



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

EFFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PREEXISTENTES Y EN ALGUNOS CONTRATOS DEL FALLIDO

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

FRANCISCA VIAL HERRERA

PROFESOR GUÍA: JUAN EDUARDO PALMA JARA, ABOGADO

2013

Santiago, Chile

Agradecimientos

Quisiera expresar mi más profunda gratitud a Trinidad Vergara Sommerhoff, por su mirada simple y correcta, y por la entrega de gran parte de su tiempo para poder concluir este trabajo.

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: OBLIGACIONES EN GENERAL	7
1. RESEÑA HISTÓRICA.....	7
2. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE OBLIGACIÓN	10
3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA OBLIGACIÓN: DEBER O RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR.....	11
3.1. La obligación como deber jurídico	11
3.2. La obligación como responsabilidad y su relación con el Derecho Concursal.....	13
3.3. Relación entre la responsabilidad y el deber de prestación del deudor	14
4. SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN: EL ACREEDOR Y EL DEUDOR	14
5. EL CRÉDITO.....	15
6. OBJETO DE LA OBLIGACIÓN: LA PRESTACIÓN	16
7. VÍNCULO JURÍDICO.	17
8. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.	18
9. OBLIGACIONES CUYA PRESTACIÓN CONSISTE EN DAR, HACER O NO HACER ALGO..	18
CAPÍTULO II: DEL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL	20
10. RESEÑA HISTÓRICA.....	20
11. EVOLUCIÓN DE LA FINALIDAD DEL DERECHO DE QUIEBRAS.....	21
12. DERECHO DE PRENDA GENERAL EN RELACIÓN CON LA QUIEBRA.....	26
13. NOCIÓN DE LA QUIEBRA	27
13.1. Definiciones doctrinarias de la quiebra	28
a. Es un estado:	29
b. Es un estado de una persona:	29
c. Es un estado universal.....	30
d. Es un estado excepcional en el orden jurídico de una persona	32
e. Producida por la falta o imposibilidad de dar cumplimiento igualitario de sus obligaciones a través de los medios regulares de pago.....	32
f. Declarado judicialmente.....	34

14. SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA	34
14.1. Carácter de sentencia definitiva entregado por la ley.....	35
a. ¿Cuál es el objeto del juicio?	36
b. ¿La sentencia de quiebra pone fin a la instancia?.....	37
14.2. Carácter declarativo o constitutivo	38
15. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA	39
15.1. Condición de persona	40
15.2. Solicitud de la quiebra	40
15.3. Presupuesto objetivo de la masa de bienes	42
16. CESACIÓN DE PAGOS.....	43
16.1. Teoría restringida o materialista.....	44
16.2. Teoría intermedia o ecléctica.....	45
16.3. Teoría amplia o moderna.....	45
17. INSOLVENCIA	46
18. PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA MASA DE BIENES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA	49
a) Respecto al deudor calificado:	50
b) Respecto de todo deudor:.....	50
c) Respecto a la declaración de quiebra de instituciones bancarias y Compañías de Seguros:	51
19. CAUSALES TAXATIVAS DE LA QUIEBRA	54
19.1. Quiebra solicitada por el propio deudor (artículo 41).....	55
19.2. Contenido del encabezado del artículo 43 de la Ley de Quiebras	55
19.3. Causal aplicable al deudor calificado (43 N° 1 LQ)	57
a) Que se trate de un deudor que ejerza una actividad comercial, industrial agrícola o minera:	57
b) Que cese en el pago de una obligación con el solicitante de la quiebra:.....	57
c) Que la obligación tenga el carácter de mercantil:.....	58
d) Que la obligación conste en un título ejecutivo:.....	58
19.4. Causales aplicables a todo deudor que deban ser solicitadas por el acreedor	59
19.5. Causal del artículo 43, N° 2	60
a) Que existan a lo menos tres títulos ejecutivos y vencidos contra el deudor:	60
b) Que provengan de obligaciones diversas:.....	60
c) Que se hayan iniciado, a lo menos, dos ejecuciones:	61
d) Que el deudor no hubiere presentado en todas estas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeuda y las costas:.....	61
19.6. Causal del artículo 43, N° 3	62
19.7. Quiebra de oficio	62
19.7.1. Rechazo o desecho del convenio judicial preventivo (artículo 209 II)	63
19.7.2. La no presentación de convenio preventivo provocado (artículo 172)	63

