsabilidad para el cumplimiento de ella<sup>335</sup>.

Obligatoriedad que se nutre con la “*intangibilidad del contrato*” —la cual no es absoluta—<sup>336</sup>, intangibilidad que consiste, como señala Miguel Fernández González: “*que el contrato válidamente celebrado no puede ser tocado o modificado ni por el legislador ni por el juez. (...) las partes, deben atenerse a la palabra dada, respetando fielmente las estipulaciones convenidas por los contratantes*”<sup>337</sup>.

Un deber cumplimiento, cuyos mecanismos de exigibilidad fueron evolucionando con el paso del tiempo. Así, en el Derecho Primitivo, la obligación constituía en “*un vínculo acentuadamente riguroso, en que el deudor quedaba afecto con su patrimonio, su libertad, y aún su vida, al cumplimiento de la prestación.*”<sup>338</sup>

Derecho primitivo que fue evolucionando y cuyo último resabio fue la institución de la prisión por deudas, lo que significaba una intervención estatal en el incumplimiento, privando de la libertad al deudor mientras no pagara sus deudas<sup>339</sup>. Institución que se mantuvo hasta la llegada del Derecho Moderno el que reemplazó este tipo responsabilidad personal, por la responsabilidad patrimonial “*derecho de garantía general*”<sup>340</sup>.

Evolución fruto de un derecho moderno que descarto este tipo de responsabilidad personal, siendo atentatorio “*contra la dignidad de la persona humana transformar en objeto de comercio su integridad física y moral*”.<sup>341</sup>

---

<sup>335</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 705.

<sup>336</sup> Situaciones excepcionales, como fuerza mayor, pérdida de la cosa debida sin culpa, o la misma insolvencia del deudor, hacen que esta intangibilidad del contrato no sea absoluta.

<sup>337</sup> Citado por LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p. 235.

<sup>338</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Ob. Cit., p. 80.

<sup>339</sup> Ibid., p. 706.

<sup>340</sup> Ibid., p. 707.

<sup>341</sup> Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Tomo I y II. 5a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 615.

Sin perjuicio de que aún quedan resabios en nuestro ordenamiento del instituto de la prisión por deudas derogado por ley en fecha 23 de junio de 1868<sup>342</sup>. Así, por ejemplo, en materia de familia, por medio de la Ley. 14.908., sobre “*Abandono de familia y Pago de pensiones alimenticias*” en su artículo 14 ordena el apremio nocturno o efectivo por no pago de pensiones decretadas.

Así mismo, en materia de compensación económica, la Ley. 19.497 de “*Matrimonio Civil*” en su artículo 66 inciso segundo, considerar las cuotas respectivas como “alimentos” para el efecto de su cumplimiento. Permitiendo, por reenvío al artículo 14 de la Ley. 14.908, el apremio nocturno o efectivo. También, en materia tributaria el DL.830., contempla alrededor de 25 disposiciones que imponen penas privativas de libertad por ilícitos y/o malas prácticas tributarias.

En la actualidad, en la mayoría de las demás obligaciones y, específico las contractuales, rige el “*derecho de garantía general*” (artículo 2465 del Código Civil). Así la Intervención de la ley es para discernir el contenido exacto en las relaciones de deudas; pero por, sobre todo, para confirmarlas y hacerlas eficaces mediante a la fuerza coactiva del mismo Estado<sup>343</sup> sobre el patrimonio del deudor y no sobre su persona. De esta forma, puede mantenerse el deber de cumplimiento de estas relaciones de obligación que “*forman el tejido conectivo de la vida social inter privados*”<sup>344</sup>.

Así, el deber de cumplimiento del deudor, esta exigencia de su prestación viene dado por el vínculo obligatorio que él mismo generó, “*este mandato ordenador de su libertad*”<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora. En: *Estudios de Derecho Civil*, Vol. 12: 239-255, 2017.

<sup>343</sup> LACRUZ BERDEJO, Ob. Cit., p. 7.

<sup>344</sup> Ídem.

<sup>345</sup> Ibid., p. 17.

Ya que lo normal es, que las personas no se encuentren obligadas<sup>346</sup>, siendo el vínculo obligacional la excepción. Obligación que tiene por antecedente la voluntad de obligarse<sup>347</sup>.

De esta forma, las obligaciones nacidas de un contrato se entienden paradigmáticamente autoimpuestas por las partes<sup>348</sup>. En consecuencia, la conducta del deudor frente a esta promesa de comportamiento<sup>349</sup>, ya no le es indiferente al Derecho<sup>350</sup>. Como señala José Lacruz:

*“(...) el comportamiento obligatorio del deudor; aquello que, sin la obligación, no tenía el deber de hacer o de abstenerse de hacer; la porción de conducta que, en virtud precisamente del vínculo obligatorio, ha dejado de ser libre e indiferente para el Derecho, y pasado a ser ordenada, polarizada, en un determinado sentido”<sup>351</sup>.*

### **3. La responsabilidad patrimonial universal.**

#### **3.1. Fuente de la responsabilidad patrimonial de deudor.**

La responsabilidad como un concepto genérico, es definida por la doctrina como *“(...) la necesidad efectiva, o eventual, en que se encuentra una persona de hacerse cargo de las consecuencias gravosas de un acto que se le atribuye como propio”<sup>352</sup>.*

---

<sup>346</sup> VIAL DEL RÍO, Ob. Cit., p. 25.

<sup>347</sup> BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 978.

<sup>348</sup> Ibid., p. 1090.

<sup>349</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 495.

<sup>350</sup> Ibid., p. 51.

<sup>351</sup> Ídem.

<sup>352</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 13.



La responsabilidad patrimonial del deudor —en sede contractual<sup>353</sup>— responde a una tutela del crédito, que el Derecho confiere al acreedor para hacer frente al incumplimiento por parte del deudor de lo pactado<sup>354</sup>. Por lo tanto, la fuente generadora de esta responsabilidad patrimonial es la convención generadora de este vínculo, esto es, el contrato.

La terminación normal de un contrato se produce cuando las obligaciones generadas se cumplen totalmente<sup>355</sup>, sienta el cumplimiento “*el fenómeno normal o fisiológico en la vida de la relación obligatoria*”<sup>356</sup>. Culminación del vínculo obligacional que corresponde a uno<sup>357</sup> de los efectos de las obligaciones<sup>358</sup>. Efecto que pertenece a “*la teoría del cumplimiento de las obligaciones*”<sup>359</sup>, el cual se ajusta, como se señaló (*punto: 1.2.4*), al deber de cumplimiento del deudor y la justa expectativa del acreedor<sup>360</sup>.

La responsabilidad patrimonial del deudor, en cambio, responde al área de los efectos de las obligaciones llamada “*la teoría del incumplimiento y sus consecuencias*”<sup>361</sup>, área que corresponde al fenómeno anormal o patológico de no cumplirse lo debido<sup>362</sup>, esto es el incumplimiento. El cual es entendido como una situación antijurídica, como señala Federico Puig Peña:

---

<sup>353</sup> Sin perjuicio de tener el mismo efecto en materia de responsabilidad extracontractual y cuasi delictual y delictual.

<sup>354</sup> BARROS BOURIE, Ob. Cit., p. 20.

<sup>355</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Ob. Cit., p. 274.

<sup>356</sup> FUEYO LANERI, Ob. Cit., p. 246.

<sup>357</sup> Como señala Fernando Fueyo, los efectos de las obligaciones se dividen en cuatro áreas: 1) la teoría del cumplimiento de las obligaciones, 2) los medios compulsivos destinados a obtener el cumplimiento, 3) la teoría del incumplimiento y sus consecuencias y 3) la protección o tutela jurídica del acreedor.

<sup>358</sup> Ibid., p. 47.

<sup>359</sup> Ibid., p. 245.

<sup>360</sup> Ídem.

<sup>361</sup> Ibid., p. 246.

<sup>362</sup> Ídem.

“(…) *situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor en que se contrajo, reaccionando el Derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta*”<sup>363</sup>.

En un sentido “*amplio*”<sup>364</sup>, el incumplimiento es toda manifestación posible de divergencia entre lo ejecutado y lo dispuesto y exigible en un contrato<sup>365</sup>. Si bien el Código Civil no entrega una definición de incumplimiento, este sentido “*lato*”<sup>366</sup> del fenómeno se puede desprender del artículo 1556 del Código Civil. El cual establece los tipos de incumplimiento de los cual pueden generarse daños a indemnizar, estos son: 1) incumplimiento total, 2) cumplimiento imperfecto y 3) incumplimiento tardío.