19.7.3. Por la petición del Experto facilitador o por rechazo de su cometido (artículo 177 inciso III).....	64
19.7.4. Por no acordarse convenio judicial preventivo dentro del plazo de 90 días que prevé el artículo 177 bis	64
19.7.5. Causal por falta de comparecencia del deudor o su representante a junta llamada para pronunciarse sobre convenio judicial preventivo (artículo 194).....	65
19.7.6. Nulidad o incumplimiento del convenio simplemente judicial o del convenio preventivo (artículo 214)	65
19.7.7. Rechazo de proposición de cesión de bienes del deudor no comprendido en el artículo 41 (artículo 241)	66
19.7.8. Quiebra de sociedades (artículo 51).....	66
20. EFECTOS DE LA SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA.....	67
21. INCAUTACIÓN Y DESASIMIENTO.....	68
21.1. Incautación	68
21.2. Desasimiento.....	70
21.3. Relación de la incautación con el desasimiento	73
21.4. Teorías sobre la naturaleza jurídica del desasimiento.....	73
a. Teoría de la expropiación.....	74
• Crítica:	74
b. Teoría de la incapacidad:.....	75
• Crítica.	75
c. Teoría de la indisponibilidad del activo en relación con la masa.....	76
• Crítica	76
d. Teoría de la prenda universal	76
e. Teoría del embargo colectivo de todos los bienes.....	77
• Crítica.	79
22. LA INOPONIBILIDAD RESPECTO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL FALLIDO SOBRE BIENES DE LA MASA.....	81
23. FIJACIÓN IRREVOCABLE DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES.....	82
24. EXIGIBILIDAD ANTICIPADA DE LAS DEUDAS DEL FALLIDO.....	82
25. SE SUSPENDE EL DERECHO DE LOS ACREEDORES PARA EJECUTAR INDIVIDUALMENTE AL FALLIDO.....	84
26. SE IMPIDEN LAS COMPENSACIONES QUE NO HAYAN OPERADO POR EL SÓLO MINISTERIO DE LA LEY	85
27. ACUMULACIÓN DE LOS JUICIOS	86
28. FORMACIÓN DE LA MASA DE ACREEDORES	88

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES EN RAZÓN DEL CONCURSO 89

29. ALTERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DE LA QUIEBRA.....	90
29.1. Preámbulo	90
29.2. Normas de la quiebra son de orden público	91
29.3. Alteraciones de las obligaciones.....	92
29.3.1. Alteraciones para el fallido	92
29.3.2. Alteración para el acreedor del deudor fallido	94
29.3.2.1. Masa de acreedores	94
29.3.2.2. Acreedores en particular	96
29.3.3. Alteraciones para el objeto de la obligación	97
30. EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES DEL FALLIDO	98
31. REGLAS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES PREEXISTENTES Y PENDIENTES DEL FALLIDO EN EL DERECHO CONCURSAL	99
31.1. La quiebra no es causal de resolución de obligaciones preexistentes.....	99
31.2. Suspensión de contrato bilaterales pendientes en curso de ejecución	101
31.3. Si la parte <i>in bonis</i> quiere cumplir su obligación o contrato con el fallido.....	103
31.4. El contratante <i>in bonis</i> no podrá oponerse a la intervención del síndico en el contrato si se le garantiza o paga	104
31.5. Resolución <i>ipso iure</i> de obligaciones de carácter personalísimo	106
31.6. Permiso de condición resolutoria ordinaria	108
31.7. Procedencia de la resolución del contrato	109
31.7.1. Resolución de obligaciones que han vencido en virtud de la sentencia declaratoria de quiebra, desde un punto de vista teórico	110
31.7.2. Operación práctica de la resolución de los contratos	113
32. OBLIGACIONES BILATERALES PENDIENTES EN CURSO DE EJECUCIÓN PARA LAS PARTES.....	115
32.1. Requisitos de las relaciones preexistentes en curso de ejecución, que sean importantes para la quiebra	116
- Bilaterales:.....	116
- Perfeccionados pero no agotados:	116
- Traducible en dinero:	117
32.2. Efectos de la quiebra en las obligaciones bilaterales según su beneficio para la masa.....	118
32.2.1. Obligaciones beneficiosas para la masa	119
32.2.2. Obligaciones no beneficiosas para la masa	120
33. EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES EN QUE EL FALLIDO ES DEUDOR, CLASIFICADAS SEGÚN SU OBJETO	120
33.1. Quiebra en las obligaciones de dar dinerarias.....	121
33.2. Quiebra en las obligaciones de dar no dinerarias.....	121