Así mismo, los artículos 1568 y 1569 del Código Civil, que dicen relación al pago, se encuentran los criterios de satisfacción del interés del acreedor<sup>367</sup>. En los cuales se establece que el cumplimiento en este caso el pago es “*la prestación de lo que se debe*”, y además de señalar que el pago se hará bajo el tenor de la obligación contraída, sin pretexto de cumplir con otra prestación, aunque esta última sea de mayor valor. Lo cual nos permite delimitar el incumplimiento como toda desviación de estos criterios de cumplimiento.

### **3.2. Reconocimiento legal de la responsabilidad patrimonial del deudor.**

---

<sup>363</sup> Citado por FUEYO LANERI, *Cumplimiento e incumplimiento...* Ob. Cit., p. 248.

<sup>364</sup> FENOY PICÓN, Nieves. El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del código Civil de 2009. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7): 83-105, 2011.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>366</sup> BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia. Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7): 83-105, 2011.

<sup>367</sup> MEJÍAS ALONZO y VIDAL Olivares, Ob. Cit., p. 78.

El reconocimiento legal de esta garantía frente al incumplimiento y, derecho de agresión al patrimonio del deudor<sup>368</sup> que el ordenamiento jurídico otorga al acreedor, se encuentra establecida en el artículo 2465 del Código Civil el cual reza:

*“Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”.*

Esta responsabilidad patrimonial universal responde, como se señaló anteriormente (punto: 1.2.4) a una evolución desde la responsabilidad del deudor con su persona, a una responsabilidad de su patrimonio. El cual consiste en que toda coercitividad<sup>369</sup> en la conducción y cumplimiento de las obligaciones se rige por medio de esta regla de responsabilidad patrimonial.

De esta forma, se le permite a todo acreedor afectado por el incumplimiento, este derecho de agresión sobre el patrimonio del deudor, el cual se configura, como señala Juan Luis Goldenberg: *“mediante la liquidación de sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros, configurando el primer resguardo en la dinámica obligacional”*<sup>370</sup>.

Dejando así de lado esta idea del *“derecho primitivo”*<sup>371</sup> de responsabilidad personal del deudor, el que era coaccionado a cumplir, como señala Fernando Fueyo, *“con su vida o con su libertad personal, atado de cadenas, o sometién dosele a servidumbres, a él y su familia, hasta la satisfacción de la deuda”*<sup>372</sup>.

---

<sup>368</sup> FUEYO LANERI, Ob. Cit., p. 261.

<sup>369</sup> GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad. En: *Revista de Derecho*, (49): 55-98, 2017.

<sup>370</sup> GOLDENBERG SERRANO, *La responsabilidad patrimonial...* Ob. Cit., p. 39.

<sup>371</sup> Abeliuk Manasevich, Ob. Cit., p. 615.

<sup>372</sup> FUEYO LANERI, Ob. Cit., p. 29.

Responsabilidad patrimonial que ha llevado a cierta parte de la doctrina a establecer que el vínculo obligacional ya no sería entre sujetos, sino entre patrimonios<sup>373</sup>. Esto sustentado una concepción objetiva de la obligación basada en responsabilidad, en un sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor, a su facultad de agredir este patrimonio ante el incumplimiento<sup>374</sup>.

### 3.3. Importancia de la garantía patrimonial universal.

La principal importancia que reviste esta garantía patrimonial es la efectividad de la tutela que otorga el ordenamiento jurídico al “*acreedor lesionado*”<sup>375</sup>, el que, con respaldo del órgano jurisdiccional hace efectiva la responsabilidad de este último por sus obligaciones por medio de su patrimonio<sup>376</sup>.

Garantía —que en responsabilidad contractual— abarca no solo la satisfacción del interés del acreedor en la prestación debida, sino más allá, abarcando incluso la pérdida de ganancias o beneficios comprendidos en el fin de protección del contrato, según el criterio de previsibilidad del artículo 1558 del Código Civil<sup>377</sup>. Interés del acreedor que puede no necesariamente coincidir con la prestación, sino extenderse, como señala Álvaro Olivares: “(...) *al beneficio que envuelve para el acreedor la consecución del propósito práctico del acreedor*”<sup>378</sup>.

De esta forma, frente al incumplimiento, el artículo 2469 del Código Civil, faculta al acreedor a exigir la venta forzada de los bienes del deudor y pagarse de su deuda junto a la indemnización de perjuicios —si estos han sido derivados del incumplimiento— y demás

---

<sup>373</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Ob. Cit., p. 82.

<sup>374</sup> Ídem.

<sup>375</sup> MEJÍAS ALONZO y VIDAL OLIVARES, Ob. Cit., p. 77.

<sup>376</sup> DUCCI CLARO, Ob. Cit., p. 144.

<sup>377</sup> VIDAL OLIVARES, Álvaro. La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento.

En: *Estudios de Derecho Civil VI*, 2011, p. 765.

<sup>378</sup> Ibid., p. 766.

gastos derivados del procedimiento. Por estas razones es que se trata de una garantía, nos señala René Abeliuk, “*Hay una garantía, porque realmente el patrimonio del deudor está asegurando que, si no voluntariamente, cuando menos forzadamente o por equivalencia, se cumplirá su obligación*”<sup>379</sup>.

Agregando a esta importancia, el hecho de que esta garantía patrimonial universal, no se agota ni se limita solo a los bienes en posesión del deudor en el momento de la ejecución. Esta garantía incluye por expresa mención del artículo 2465 del Código Civil, a los bienes futuros. De esta forma el ordenamiento en el contexto de esta “*futuridad de los bienes afectados*”<sup>380</sup>, existe, como señala Juan Luis Goldenberg: “*(...) un sometimiento perpetuo de dicho patrimonio al pago de las obligaciones (...)*”<sup>381</sup>.

Esto demuestra la importancia para el Código Civil del régimen de responsabilidad patrimonial, un régimen que tutela de manera preferente al acreedor, dando protección a su crédito, protección que se basa en la necesidad de certeza jurídica en el cumplimiento, ya sea forzado o en equivalencia de las obligaciones contraídas. De este modo la responsabilidad patrimonial aparece como comprensiva de todos los mecanismos de protección del acreedor en caso de incumplimiento<sup>382</sup>.

De este modo, por medio de esta garantía patrimonial universal, el ordenamiento jurídico otorga al acreedor una forma de satisfacción en equivalencia al beneficio que le hubiera reportado el cumplimiento de la obligación. Una prestación en equivalencia, con una medida común de valores que es el dinero, la cual se confiere a título de indemnización de perjuicios<sup>383</sup>. Señala Fernando Fueyo:

---

<sup>379</sup> ABELIUK MANASEVICH, Ob. Cit., p. 617.

<sup>380</sup> GOLDENBERG SERRANO, *La responsabilidad patrimonial...* Ob. Cit., p. 39.

<sup>381</sup> Ídem.

<sup>382</sup> BRANTT ZUMARÁN, María Graciela. La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños. En: *Estudios de Derecho Civil VIII*, 2013.

<sup>383</sup> FUEYO LANERI, Fernando, Ob. Cit., p. 261.

*Un acto injusto ha ocasionado un perjuicio, y de ahí nace la obligación de reparar el mal causado. Esto se realiza mediante la prestación del interés (id quod interest); es decir, prestando al acreedor, generalmente en dinero, el equivalente del beneficio o utilidad que le hubiere reportado el cumplimiento de lo querido originalmente*<sup>384</sup>

#### 4. **El principio de la buena fe.**

##### 4.1. La buena fe como estándar social de comportamiento.

La buena está relacionada directamente a criterios de rectitud y honradez que deben primar y observar las personas en sus relaciones sociales. De esta forma, la buena fe se propugna como una necesidad que toda sociedad tiene de que sus miembros actúen lealmente, como personas de recto proceder y sin querer engañar o aprovecharse del error ajeno<sup>385</sup>.

De esta manera la buena fe se presenta como una conducta socialmente considerada como arquetipo o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado<sup>386</sup>. De esta necesidad social de un comportamiento, es que el Derecho Civil, como señala Hernán Corral: “(...) *asume que las personas intentan comportarse honradamente, de modo que la buena fe se presume, salvo que se pruebe lo contrario* (...)”<sup>387</sup>.

De este presupuesto de comportamiento se desprende el hecho de que el legislador presuma, de forma general, la buena fe en el ámbito privado, cuya manifestación legal se

---

<sup>384</sup> Ibid., p. 333.

<sup>385</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 31.

<sup>386</sup> DÍEZ PICAZO, Luis. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. España: Editorial Civitas Thomson Reuters, 2014, p. 199.

<sup>387</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 31.

encuentra en el artículo 707 del Código Civil, el cual reza: “*La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse*”.

#### 4.2. La buena como principio general de derecho.

La buena fe —principio jurídico de herencia romana— constituye uno de los principios generales fundamentales del derecho privado, así ha sido la tendencia extendida de la doctrina nacional señala Adrián Schopf Olea<sup>388</sup>, tendencia que ha sido contrapuesta a los planteamientos jurisprudenciales que la consideran un principio general del derecho<sup>389</sup>.

Postura jurisprudencial más acorde a los ordenamientos jurídicos pertenecientes al derecho continental, que reconocen la expansión de la buena fe a los “*más variados ámbitos*”<sup>390</sup>. De esta forma al tratarse de un principio general del derecho, la buena fe informa desde instituciones hasta soluciones específicas a casos puntuales<sup>391</sup>. Por consiguiente, el trasfondo de todas las instituciones<sup>392</sup>. Sin perjuicio de su gran relevancia en el derecho privado, su amplitud e importancia, reconoce también, no dice Jorge López Santa María, lleva a que proyecte a las más variadas disciplinas jurídicas<sup>393</sup>

La buena fe al ser un principio general tiene la virtud de estos últimos, que por ser un concepto de “*carácter superior y general*”<sup>394</sup>, es capaz de dar solución a aquellos problemas que escapan de la vista del legislador<sup>395</sup>. Sirviendo así, como nexo para entrelazar las distintas

---

<sup>388</sup> SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. En: *Revista chilena de derecho privado* (31): 109-153, 2018.

<sup>389</sup> Ibid., p. 110.

<sup>390</sup> Ibid. p.111.

<sup>391</sup> DUCCI CLARO, Ob. Cit., p. 15.

<sup>392</sup> José Luis de Los Mozos, citado por Carlos Ducci Claro, Ob. Cit., p. 20.

<sup>393</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p. 428.

<sup>394</sup> BOETSCH GILLET, Cristián Andrés. *La buena fe contractual*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 13.

<sup>395</sup> Ídem.

figuras jurídicas, permitiendo su conceptualización dentro de un todo orgánico que responde a una misma razón lógica<sup>396</sup>. De esta forma como señala Enrique Alcalde:

*“(...) tales principios se nos revelan como torrente sanguíneo que recorre las arterias de las diversas instituciones que integran el Derecho, insuflándoles vida y sentido; de modo que, sin ellos, estas últimas quedan irremediablemente condenadas a la atrofia y descomposición”<sup>397</sup>.*

En consecuencia, la buena al tratarse de un principio general del derecho, exige que toda disposición debe ser interpretada en concordancia a ella. Así, como señala Luis Díez-Picazo, toda interpretación de una norma que conduzca a un resultado jurídico contrario a la buena fe, debe ser rechazada o, por lo menos, considerada como excepcional, por ser contra “tenorem rationis” de la organización general<sup>398</sup>.

En el mismo sentido señala Cristián Boetsch Gillet: *“(...) la buena fe es una necesidad de carácter ético-social, que el ordenamiento jurídico debe considerar a la hora de estimar si una determinada conducta es o no contraria a Derecho.”<sup>399</sup>.*

#### 4.3. Función protectora y prescriptiva de la buena fe.

##### 4.3.1. Función de protección de la buena fe.

La buena fe, al tratarse de una norma que exige un tipo comportamiento en la vida jurídica<sup>400</sup>, la conducta que se ajusta a este arquetipo social exigido recibe una valoración y

---

<sup>396</sup> ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Principios Generales Del Derecho: Su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016, p. 40.

<sup>397</sup> Ídem.

<sup>398</sup> DÍEZ PICAZO, Ob. Cit., p. 201.

<sup>399</sup> BOETSCH GILLET, Ob. Cit., p. 97.

<sup>400</sup> DÍEZ PICAZO, Ob. Cit., p. 200.



por ende protección. Aún, cuando el comportamiento objetivo se trate de un acto incorrecto o reprochable por el ordenamiento, basta solo la “*creencia de obrar lícitamente*”<sup>401</sup>.

La función de protección que opera cuando un comportamiento puede ser, en algunos casos, objetivamente antijurídico, pero en la consciencia de la persona correcto, dicho de otro modo, con la convicción de obrar lícitamente. En este caso, la función de protección de la buena fe se sustenta en el hecho de que esta consciencia de estar obrando de forma lícita de la persona.

Por consiguiente, la consciencia de licitud, o “*convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular*”<sup>402</sup>, puede servir como exoneración o atenuación de la sanción que el ordenamiento jurídico impone a dicha conducta o acto irregular o incorrecto<sup>403</sup>. Esta consciencia o convicción interna de licitud toma el nombre buena fe subjetiva.

La buena fe subjetiva es tradicionalmente entendida como la convicción de actuar lícitamente<sup>404</sup>. Toma el adjetivo “*subjetiva*” por el hecho de que emana, como se señaló en el apartado anterior, de una convicción subjetiva de la persona que debe ser averiguada en cada caso en particular<sup>405</sup>. Labor de indagación radicada en los jueces de instancia, como señala la Corte Suprema, los cuales son los llamados a resolver este criterio subjetivo de apreciación y determinar la buena o mala fe de la persona<sup>406</sup>.

---

<sup>401</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 32.

<sup>402</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p. 430.

<sup>403</sup> Ídem.

<sup>404</sup> PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2019, p. 964.

<sup>405</sup> Ídem.

<sup>406</sup> Corte Suprema. 19 de octubre de 2011. Rol: 7555-2010. Considerando 9º. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de febrero de 2022].

El reconocimiento legal de la buena fe subjetiva se desprende del artículo 706 del Código Civil el cual reza: “*La buena fe es la consciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio (...)*”.

Del artículo 706 del código civil se hace presente la función protectora de la buena fe (*ut supra*), como ejemplo, permite a un poseedor de una propiedad (*a non domino*), hacerse dueño de una propiedad por prescripción adquisitiva, por el hecho de representarse legítimamente su derecho como tal, teniendo como antecedente haber adquirido de forma regular y lícita el dominio de la propiedad, no siendo así en la realidad. En este caso el poseedor *a non domino* que está de buena fe, es protegido por el ordenamiento jurídico<sup>407</sup>.

#### 4.4. Función prescriptiva de la buena fe.

La función prescriptiva de la buena fe, a diferencia de la función de protección, no parte de una consciencia o convicción interna de la persona de obrar según ordena el derecho, sino, que apela al comportamiento objetivo de esta. Comportamiento que se compara, como señala Hernán Corral: “*(...) con aquel que se hubiera esperado de un hombre “de buena fe”, es decir, de un hombre medio que actúa leal y rectamente*”.

De esta comparación abstracta que toma como base un arquetipo de persona leal y correcta, se emplea para evaluar una conducta concreta, prescribiendo así un criterio de conducta, cómo debió haber procedido dicha persona determinada<sup>408</sup>.

De esta forma, la buena fe en función de prescripción se orienta principalmente al aspecto de las relaciones jurídicas y contractuales entre las partes y su actuar objetivo. Supone, como señala Luis Diez-Picazo: “*un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración,*

---

<sup>407</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p.432.

<sup>408</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 32.

*interpretación y ejecución de los negocios jurídicos*”<sup>409</sup>. En este caso la buena fe toma el nombre de buena fe objetiva o para ser más específico “*buena fe contractual*”<sup>410</sup>.

La buena fe objetiva es una noción que mayoritariamente interesa en el ámbito de los contratos<sup>411</sup>, por este motivo tiene especial importancia en el régimen de las relaciones contractuales, en la observancia de un comportamiento vinculado a la protección de la confianza generada a la otra parte. Como señala Luis Diez Picazo:

*“(...) cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibile toda actuación incompatible con ella”*.<sup>412</sup>

La buena fe objetiva o contractual encuentra su raíz, como principio general<sup>413</sup> en el artículo 1546 del Código Civil, el cual reza:

*“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”*

Si bien la buena fe objetiva es un estándar legal por antonomasia de la interpretación y ejecución de los contratos, no es el único, como señala Jorge López Santa María<sup>414</sup>, existen otros criterios como “*buen padre de familia*”, “*buenas costumbres*”, “*orden público*”, “*sano*

---

<sup>409</sup> DÍEZ PICAZO, Ob. Cit., p. 199.