33.3.	Quiebra en las obligaciones de hacer.....	123
33.3.1.	Obligaciones de hacer que no afectan bienes sujetos a la quiebra	124
33.3.2.	Obligaciones de hacer que afectan bienes sujetos a la quiebra	126
33.4.	Obligaciones de no hacer en la quiebra	128
34.	EFFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES EN LAS QUE EL FALLIDO OSTENTA LA CALIDAD DE ACREEDOR	129
35.	INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DE LAS OBLIGACIONES EN LA QUIEBRA.....	130
35.1.	Preámbulo: Diferencia entre la <i>aestimatio</i> y los daños.....	131
35.2.	Indemnización de perjuicios declarada por sentencia o solicitados judicialmente antes de la declaratoria de quiebra.....	131
35.3.	Indemnizaciones cuya causa es anterior a la quiebra, pero que no se han reclamado hasta su declaración	132
35.4.	Daños cuya causa se encuentra en la misma quiebra	133
35.5.	Análisis del artículo 70, inciso IV parte final, de la Ley de Quiebras, en relación a la indemnización de perjuicios en las obligaciones de hacer y no hacer	135
36.	INTERESES DE LAS OBLIGACIONES EN LA QUIEBRA	137
37.	LA SOLIDARIDAD EN EL CONCURSO	138
37.1.	Concepto Civil	138
37.2.	Clases de solidaridad.....	139
a)	Solidaridad activa, pasiva o mixta:.....	139
b)	Solidaridad legal o voluntaria:	140
37.3.	Solidaridad activa	140
37.4.	Solidaridad pasiva	141
37.5.	Naturaleza jurídica de la solidaridad	141
•	En Chile:.....	142
37.6.	Solidaridad en la quiebra	143
37.6.1.	Aceleración de créditos del deudor solidario fallido.....	143
37.6.2.	Acreeedor de codeudor solidario fallido.....	145
37.6.3.	Artículos 144, 145 y 146 de la Ley de Quiebras	146
•	Artículo 144 de la Ley de Quiebras.....	146
•	Artículo 145 de la Ley de Quiebras.....	150
•	Artículo 146 de la Ley de Quiebras.....	152
37.6.4.	Sobreseimiento definitivo por el artículo 165, ¿Pone fin a la solidaridad de una obligación?	153
	Postura I:	154
	Postura II:	154
37.6.5.	Novación de obligaciones solidarias en los Convenios Judiciales	155
38.	LA FIANZA	156
38.1.	Clasificaciones de la fianza	157
38.1.1.	Fianza legal, judicial y convencional.....	157
38.1.2.	Fianza personal, hipotecaria o prendaria.....	158

38.1.3.	Fianza limitada o ilimitada.....	158
38.1.4.	Fianza simple o solidaria.....	159
38.1.5.	Excepciones que puede oponer el fiador.....	159
38.2.	La fianza en la quiebra.....	160
38.2.1.	Con la quiebra del deudor principal ¿Se acelera la fianza?	160
38.2.2.	Quiebra del deudor de la obligación principal.....	161
38.2.3.	Quiebra únicamente del fiador	162
38.2.4.	Quiebra del deudor principal y del fiador	162
38.2.5.	Fianza solidaria ¿Se rige por lo establecido en el artículo 144 de la Ley de Quiebras?.....	164