<sup>410</sup> GALGANO, Francesco. El Negocio Jurídico. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1992, p. 454.

<sup>411</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p. 434.

<sup>412</sup> DÍEZ PICAZO, Ob. Cit., 202.

<sup>413</sup> SCHOPF OLEA, Ob. Cit., p.111.

<sup>414</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los contratos...* Ob. Cit., p. 434.

*juicio de una persona*”, etc. Pero, la relevancia de la buena fe objetiva es la imposición de los contratantes del deber de comportarse correcta y lealmente en sus relaciones mutuas, tanto desde el inicio de los tratos preliminares hasta momentos incluso posteriores a la terminación del contrato<sup>415</sup>.

En el mismo sentido, la buena fe objetiva, remite como señala Adrián Schopf Olea, un conjunto de directivas que no han sido expresadas en el acuerdo contractual, relativas a la lealtad, honestidad, y consideración recíproca de las partes contratantes pueden razonablemente esperar en su comportamiento mutuo<sup>416</sup>. Cabe agregar, que la buena fe objetiva emanada del artículo 1546 del Código Civil, aplica a todo contrato, a todo vínculo jurídico que tenga por objeto una prestación, cualquiera sea su formato o naturaleza<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> Ibid., p.434.

<sup>416</sup> SCHOPF OLEA, Ob. Cit., p.114.

<sup>417</sup> BOETSCH GILLET, Ob. Cit., p. 98.

### CAPÍTULO III.

#### ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 20.720 Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO CIVIL

La ley 20.720, se presenta, como ya se expuso en el capítulo I, como un instrumento de política económica enfocada al fomento económico aproximando al derecho concursal a las tendencias contemporáneas del Derecho de la empresa en dificultad<sup>418</sup> y a su vez, con un enfoque humanitario<sup>419</sup> en relación con las personas naturales, objetivos que pueden considerarse atípicos al de las legislaciones concursales anteriores.

En este sentido se examinaron las diferencias que se verifican inevitablemente con respecto al régimen concursal anterior de la ley 18.175. Asimismo, se llevó a cabo un análisis de las principales instituciones, principios y objetivos que informan el régimen civil, en particular, en relación con los contratos y obligaciones, así como el rol cautelar y proteccionista del crédito en caso del quebrantamiento de este compromiso<sup>420</sup> o “*vínculo obligacional*”.

En este capítulo, se llevará a cabo un análisis crítico de la injerencia de la ley 20.720 como instrumento de política económica, con el objetivo de analizar los efectos que esta ley tiene en el ámbito del Derecho Civil. De esta forma se analizará los incentivos que la ley 20.720 ha generado en el incremento sin precedentes de procedimiento concursales de liquidación y la afectación correlativa del tradicional régimen de *garantía general patrimonial* del Derecho Civil<sup>421</sup>.

---

<sup>418</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 26.

<sup>419</sup> ALARCÓN CAÑUTA, Miguel. La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del Estado no constituye excepción al discharge en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Revista chilena de derecho privado*, (31): 9-59, 2018.

<sup>420</sup> CORRAL TALCIANI, *Curso de derecho civil ...* Ob. Cit., p. 495.

<sup>421</sup> CABALLERO GERMAIN, *Sobreendeudamiento y exoneración...* Ob. Cit., p. 134.

## **1. Incentivos a la apertura voluntaria del procedimiento de liquidación.**

La ley 20.720 representa un cambio significativo en el enfoque del Derecho Concursal el cual tiene un impacto fundamental en los procedimientos de liquidación, teniendo como objetivo primordial el proponer una salida a situaciones de crisis o estrés financiero de empresas y personas, permitiendo como señala la Corte suprema “*que el deudor pueda obtener una liberación de responsabilidad por las deudas anteriores al concurso (...)*”<sup>422</sup>.

En la obtención de estos objetivos, ley 20.720 no solo elimina el estigma del fracaso empresarial o financiero personal que recae sobre el insolvente, sino que también busca incorporar a la empresa o persona natural afectada de manera rápida y ágil a la actividad económica y reinsertarse en el mundo económico, obteniendo de este procedimiento, en términos anglosajones, un “fresh start”<sup>423</sup>. De esta forma la ley 20.720 proporciona un mecanismo expedito y objetivo de ingreso al procedimiento y una vez concluido, proporciona la liberación de las deudas insolutas a su término.

En consecuencia puede advertirse —con una mirada crítica— que los incentivos presentados por la ley 20.720, tienden, en caso de no delimitar con precisión su ámbito de aplicación, a convertir este procedimiento en un mecanismo alternativo y empobrecido de llevar a efecto un cumplimiento desmejorado de las obligaciones.

### **1.1. Incremento de los procedimientos de liquidación. Contradicción con los objetivos buscados en la ley 20.720.**

---

<sup>422</sup> Corte Suprema. 20 de julio de 2022. Rol: 59567-2020. Considerando 10º. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 10 de marzo de 2023].

<sup>423</sup> *Ídem*.

Según los datos de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SUPERIR), las tasas de recuperación de créditos de procedimientos de liquidaciones voluntarias en personas y empresas no alcanzan el 20%<sup>424</sup>.

El incentivo planteado sumando a esto la carencia de facultades legales en favor de los “*terceros interesados*” que los habilite para plantear excepciones o defensas contra la solicitud de liquidación del deudor<sup>425</sup>, ha suscitado un evidente incremento en los procedimientos liquidatorios en detrimento de los procedimientos de reorganización, lo cual ha generado una notable disparidad entre los objetivos postulados en la ley 20.720 y los resultados empíricos observados.

Esta disparidad entra en franca contradicción con los propósitos fundamentales de dicha legislación, la cual fue concebida con el propósito primordial de propugnar, tanto nominal como sustantivamente, los procedimientos de reorganización como prioridad ineludible, con el propósito inequívoco de fomentar la rehabilitación y salvaguardia de las empresas, en contraposición a su liquidación.

Como se expone claramente en el mensaje Presidencial en la Historia de la Ley n° 21.563<sup>426</sup>:

*Que a más de cinco años entrada en vigencia de la Ley N° de la 20.720 trajo consigo un aumento considerable de procedimientos concursales. De acuerdo con los datos de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ("SUPERIR"), se observa un aumento desde 5.300 quiebras en 34 años bajo el régimen concursal anterior (Libro IV del Código de Comercio, intitulado*

---

<sup>424</sup> Historia Fidedigna de la ley n° 21.563 que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la ley n° 20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. Boletín N° 13802-03, mensaje presidencial, p. 6.

<sup>425</sup> ORTIZ SOLORZA, Mauricio. Relación entre el presupuesto material objetivo de los concursos (la insolvencia) y la solicitud de concurso voluntario en la ley 20.720. En: *Revista de Derecho* (36): 69-82, 2019.

<sup>426</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.563 ... Ob. Cit., mensaje presidencial.

*"De las Quiebras" y la ley N° 18.175, Orgánica de la Superintendencia de Quiebras), a más de 23.000 procedimientos en 5 años y medio bajo la nueva Ley N° 20.720.*

*En particular, se han iniciado más de 13.000 procedimientos de liquidación de personas y 6.000 procedimientos de liquidación de empresas. Por su parte, los procedimientos de renegociación ascienden a cerca de 6.000 y los procedimientos de reorganización a alrededor de 265. Considerando lo anterior, es posible concluir que, en promedio, **dos tercios de las personas y más del 95% de las empresas que inician un procedimiento concursal optan por la liquidación** (énfasis agregado). Ahora, si bien la Ley N° 20.720 constituyó un importante hito en materia concursal chilena, la experiencia adquirida en este periodo de aplicación demuestra que aún quedan importantes espacios de mejora. Por ejemplo, existen incentivos errados que provocan que los deudores prefieran los procedimientos concursales de liquidación por sobre la renegociación o reorganización, según corresponda, y no se contemplan mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado de la liquidación de producido un procedimiento concursal personas. Esto último ha producido un aumento explosivo de los procedimientos concursales de liquidación y una baja tasa de recuperación de créditos.<sup>427</sup>*

## **2. Deficiencia en la delimitación de la insolvencia como requisito de aplicación del régimen especial de la ley 20.720 en pos del régimen del Derecho Civil.**

### **2.1. Insolvencia como presupuesto base de la legislación concursal.**

La insolvencia se erige como el fundamento primordial que sustenta la aplicación del régimen especial del Derecho Concursal, una disciplina legal cuyo propósito fundamental reside en mitigar los perjuicios económicos y sociales inherentes al fenómeno de la

---

<sup>427</sup> Ídem.



insolvencia o cesación de pagos. Fenómeno que conlleva un progresivo “espiral de empobrecimiento<sup>428</sup>” que representa un grave y problemático efecto a nivel tanto financiero como social. Fenómeno y efectos que exigen y demandan un régimen específico, efectivo, especial y ad-hoc.