CAPITULO IV: EFECTOS DE LA QUIEBRA EN ALGUNOS CONTRATOS PREEXISTENTES 165

39.	CONTRATOS INTUITO PERSONAE	165
39.1.	Mandato	167
39.1.1.	Concepto civil.....	167
39.1.2.	Concepto mercantil	168
39.1.3.	Efectos de la quiebra en el contrato de mandato	169
39.1.3.1.	Quiebra del mandatario.....	170
39.1.3.1.1.	Sobre la finalización del mandato, por la quiebra del mandatario.....	171
39.1.3.2.	Quiebra del mandante.....	173
39.1.3.3.	Momento en que se extingue el mandato, en virtud de la quiebra	174
39.1.3.3.1.	Quiebra del mandante.....	174
39.1.3.3.2.	Quiebra del mandatario	176
39.2.	Contrato de Comisión	176
39.2.1.	La comisión en la quiebra	178
39.2.1.1.	Efectos de la quiebra en el contrato de comisión de venta	179
39.2.1.2.	Efectos de la quiebra en el contrato de comisión de compra	182
39.2.1.2.1.	Efectos de la quiebra del comitente en el contrato de comisión de compra.....	183
39.2.1.2.2.	Efectos de la quiebra del comisionista en el contrato de comisión de compra.....	184
39.3.	Contrato de Cuenta Corriente Mercantil	185
39.3.1.	Efectos de la quiebra en el contrato de cuenta corriente mercantil.....	187
39.3.1.1.	Excepción al impedimento de compensación en la quiebra	189
39.4.	Contrato de Cuenta Corriente Bancaria.....	189
39.4.1.	Efectos de la Quiebra en la cuenta corriente bancaria	191
39.4.2.	Quiebra del titular de la cuenta	191
39.4.2.1.	¿Opera la compensación?	191
39.4.3.	Quiebra del Banco.....	193
39.5.	Contrato de Agencia Mercantil.....	195
39.5.1.	Quiebra en el contrato de agencia mercantil	197
39.5.1.1.	Quiebra del principal	197
39.5.1.2.	Quiebra del agente.....	199

40. TÍTULOS DE CRÉDITOS REPRESENTATIVOS DE DINERO: LETRA DE CAMBIO, PAGARÉ Y CHEQUE	200
40.1. Letra de Cambio.....	201
40.1.1. Características de la letra de cambio.....	203
a) Es un acto de Comercio:.....	203
b) Es una operación y no un contrato:	203
c) Es un título de valor:	203
d) Es un título formal:	203
e) Es un título completo:.....	204
f) Conformada por actos abstractos, independientes y unilaterales:	204
40.1.2. Efectos de la quiebra en la letra de cambio.....	205
40.1.2.1. Quiebra del librado aceptante de una letra de cambio.....	206
40.1.2.2. Quiebra del librado no aceptante de una letra de cambio.....	207
40.1.2.3. Quiebra del librador de una letra de cambio no aceptada.....	208
40.1.2.4. Quiebra del librador de una letra aceptada.....	208
40.2. Pagaré.....	209
40.2.1. Efectos por la quiebra del suscriptor de un pagaré	210
40.3. Cheque.....	210
40.3.1. Efectos de la quiebra sobre el cheque.....	211
a) La quiebra como forma de eximir la responsabilidad penal del librador:.....	211
b) Quiebra del librador de un cheque:.....	213
c) Quiebra o liquidación forzada del banco librado:.....	214
40.4. Fundamentos del artículo 67, inciso final, de la Ley de Quiebras	215
41. CONTRATO DE PROMESA.....	216
41.1. Efectos que produce la quiebra respecto del contrato de promesa	217
a) Quiebra del promitente comprador:	217
b) Quiebra del promitente vendedor:.....	218
42. CONTRATO DE COMPRAVENTA	219
42.1. Efectos de la quiebra en el contrato de compraventa.....	220
42.1.1. Compraventa de bienes muebles	221
42.1.1.1. Quiebra del comprador	221
42.1.1.1.1. Que la cosa mueble, comprada por el fallido, haya llegado a su poder antes de la declaratoria de quiebra.....	221
42.1.1.1.2. Que las cosas muebles compradas y remitidas al fallido, estén en camino al momento de producirse la quiebra	223
42.1.1.1.4. Vendedor conserva la cosa mueble vendida.....	226
42.1.1.2. Quiebra del vendedor.....	227
42.1.2. Compraventa de bienes inmuebles.....	228
42.1.2.1. Quiebra del vendedor.....	228
42.1.2.2. Quiebra del comprador	229
43. ARRENDAMIENTO.....	230
43.1. Contrato de arrendamiento de cosas.....	231

43.2.	Contrato de arrendamiento para confección de obra material	231
43.3.	Efectos de la quiebra en el contrato de arrendamiento de cosas.....	232
43.3.1.	Quiebra del arrendador	233
43.3.2.	Quiebra del arrendatario	233
44.	CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO	236
44.1.	Clases de contratos de leasing	239
44.1.1.	Leasing financiero	239
44.1.2.	Lease- Back o retro leasing	240
44.1.3.	Leasing operativo	241
44.2.	Efectos de la Quiebra en el contrato de Leasing	241
44.2.1.	Legislación aplicable al contrato innominado de leasing	242
44.2.2.	Quiebra del usuario o tomador.....	244
44.2.2.1.	La autonomía de la voluntad como regla general.....	244
44.2.2.2.	De no pactarse las consecuencias de la quiebra, de alguna de las partes, en el contrato.....	245
a)	La quiebra, no pone término al contrato de leasing:.....	245
b)	El contrato de Leasing continuará produciendo sus efectos:	246
c)	Es posible resolver el leasing en caso de incumplimiento:.....	246
d)	Perjuicios y rentas impagas:	247
e)	Ejercicio de la opción de compra o cualquier otra elección, que se haya pactado en el contrato de leasing:	247
44.2.3.	Quiebra de la sociedad de leasing o dador	247
44.2.4.	Leasing habitacional	248
44.2.4.1.	Análisis del artículo 19 de la ley 19.281, que establece normas sobre la quiebra de las sociedades inmobiliarias	249
44.2.4.1.1.	Artículo 19 letra a).....	250
44.2.4.1.2.	Artículo 19 letra b).....	252
44.2.4.1.3.	Artículo 19, letra c).....	253
44.2.4.1.4.	Quiebra del arrendador con promesa de compraventa	254
45.	CONTRATO DE TRABAJO	254
45.1.	Efectos de la quiebra en el contrato de Trabajo	255
45.1.1.	Conclusión del trabajo o del servicio que dio origen al contrato (artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo).....	257
45.1.2.	Caso Fortuito o fuerza mayor (Artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo)	257
45.1.3.	Necesidades de la empresa (artículo 161 del Código del Trabajo).....	259
45.1.4.	Continuidad del giro de la empresa fallida	261
45.1.5.	Preferencia de los créditos de los trabajadores	261
a)	Del artículo 2.472 del Código Civil:	262
b)	Del artículo 61 del Código del Trabajo:.....	262
45.1.6.	Verificación condicional de los créditos	262
45.1.7.	Pago de los créditos establecidos en el artículo 2.472 N° 5, del Código Civil ..	263
46.	CONTRATO DE SEGURO	264
46.1.	Efectos de la quiebra en el contrato de seguro	265

46.1.1.	Quiebra de la compañía de seguro.....	265
46.1.2.	Quiebra del asegurado.....	267
47.	OBLIGACIONES SUBORDINADAS	268
47.1.	Características de las obligaciones subordinadas.....	268
a)	Bilateral y onerosa:	268
b)	De tracto sucesivo:.....	269
c)	Condicional:.....	269
d)	Herramienta para deudores insolventes:	269
e)	Sus propietarios están subordinados a los deudores de la deuda principal:	269
f)	A plazo determinado, por regla general:.....	270
47.2.	Deuda subordinada como mecanismo de salvataje del sistema financiero chileno.....	270
47.2.1.	Legislación aplicable:	271
47.2.2.	Sujetos que intervienen.....	273
a)	Acreeador subordinado:.....	273
b)	Deudor subordinado:	273
47.2.3.	Efectos de las obligaciones subordinadas relacionadas con instituciones financieras en quiebra.....	274
47.3.	Créditos subordinados regulados en la Ley de Quiebras.....	275
47.3.1.	Formas de subordinación de los créditos	276
47.3.2.	Derechos del deudor subordinado	277
47.3.3.	Tipos de créditos que pueden subordinarse.....	278
	CONCLUSIONES	279
	BIBLIOGRAFÍA.....	282
	AUTORES NACIONALES Y EXTRANJEROS	282
	OTROS DOCUMENTOS	288
	JURISPRUDENCIA CITADA	289
	PÁGINAS DE INTERNET	291

RESUMEN

La presente memoria consta de cuatro capítulos; en los dos primeros se realiza una descripción breve de las instituciones de las obligaciones y de la quiebra en general; en el Capítulo III, se establecen los efectos de la quiebra en las obligaciones pendientes del fallido; y en el Capítulo IV, se explican los efectos de la quiebra en ciertos contratos.