La insolvencia forma parte de los “*presupuesto del concurso*”<sup>429</sup>, los cuales, como nos dice Mauricio Ortiz: “*aluden a aquellos requisitos previos que, también con otras variadas denominaciones (causas, motivos, supuestos, elementos constitutivos, condiciones iuris, etc.), justifican y determinan el nacimiento y desarrollo de la concreta relación jurídico-procedimental en que consiste el concurso de acreedores (...)*”.

Los presupuestos del concurso consisten en una serie de condiciones o requisitos para que se abra el procedimiento concursal, a fin que el deudor sea declarado concursado y se desencadenen los efectos jurídicos que derivan de tal declaración, según lo expone José Vázquez Cueto<sup>430</sup>.

## 2.2. Inobservancia de la insolvencia como requisito de entrada al procedimiento de liquidación voluntario.

En relación con lo expuesto, se observa que la solicitud inicial del procedimiento concursal de liquidación ha experimentado una notable simplificación bajo la Ley 21.720, “*(...) acortando el largo transito (sic) que establecía el libro IV del Código de Comercio (ley 18.175) para la dictación de la sentencia de quiebra*”<sup>431</sup>.

De acuerdo con el procedimiento de liquidación voluntaria establecido en la antigua ley de quiebras, se requería incluir una referencia al “*mal estado de los negocios*”.

---

<sup>428</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 11.

<sup>429</sup> ORTIZ SOLORZA, Ob. Cit., p. 70.

<sup>430</sup> José Vázquez Cueto, citado por Mauricio Ortiz Solorza, Ob. Cit., p. 70.

<sup>431</sup> CONTADOR ROSALES, Nelson. *La protección de las garantías reales...* Ob. Cit., p. 198.

Específicamente, el numeral quinto del artículo 42 imponía la siguiente exigencia: *“Una memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de sus negocios, debiendo ella dar cuenta de la inversión del producto de las deudas contraídas y de los demás bienes adquiridos en el último año.*

De esta forma en la Ley de Quiebras se requería que el deudor proporcionará una descripción detallada del deterioro experimentado en sus actividades comerciales. En contraposición al artículo 115 de la ley 20.720 que solo exigen información relativa al estado de las deudas, sin requerir una mención descriptiva del "deterioro" de los negocios en cuestión. De este modo, las exigencias actuales son notablemente más moderadas en comparación con las estipuladas en la legislación concursal previa.

Asimismo, en virtud de lo expuesto, surge, además, la interrogante acerca del papel de los jueces en este aspecto no resuelto por la Ley 20.720. En ese sentido, cabe cuestionarse si el tribunal tiene la facultad de negar la admisibilidad y, por ende, rechazar el inicio de un procedimiento concursal de liquidación forzada.

En el régimen legal anterior, se concebía que esta petición por parte del deudor implicaba una confesión, constituyendo así una prueba plena de los requisitos exigidos, como, por ejemplo, el estado adverso de los negocios.

La interpretación de la solicitud de liquidación voluntaria, bajo la Ley 18.175, como una confesión y prueba contundente del deterioro de los negocios del deudor, se basaba en la concepción tradicional del concurso y en la naturaleza predominantemente punitiva del régimen concursal. En este contexto, se consideraba que ningún deudor se sometería voluntariamente a un procedimiento concursal a menos que estuviera genuinamente en una situación de insolvencia que justificara la adopción de dicha medida.

Esta situación se atribuía a las serias y adversas repercusiones que conllevaba para el deudor someterse a un procedimiento concursal, tanto en términos de sanciones penales como en cuanto a las consecuencias patrimoniales resultantes. Dichas consecuencias incluían el

desprestigio y la afectación de la reputación que se derivan de su participación en dicho proceso.

En el contexto actual, donde las repercusiones negativas de someterse a un procedimiento concursal liquidatorio han disminuido, surge la interrogante acerca del requisito objetivo que justifica el inicio de dicho procedimiento. Asimismo, es necesario analizar qué fundamentos sustentan la aplicación de este régimen especial en lugar del régimen común establecido en el Código Civil.

### 2.3. Problemas prácticos y teóricos derivados de la falta de claridad en la delimitación de la insolvencia como requisito para iniciar el procedimiento de liquidación.

Como se ha constatado en esta investigación el Derecho Concursal se configura como un ámbito jurídico especial que altera sustancialmente el modelo del Código Civil<sup>432</sup>. Esta particularidad se fundamenta en la necesidad de establecer un régimen específico para abordar situaciones de insolvencia. Por ende, la interrogante sobre la admisibilidad y su eventual rechazo se encuentra estrechamente vinculada con esta premisa.

Este planteamiento suscita la siguiente interrogante: ¿Resulta imperativo que el deudor demuestre su estado de insolvencia? Al analizar detenidamente el artículo 115 de la Ley 20.720, se puede constatar de manera inequívoca que nuestra legislación no establece en ninguna disposición la obligación del deudor de presentar pruebas de su insolvencia. Solo, exige únicamente que el deudor proporcione información sobre su situación de deudas y presente su balance financiero.

No existe ninguna alusión a insolvencia, crisis o falta de liquidez, la ley no habla de eso. Solo en el procedimiento de liquidación forzada trata en el art.117 el concepto de "cesación de pagos", pero es mínima. Los tribunales se han visto obligados a llenar esta falta

---

<sup>432</sup> CABALLERO GERMAIN y GOLDENBERG SERRANO, *Los efectos de la extinción...* Ob. Cit., p. 43.

de claridad y a otorgar significado a esta disposición, dotándola de contenido, a pesar de las críticas que ha recibido esta práctica por parte de la doctrina especializada<sup>433</sup>.

Esto, debido a que la ley 20.720 no se hizo cargo del presupuesto de las soluciones concursales que impulsa, esto es, el análisis de la insolvencia<sup>434</sup>. Siendo indiscutidamente, afirmado en doctrina como el factor determinante que justifica al procedimiento de ejecución individual, sin insolvencia, nos dice Eduardo Jequier, no puede haber concurso<sup>435</sup>

No obstante, es crucial tener en consideración que la mera consignación, exigida en el art.117 de la ley 20.720, de las obligaciones pendientes y el balance más reciente no siempre constituyen indicios inequívocos de una situación de insolvencia. Por consiguiente, la insolvencia podría no manifestarse de forma manifiesta en los referidos elementos documentales y, en caso de presentarse, no es factible rechazar su existencia basándose en la premisa de que conlleva una confesión.

A partir de lo expuesto, se puede observar una falta de claridad en cuanto a la existencia de un criterio objetivo y definido para la elección entre un régimen especial y el régimen de cumplimiento tradicional establecido en el Código Civil. La determinante insolvencia se convierte en el punto crucial que impide a los acreedores ejercer su derecho de ejecución individual<sup>436</sup>. Sin embargo, este "*hito*<sup>437</sup>" no se manifiesta como un requisito objetivo para la apertura del régimen especial en cuestión."

Esta falta de determinación de la ley 20.720, dejando prácticamente en manos del deudor la elección del régimen aplicable, sin establecer un marco legal y articulado para tal

---

<sup>433</sup> CONTADOR ROSALES y PALACIOS VERGARA, Ob. Cit., p. 142.

<sup>434</sup> ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. Análisis y comentarios a la reforma al Régimen Concursal (Boletín N° 8324-03). En: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (4): 281-234, 2013.

<sup>435</sup> JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO. *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III. Vol. 1. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2019, p. 87.

<sup>436</sup> ORTIZ SOLORZA, Ob. Cit., p. 77.

<sup>437</sup> Ídem.

fin, lleva socavar la certeza jurídica que propugna y protege el Código Civil, menoscabando a su vez su tradicional régimen de responsabilidad y cumplimiento.

Esto, principalmente porque hoy en día la ley 20.720 convierte el procedimiento concursal en un beneficio para el deudor, una institución “*pro debitoris*”<sup>438</sup> y esto nunca antes había sido así, siendo por lo tanto, un procedimiento “*especial*” que no reconoce o establece barreras de entrada<sup>439</sup>, ningún presupuesto y, por lo mismo, puede aplicarse a (meros) deudores y a deudores en notoria insolvencia<sup>440</sup>.

### **3. Norma de descarga en la legislación concursal.**

#### **3.1. Antecedentes de la exoneración de saldos impagos “discharge” en el procedimiento concursal.**

El artículo 255 de la Ley 20.720 establece los efectos de la resolución<sup>441</sup> que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación de acuerdo a los siguientes términos.

*“Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, **se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor** (énfasis agregado) con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación (énfasis agregado).*

---

<sup>438</sup> CABALLERO GERMAIN, Sobreendeudamiento y exoneración... Ob. Cit., p. 134.

<sup>439</sup> RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. Reflexiones sobre las condiciones de ingreso al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de bienes de la persona deudora. En: *Estudios de derecho comercial: octavas jornadas chilenas de derecho comercial 7 y 8 de septiembre de 2017*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2017, p. 574.

<sup>440</sup> ARAYA PAREDES y BOFILL GENZSCH, Ob. Cit., p. 289.

<sup>441</sup> Firme y ejecutoriada.

*Extinguidas las obligaciones conforme al inciso anterior, el Deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto”.*

La extinción automática de los saldos impagados de las obligaciones del deudor en el contexto de un procedimiento concursal de liquidación, junto con la consecuente oportunidad de un nuevo comienzo financiero o "fresh start", se posiciona como uno de los impactos más significativos derivados de la legislación reciente en materia concursal. Aunque no puede ser considerada una novedad en sí misma, su relevancia se basa en su aplicación simplificada y renovada dentro del actual marco legal concursal vigente.

En realidad, la eliminación de las deudas pendientes del deudor involucrado en un proceso de liquidación concursal fue introducida por primera vez en nuestra legislación, nos señala Guillermo Caballero<sup>442</sup>, en el año 1929, durante el primer período presidencial de Carlos Ibáñez del Campo, y se estable en los siguientes términos:

*“Se sobreseerá también definitivamente, aun cuando las deudas no se hubieren alcanzado a cubrir con el producto de la realización de todos los bienes de la quiebra, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

- 1. Que hayan transcurrido cinco años contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta general del síndico;*
- 2. Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación de la quiebra del deudor comerciante, por sentencia ejecutoriada, la quiebra haya sido calificada de fortuita y si se tratare de un deudor no comerciante que no haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal.*

*El sobreseimiento de que trata este artículo **extingue, además, las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra** (énfasis agregado), sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad*

---

<sup>442</sup> CABALLERO GERMAIN, Sobreendeudamiento y exoneración... Ob. Cit., p. 152.

y ya ingresados a la quiebra, con arreglo al artículo 62 de la presente ley (art.134 de la ley N°4558)<sup>443</sup>.

La norma de descarga se mantuvo prácticamente sin cambios hasta la promulgación de la Ley 18.175, cuyo artículo 165 estableció este efecto de la siguiente manera:

*Se sobreseerá también definitivamente, aun cuando las deudas no se hubieren alcanzado a cubrir con el producto de la realización de todos los bienes de la quiebra, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1. *Que hayan transcurrido dos años contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta definitiva del síndico;*
2. *Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación de la quiebra por sentencia ejecutoriada, haya sido calificada de fortuita, y*
3. *Que el deudor no haya sido condenado por algunos de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal.*

**El sobreseimiento de que trata este artículo extingue, además, las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra** (énfasis agregado), sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra, con arreglo al inciso segundo del artículo 65.

### 3.2. Limitaciones en la aplicación de la norma de descarga en la legislación concursal.

La norma de “discharge” de los saldos insolutos, tiene y ha tenido un efecto impetuoso y disruptivo en el Derecho Civil, debido a que este efecto de exoneración de los saldos insolutos produce un “*impacto derogatorio de las reglas de derecho común de las obligaciones (...)*”<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Ídem.

<sup>444</sup> RUZ LÁRTIGA, *Reflexiones sobre las condiciones de ingreso...* Ob. Cit., 574.

Esto debido a que la extinción de los saldos insolutos, una vez firme la resolución de liquidación, rompe la promesa de la garantía general patrimonial del deudor insolvente respecto de los acreedores afectos al concurso, lo cual altera sustancialmente el modelo del Código Civil, nos señala Guillermo Caballero y Juan Luis Goldenberg<sup>445</sup>.

A la luz de lo expuesto, resulta evidente que la norma tradicional del descargue, que estuvo vigente en nuestro país durante más de 80 años hasta la implementación de la nueva ley concursal<sup>446</sup>, no ostenta una posición dominante en el propósito fundamental del procedimiento concursal de liquidación. Además, se deduce claramente de su redacción textual que dicho "discharge" no posee una condición inherente o automática al concluir dicho procedimiento.

En consecuencia, la figura del sobreseimiento definitivo extraordinario, introducida en las reformas a principios del siglo XX con el propósito de permitir que los deudores desafortunados, pero de buena fe, obtuvieran la exoneración de los saldos impagados, no logró tener una aplicación significativa. Según Juan Esteban Puga, su implementación resultó limitada en la práctica<sup>447</sup>:

*En la práctica, sin embargo, sólo una mínima fracción de los procesos concursales terminaban en forma definitiva, pues las causales de sobreseimiento definitivo eran tan arduas y difíciles que normalmente las quiebras simplemente fenecían por el olvido, como si hubieren terminado con la cuenta definitiva del curador concursal cuando jurídicamente no era así<sup>448</sup>.*

Considerando los elementos expuestos, es pertinente destacar que la legislación concursal anterior a la promulgación de la Ley 20.720 no tenía como objetivo fomentar que el deudor se sometiera a un procedimiento concursal con la intención última de obtener la

---

<sup>445</sup> CABALLERO GERMAIN y GOLDENBERG SERRANO, *Los efectos de la extinción...* Ob. Cit., p. 43.

<sup>446</sup> CABALLERO GERMAIN, *Sobreendeudamiento y exoneración...* Ob. Cit., p. 153.

<sup>447</sup> PUGA VIAL, Ob. Cit., p. 645.

<sup>448</sup> Ídem.



exoneración de los saldos impagados y, por ende, aprovechar este "regalo"<sup>449</sup> otorgado por el legislador.

Se entendía que esta institución entraba en funcionamiento cuando los objetivos del juicio de quiebra<sup>450</sup> no se cumplían y las deudas no se podían cubrir con los activos de la quiebra. Por lo tanto, su aplicación no era automática, sino que requería el cumplimiento de ciertos requisitos. Estos requisitos se centran en la buena fe objetiva del deudor y en un requisito temporal de dos años desde la aprobación de la cuenta del síndico<sup>451</sup>.

*Si se trata de deudor del artículo 41 que la quiebra haya sido calificada de fortuita por sentencia ejecutoriada, y si se trata de deudor común, que no haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal.*

*Que hayan transcurrido dos años, contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta definitiva del síndico. Luego, lo anterior hace suponer que están concluidos todos los procedimientos de la quiebra o bien, que se ha dictado sobreseimiento temporal por falta de bienes<sup>452</sup>.*

### 3.3. Problemas derivados de la falta de restricciones en el acceso al “discharge” en la legislación actual.

Es importante destacar que los requisitos de buena fe objetiva y temporalidad, que se aplicaban en el pasado en el contexto de la quiebra, representaban un mecanismo más riguroso y cauteloso en comparación con los requisitos actuales, los cuales parecen haberse relajado considerablemente.

---

<sup>449</sup> RUZ LÁRTIGA, *Nuevo derecho concursal...* Ob. Cit., p. 660.

<sup>450</sup> DÍAZ LOAYZA, Alex Patricio. *Lecciones elementales de derecho concursal.* 2016. p. 122.

<sup>451</sup> CABALLERO GERMAIN, *Sobreendeudamiento y exoneración...* Ob. Cit., p. 153.

<sup>452</sup> Ídem.

Estos requisitos anteriores buscaban garantizar que la exoneración de los saldos impagados no se otorgará de manera indiscriminada y se reservará únicamente para aquellos deudores que demostraran una conducta de buena fe y que hubieran enfrentado circunstancias financieras adversas más allá de su control.