El principal objeto de esta memoria, es describir y establecer los efectos de la quiebra en las obligaciones pendientes que haya contraído el fallido, haciendo especial énfasis en la descripción de los efectos de las obligaciones según su objeto.

También se señalan los efectos especiales que se producen por la quiebra en ciertos contratos, sea por la regulación de nuestra Ley 18.175, por la regulación de otras normas especiales o por los alcances que se les ha dado a la quiebra en ciertos contratos por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

INTRODUCCIÓN

En Chile, el derecho de quiebras se remonta al año 1867 en que se crea el Código de Comercio y se incorpora su regulación en el Libro IV.

Luego, en el año 1929, se deroga orgánicamente el Libro IV, para dar lugar a la Ley de Quiebras N° 4.558. Esta es promulgada en el contexto de una severa crisis financiera que azotaba al país. Dentro de los principales avances de esta Ley –entre otros-, se consagra la institución de la quiebra como común para los comerciantes y los no comerciantes y la creación de la Sindicatura General de Quiebras.

En 1982, ha de entrar en vigencia la actual Ley N° 18.175, que dentro de sus principales modificaciones contempla: la supresión de la Sindicatura General de Quiebras y la creación de la Fiscalía Nacional de Quiebras; se reemplaza la distinción entre deudor comerciante y no comerciante, por la del deudor común y el deudor calificado que ejerza una actividad industrial, comercial, agrícola o minera; también introduce la creación de la nómina nacional de síndicos; se substituyen las sanciones de nulidad por las de inoponibilidad; etc.

La Ley N° 18.175, ha presentado múltiples modificaciones hasta la fecha, entre las que destacan:

- a) Ley N° 20.073, relativa a convenios concursales;
- b) Ley N° 20.080, manda a incorporar Ley 18.175 al Libro IV del Código de Comercio; y
- c) Proyecto de ley discutiéndose actualmente en el Congreso, conocido comúnmente como Proyecto de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Tiene como finalidad establecer procedimientos concursales distintos para pequeñas, medianas y grandes personas jurídicas, además de las naturales. Además de buscar eliminar las trabas que implican el retraso del reconocimiento de los créditos de los trabajadores.

La quiebra presenta como característica esencial, la situación de hecho y de derecho, en que el deudor fallido no puede cumplir de manera íntegra y oportuna sus obligaciones contraídas. Esto se debe, al estado enfermo y vicioso que afecta al patrimonio del deudor. Es un proceso judicial, que busca la liquidación de los bienes del fallido para pagar sus deudas.

Al no poderse cumplir las obligaciones en la quiebra de manera íntegra, se presentan ciertas peculiaridades que únicamente se desarrollan en los márgenes del Derecho de Quiebras. Estas particularidades, muchas veces son contrarias a los principios generales entregados por el Derecho Civil y Mercantil, tales como: el que deba respetarse de forma primera y superior el principio de la *par conditio creditorum* por sobre la voluntad de las partes al momento de contratar, o que las obligaciones y contratos concursales, deban ser administrados por el síndico y dispuestos por la masa de acreedores.

La Ley de Quiebras dedica su Título VI para establecer los efectos de la sentencia declaratoria de quiebra que recaen sobre el fallido, su masa de bienes y la masa de acreedores. Pero no se ha de tratar de forma general los efectos de la quiebra sobre las relaciones jurídicas preexistentes del fallido, sino que de manera excepcional para algunos casos específicos.

Con respecto a los efectos de la quiebra sobre los contratos, el legislador ha optado por reglamentar a algunos de ellos que ha de considerar de mayor importancia para el mundo de los negocios. Pero existen ciertas lagunas legales para la regulación de muchos de los contratos con actual importancia económica. En estos casos, se deben buscar las soluciones en los principios generales que entrega el Derecho, en las reglas de Interpretación y en la aplicación de los principios de equidad e integración que ha de realizar el juez para el caso concreto.

Algunos autores chilenos¹ e internacionales², abordan el tema elegido de los efectos de la quiebra en razón de los actos jurídicos y no de las obligaciones propiamente tal, lo cual se considera como un error.

¹ Autores chilenos que abordan los efectos de la quiebra en razón de los actos jurídicos: Osvaldo Contreras Strauch, Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart.