Si bien la legislación concursal actual buscó hacer más accesible la herramienta de descarga, la cual anteriormente era difícil de obtener debido a los requisitos establecidos, se ha ido al extremo opuesto al hacer su obtención demasiado fácil. La ley concursal, en su intento por aumentar la utilidad práctica de esta herramienta, ha descuidado las barreras de entrada a este beneficio.

Esta simplificación plantea interrogantes sobre la eficacia y equidad del sistema concursal vigente. Al no exigir una demostración de buena fe objetiva ni establecer un período de tiempo mínimo de espera, se corre el riesgo de que los deudores se beneficien de la exoneración de sus deudas sin haber agotado otras alternativas o sin haber cumplido con ciertas obligaciones.

Esta relajación de requisitos puede y ha llevado a abusos del sistema, generando una sensación de impunidad para aquellos deudores que no han cumplido con sus obligaciones de manera responsable. La falta de determinación del deudor honesto es una crítica constante hacia la ley 20.720<sup>453</sup>.

Además, al no existir un mecanismo de evaluación de la buena fe y la temporalidad<sup>454</sup>, se corre el riesgo de que personas con capacidad de pago y sin circunstancias financieras adversas se beneficien injustamente de la exoneración de sus deudas, lo cual genera desequilibrios y perjudica a los acreedores.

Se puede observar que la eliminación de estos requisitos en la legislación actual plantea inquietudes en cuanto a la equidad y la posibilidad de abusos en el sistema

---

<sup>453</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.563 ... Ob. Cit., p. 77.

<sup>454</sup> CABALLERO GERMAIN y GOLDENBERG SERRANO, *Los efectos de la extinción...* Ob. Cit., p. 46.

concurzal<sup>455</sup>. Es fundamental reflexionar sobre la importancia de establecer salvaguardias adecuadas para proteger los derechos de los acreedores y asegurar que la exoneración de deudas se otorgue de manera justa y responsable.

### 3.4. La disonancia del descargue con la lógica del Derecho Civil.

Como se mencionó en el capítulo dos, el Derecho Civil contempla un régimen de cumplimiento de las obligaciones y de responsabilidad con un enfoque predominante y garantista de los derechos del acreedor. Este régimen se fundamenta en la responsabilidad patrimonial universal del deudor.

Conforme al derecho común, el término de una ejecución o de un procedimiento concursal, no extingue las deudas pendientes de pago, conservando los acreedores las acciones para el cobro de las mismas si el deudor mejora su situación económica, lo cual es la manifestación de la garantía general patrimonial, nos señala Guillermo Caballero<sup>456</sup>.

Por lo tanto, una regla de descargue de los saldos insolutos una vez terminado un procedimiento de liquidación, contradice y impacta directamente la regla general establecida en el Código Civil, que las obligaciones afectan tanto los bienes presentes como los bienes futuros del obligado como señala su artículo 2465:

*Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618.*

En efecto, si seguimos la huella del concurso en el CC, en las reglas del pago con cesión de bienes y del beneficio de competencia, la insolvencia derivada de accidentes inevitables y la liquidación de todo el patrimonio embargable del deudor de buena fe solo

---

<sup>455</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.563 ... Ob. Cit., p. 78.

<sup>456</sup> CABALLERO GERMAIN, Sobreendeudamiento y exoneración... Ob. Cit., p. 148.

permiten posponer el pago de la deuda hasta que mejore la fortuna del deudor, pero jamás podrían llevar a su extinción, nos señala Juan Luis Goldenberg y Guillermo Caballero<sup>457</sup>.

De esto se puede inferir que la exoneración de los saldos insolutos era considerada como una excepción en las legislaciones anteriores a la ley 20.720, y estaba sujeta a requisitos bastante exigentes. Esta institución sin duda representa una ruptura en la fuerza vinculante del contrato, como bien señala Gonzalo Ruz:

*Más allá del impacto derogatorio de las reglas de derecho común de las obligaciones que este efecto trae consigo este efecto trae consigo, lo que pone en entredicho la fuerza obligatoria del contrato, su intangibilidad e irrevocabilidad, pues al fin y al cabo, como decía Ripert, “es matar el contrato el liberar al deudor cada vez que experimenta una dificultad de pago”<sup>458</sup>.*

En este sentido, se hace crucial establecer criterios más estrictos y salvaguardias adecuadas para evitar abusos y asegurar que la exoneración de los saldos insolutos se otorgue de manera justa y responsable.

El descargo no debe convertirse en una vía de escape fácil para aquellos deudores que no han cumplido con sus obligaciones de manera responsable, dejando al acreedor en una situación desfavorable y generando una sensación de impunidad.

Por lo tanto, al tratarse de una institución tan disruptiva de las normas de cumplimiento y responsabilidad del Código Civil, resulta imperativo que su aplicación se encuentre ampliamente delimitada, teniendo en cuenta el impacto derogatorio que puede tener sobre el derecho civil.

---

<sup>457</sup> CABALLERO GERMAIN y GOLDENBERG SERRANO, *Los efectos de la extinción...* Ob. Cit., p. 46.

<sup>458</sup> RUZ LÁRTIGA, *Reflexiones sobre las condiciones de ingreso...* Ob. Cit., p. 574.

## CONCLUSIONES.

La Ley 20.720 ha introducido cambios significativos en el ámbito del derecho concursal, buscando promover la reactivación económica y proteger a las empresas y personas deudoras en situación de insolvencia. Sin embargo, la falta de requisitos claros para acceder al procedimiento concursal de liquidación plantea interrogantes sobre la delimitación entre el derecho común y el régimen especial establecido por la ley.

Esta falta de claridad genera incertidumbre y dificulta la aplicación coherente de los principios y normas del derecho civil en casos de incumplimiento. La ausencia de criterios precisos para determinar cuándo corresponde acogerse al procedimiento concursal y cuándo es preferible seguir el régimen tradicional del derecho civil presenta desafíos importantes tanto para los deudores como para los acreedores.

Es fundamental realizar una reflexión académica y legislativa profunda para establecer criterios claros y objetivos en la aplicación de la legislación concursal. Esto implica analizar los fundamentos y principios del derecho civil, así como los objetivos y finalidades del derecho concursal en el contexto económico actual.

La colaboración entre la comunidad académica, los expertos en derecho civil y concursal, y los operadores del sistema judicial es crucial para desarrollar estudios e investigaciones que contribuyan a construir un marco normativo sólido y coherente.

De esta manera, se podrá establecer una distinción clara entre las situaciones que deben regirse por el derecho común y aquellas que requieren la aplicación de la ley concursal. Esto garantizará la protección de los derechos de los acreedores y brindará a los deudores una vía adecuada para enfrentar su insolvencia y buscar la reorganización o liberación de sus obligaciones de manera justa y equitativa.

En conclusión, es necesario abordar de manera reflexiva la falta de requisitos de entrada al procedimiento concursal de liquidación establecidos por la Ley 20.720. Esto

permitirá delimitar de manera clara cuándo una situación de cesación de pagos debe regirse por el derecho común y cuándo debe ser tratada bajo el régimen especial de la ley.

De esta forma, avanzaremos hacia un sistema concursal más coherente, eficiente y equitativo, que contribuya al desarrollo económico y respete los derechos de todas las partes involucradas. La armonización entre el derecho concursal y el derecho civil es esencial para mantener la integridad del sistema jurídico y proteger los intereses de todas las partes involucradas.

Obteniendo de esta forma un equilibrio entre la protección del deudor y la salvaguardia de los derechos de los acreedores, evitando, así, que el procedimiento concursal de liquidación, con la exoneración de los saldos insolutos, debilite el cumplimiento de las obligaciones transformado este procedimiento concursal en un “*derecho a no pagar deudas*”.

## BIBLIOGRAFÍA

### I. LIBROS y REVISTAS.

ALARCÓN CAÑUTA, Miguel. La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del Estado no constituye excepción al discharge en el ordenamiento jurídico chileno. En: *Revista chilena de derecho privado*, (31): 9-59, 2018.

ATTILIO FERRARI, César. *Política económica: teoría y práctica desde los mercados*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2019.

ABELIUK MANASEVICH, René. La obligaciones. Tomo I y II. 6a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014.