Se ha elegido abordar el tema, de la presente memoria, desde la perspectiva de las obligaciones, en sentido restringido y no de los actos jurídicos, lo cual se debe explicar desde diferentes perspectivas:

- Por amplitud de términos: Las obligaciones son una sub especie dentro de los actos jurídicos, en los que es posible enmarcar las actuaciones del deudor que son relevantes en el Derecho Concursal. De abordar el tema desde la mirada de los actos jurídicos, se debería presentar y describir cualquier manifestación de voluntad del fallido, que tenga por objeto generar consecuencias en Derecho, sin importar si es de carácter unilateral o bilateral, si afecta derechos reales o personales o si presenta efectos para la masa de acreedores.

- Desde una perspectiva patrimonial: Las prestaciones de la obligación, entendidas por Savigni, la escuela histórica y el Derecho Romano, debían tener un carácter pecuniario o patrimonial por esencia. La prestación, siempre debe de tener un contenido patrimonial, y por ende, ser evaluable económicamente para interesar al Derecho, de otra forma no habría posibilidad de ejecutarla en el patrimonio del deudor ni de accionar algún remedio ante incumplimientos.

Hoy en día se distingue entre el contenido patrimonial de la prestación y el interés del acreedor, que puede ser moral, humanitario, científico, etc.³. Este contenido patrimonial, propio de la obligación, no es relevante en muchos actos jurídicos debido a la amplitud de su voz. En dichos actos pueden existir finalidades diferentes a las propias de las obligaciones, como por ejemplo, en el reconocimiento de un hijo; la revocación o renuncia de un mandato; la oferta y aceptación en el proceso de formación del consentimiento; etc.

Los negocios del fallido que interesan al Derecho Concursal, son justamente aquellos que tienen un criterio pecuniario, afectando a la masa de bienes y a la masa de acreedores en la quiebra. Por lo cual, se enmarca mejor para el

² Autores internacionales que abordan los efectos de la quiebra en razón a los actos jurídicos: Salvatore Satta, Fernando Sánchez Calero, Renzo Provincialli.

³ GONZALEZ CASTILLO, Joel. Obligaciones. Apuntes de clases elaborados por el profesor para la cátedra de Derecho Civil para Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Chile. p. 8.

presente estudio, por tener un carácter más restringido, la voz de obligación a la del acto jurídico.

La relevancia del análisis del tema elegido, dice relación con la escasa regulación legal y discusión jurisprudencial y doctrinaria nacional, que existe para abordarlo.

La Ley de Quiebras, es exigua a la hora de tratar los efectos de la quiebra en las obligaciones preexistentes y contratos del fallido. Este tema, al no sufrir mayores modificaciones desde 1929 –con la salvedad de la incorporación de las obligaciones subordinadas en el artículo 2.489 del Código Civil-, solamente entrega como solución, la aplicación de los principios generales del Derecho Común y Concursal que pueden resultar ser insuficientes.

La jurisprudencia chilena, es incipiente a la hora de expresar los efectos de la quiebra en las obligaciones y contratos. Se contradice en el tiempo, y no entrega directrices para ciertos temas de relevancia para la institución, las obligaciones preexistentes del fallido y sus contratos.

La doctrina nacional en la materia, es sumamente unida a la hora de tratarlo, más es insuficiente en cantidad. Un acotado número de autores y profesores, han desarrollado el tema de la quiebra en Chile, sin ocuparse cabalmente del tema planteado en la presente memoria.

También hay un interés práctico para la presente investigación, ya que dependerá de la cantidad de bienes del deudor, y en su catalogación –sea como persona natural o jurídica; y si es catalogada como esta última, si es de tamaño pequeño, mediano o grande- la eficiencia⁴ y tasa de recuperación de créditos⁵ para los acreedores. Será

⁴ El promedio de tiempo de un procedimiento de quiebras de una empresa grande son 42 meses; en las empresas medianas y pequeñas, dicho tiempo fluctúa entre 10 y 20 meses. Fuente: BONILLA MELÉNDEZ, Claudio y GUTIÉRREZ CARO, Elizabeth. Artículo: Costos Directos en las Quiebras. El caso chileno. *Capic Review*, Vol. 5, Chile, 2007, p. 60.

⁵ En cuanto a los porcentajes de las tasas de recuperación de los créditos: el promedio de recuperación de los créditos de los trabajadores es de un 91%; el de los créditos hipotecarios y prendarios, un 43%; el de los créditos valistas, un 3%. La tasa de recuperación total, tiene como promedio un 39%.