ARAYA PAREDES, Ignacio y BOFILL GENZSCH, Octavio. Análisis y comentarios a la reforma al Régimen Concursal (Boletín N° 8324-03). En: *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado* (4): 281-234, 2013.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De los contratos: derecho civil. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda, 1988.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. Principios Generales Del Derecho: Su función de garantía en el Derecho Público y Privado Chileno. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2016.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique y BOESTSCH GILLET, Cristián. Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia. Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2021.

BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2020.

BOETSCH GILLET, Cristián Andrés. La buena fe contractual. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 13.

BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia. Concurrencia de la indemnización de daños y la pretensión de cumplimiento específico frente al incumplimiento contractual. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7): 83-105, 2011.

BAEZA OVALLE, José Gonzalo. Derecho concursal: procedimiento de liquidación de bienes. La Quiebra. Tomo 1. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuter, 2011.

BRANTT ZUMARÁN, María Graciela. La culpa del deudor y la procedencia de la pretensión de cumplimiento específico y la indemnización de daños. En: *Estudios de Derecho Civil VIII*, 2013.

CARRASCO DELGADO, Nicolás. Tres razones para la utilización de la eficiencia en el Derecho Procesal Concursal. En: *Revista chilena de derecho privado*, (30): 55-85, 2018.

CABALLERO GERMAIN, Guillermo. Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor. En: *Ius et Praxis*, Vol. 24 (3): 133-172, 2018.

CABALLERO GERMAIN, Guillermo y GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros. En: *Revista chilena de derecho privado*, (36): 41-77, 2021.

CONTADOR ROSALES, Nelson; PALACION VERGARA, Cristián. *Procedimientos concursales: ley de insolvencia y reemprendimiento Ley N° 20.720*. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2015.



CONTADOR ROSALES, Nelson. La protección de las garantías reales en los procedimientos concursales. En: *Estudios de Derecho comercial : Sextas jornadas chilenas de Derecho Comercial: Sesquicentenario de la Promulgación del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

CORRAL TALCIANI, Hernán, OVIEDO ALBÁN, Jorge y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Estudios sobre contratos y obligaciones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

CORRAL TALCIANI, Hernán. El nuevo régimen concursal: Notas sobre su impacto en materias de derecho civil. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016.

CORRAL TALCIANI, Hernán. Curso de derecho civil: parte general. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2018, p. 495.

DUCCI CLARO, Carlos. Derecho Civil: parte general. 4a. edición. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1996.

DÍAZ, Jorge. El boletín concursal como fuente accesible al público. En: *Estudios de Derecho comercial : Sextas jornadas chilenas de Derecho Comercial: Sesquicentenario de la Promulgación del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2017.

DÍAZ LOAYZA, Alex Patricio. Lecciones elementales de derecho concursal. 2016.

DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. 4a. edición. Madrid: Editorial Civitas, 1993.

DÍEZ PICAZO, Luis. La doctrina de los actos propios: un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. España: Editorial Civitas Thomson Reuters, 2014.

FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. 2a. edición corregida y aumentada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991.

FENOY PICÓN, Nieves. El incumplimiento contractual y sus remedios en la propuesta española de modernización del código Civil de 2009. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (7): 83-105, 2011.

FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo, BARROS Bourie, Enrique and TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio En: *Estudios de derecho civil VI: Jornadas Nacionales de Derecho Civil: Olmué, 2010*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, 2011.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. El derecho de quiebras. Tomo I y II. 1a. edición aumentada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 37 (1): 73-98, 2010.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. Bases para la privatización del derecho concursal. En: *Revista chilena de derecho privado*, (20): 9-49, 2013.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis Goldenberg. *La visión privatista del Derecho concursal*. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2015.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. El perjuicio como justificación de la revocación concursal. En: *Ius et Praxis* Vol. 22 (1): 87-128, 2016.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora. En: *Estudios de Derecho Civil*, Vol. 12: 239-255, 2017.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad. En: *Revista de Derecho*, (49): 55-98, 2017.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. *La protección financiera concursal*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2020.

GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1992.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno. En: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42 (2): 567-594, 2015.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016.

JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO. *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III. Vol. 1. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2019.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Elementos de derecho civil: Derecho de obligaciones. Parte general, Teoría general del contrato*. 5a. edición, Vol. 1. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los contratos: parte general*. 5a. edición actualizada por Fabián Elorriaga de Bonis. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2017.

MEJÍAS ALONZO, Claudia Carolina y ÁLVARO VIDAL Olivares. El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial AlbeledoPerrot/LegalPublishing Chile, 2011.

PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de derecho de quiebras. 3ra. edición corregida y actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1983.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Obligaciones: teoría general y clasificaciones: la resolución por incumplimiento. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Los bienes: la propiedad y otros derechos reales. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 2019.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. Prelación, isonomía y agrupamiento de créditos en la ejecución civil. En: *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (35): 437-479, 2011.

PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal: del procedimiento concursal de liquidación: Ley N° 20.720. 4a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal: el acuerdo de reorganización. 4a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

PUGA VIAL, Juan Esteban. Mirada crítica de la ley N° 20.720. En: *Estudios de Derecho concursal: la Ley No. 20.720, a un año de su vigencia*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2016.

RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan. Aproximación al derecho concursal colombiano. En: *Revista E-Mercatoria*, Vol. 6 (2): 218-247, 2007.

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. *Nuevo derecho concursal chileno: procedimientos concursales de empresas y personas deudoras*. Tomo I y II. Santiago de Chile: Editorial Thomson Reuters, 2017.

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. Reflexiones sobre las condiciones de ingreso al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de bienes de la persona deudora. En: *Estudios de derecho comercial: octavas jornadas chilenas de derecho comercial 7 y 8 de septiembre de 2017*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2017, p. 574.

RUZ LÁRTIGA, Gonzalo. La regla par condicio creditorum: ¿mito o realidad del derecho concursal? De los orígenes históricos de la regla y su expresión en el derecho concursal actual. En: *Revista Chilena de Derecho Privado* (32): 71-100, 2019.

RODRIGO MOMBERG, Uribe. El sistema de remedios para el caso de imprevisión o cambio de circunstancias. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico* (7): 83-105, 2011.

ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Salvamento de las empresas en crisis*. 1a. edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. La Crisis de la Empresa. En: *Revista chilena de derecho*, Vol. 29 (3): 637-643, 2002.

ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Instituciones de derecho concursal: las causales de quiebra, la sentencia de quiebra*. 2a. edición. Santiago de Chile: LexisNexis, 2007.

ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo. *Instituciones de derecho concursal*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2011.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Derecho comercial*. 6a. edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

SCHOPF OLEA, Adrián. La buena fe contractual como norma jurídica. En: *Revista chilena de derecho privado* (31): 109-153, 2018.

ORTIZ SOLORZA, Mauricio. Relación entre el presupuesto material objetivo de los concursos (la insolvencia) y la solicitud de concurso voluntario en la ley 20.720. En: *Revista de Derecho* (36): 69-82, 2019.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento. En: *Estudios de Derecho Civil VI*, 2011.

VIAL DEL RÍO, Víctor. Manual de las obligaciones en el código civil chileno. 2a. edición. Santiago de Chile: Editorial Biblioteca Americana, 2007.

## **II. SENTENCIAS.**

Corte Suprema. 27 de diciembre de 2004. Rol: 2458-2003. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 22 de enero de 2022].

Corte de Apelaciones de Antofagasta. 31 julio de 2007. Rol: 228-2007. Considerando 5°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de enero de 2022].

Corte Suprema. 06 de agosto de 2009. Rol: 2416-2008. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 03 de febrero de 2022].

Corte Suprema. 03 de marzo de 2009. Rol: 6114-2008. Considerando 9°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de enero de 2022].

Corte Suprema. 06 de agosto de 2009. Rol: 2416-2008. Considerando 7°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 03 de febrero de 2022].

Corte Suprema. 16 de marzo de 2011. Rol: 5775-2010. Considerando 5°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 12 de septiembre de 2021].

Corte Suprema. 19 de octubre de 2011. Rol: 7555-2010. Considerando 9°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 18 de febrero de 2022].

Corte Suprema. Rol: 22.218-2018. Considerando 4°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 15 de julio de 2021].

Corte Suprema. 21 de octubre de 2020. Rol: 23125-2019. Considerando 4°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 25 de junio de 2021].

Corte Suprema. 20 de julio de 2022. Rol: 59567-2020. Considerando 10°. Disponible en Westlawchile.cl [fecha consulta: 10 de marzo de 2023].