En las empresas pequeñas (menos de 1.000 UF de activos a repartir), la tasa de recuperación promedio es de un 28%; en cambio en las empresas mayores (de más de 30.000 UF de activos a repartir entre los

tarea de esta investigación, tratar de desentrañar los efectos que puede traer la quiebra en ciertos contratos, que dependiendo de su naturaleza y de la importancia que le otorgue nuestro Ordenamiento Jurídico, se le entregará al acreedor un mayor o menor número de soluciones y remedios.

Como interés académico; nunca en Chile, se ha tratado de realizar una teoría general completa para dirimir el funcionamiento de las obligaciones preexistentes en la quiebra, lo cual, se tratará de esbozar con las herramientas que se presenten.

Esta investigación, se ha realizado en el marco de un estudio monográfico con apoyo de fuentes documentales y bibliográficas. Se utilizaron principalmente, los métodos explicativo y descriptivo: Explicativos, al tratar de aclarar y buscar la causa y fundamento de ciertos fenómenos que ocurren en la quiebra y, descriptivos, para buscar la especificación de ciertas instituciones. Minoritariamente, se utilizó el método cualitativo.

Durante el desarrollo de la investigación, el mayor obstáculo encontrado fue la falta de información doctrinaria, jurisprudencia y legal, respecto de la descripción de lo sucedido con las obligaciones pendientes de cumplimiento, tanto por el fallido como por la parte *in bonis*.

El objetivo principal de este trabajo, es lograr una correcta esquematización de los efectos producidos por la quiebra en las diferentes obligaciones y contratos pendientes del fallido, explicando las diferentes situaciones jurídicas que se pueden observar en concreto.

Se tiene por finalidad, la descripción del comportamiento de los principios generales entregados por la Ley de Quiebras en materia de obligaciones y contratos del fallido, su interacción, excepciones y conceder una manera para utilizarlos en la práctica.

La presente investigación, se divide en cuatro capítulos y sus correspondientes subdivisiones. Los capítulos que lo conforman son; Capítulo I. Obligaciones en general;

acreedores), llegan a un 86%. Sin embargo, desde los años 90 hasta la fecha, la mayoría de las quiebras que se efectúan en Chile, corresponden a las de pequeñas empresas. Fuente: BONILLA MELÉNDEZ, Claudio y GUTIÉRREZ CARO, Elizabeth. Artículo: Costos Directos en las Quiebras. El caso chileno. *Capic Review*, Vol. 5, Chile, 2007, p. 58.

Capítulo II. Del Derecho Concursal en general; Capítulo III. Obligaciones en razón al concurso y el Capítulo IV. Efectos de la quiebra en ciertos contratos.

CAPITULO I: OBLIGACIONES EN GENERAL

La etimología del vocablo obligación, se acentúa en su contenido⁶. Proveniente de la voz *obligatio* de origen latín, concepto que nace de la responsabilidad de carácter personal, que se generaba de la antigua obligación romana.

La obligación, es un vínculo de unión entre determinadas personas, quedando el deudor atado a su acreedor y limitando o restringiendo su libertad personal para realizar una determinada prestación.

La palabra latina *obligatio* se compone de dos elementos: de la preposición *ob*, que significa “por” o “a causa de”, y *ligatio* que significa “ligar”, “atar” o “sujetar”, entrañando este concepto la relación o vínculo jurídico de carácter personal, que contenía la obligación en la antigua Roma.

1. RESEÑA HISTÓRICA

La obligación como toda gran institución jurídica, muestra una existencia anterior y superior al Derecho mismo, que ha sido recogido por todos los ordenamientos del mundo desde épocas que se remontan a las antiguas culturas primitivas como una consecuencia de regulación a “algo” ya existente y puesto en práctica por la sociedad, teniendo más una visión de derecho descriptivo que constructivo respecto de esta institución social y jurídica.

Los primeros indicios del Ordenamiento Jurídico que nacen en toda cultura primitiva, son consecuencia de la necesidad de reparación del **daño causado**. Jaime Santos

⁶ FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1991, p. 13.

Briz, dispone al respecto que: “Puede decirse que la primera relación jurídica, derivada de la necesaria convivencia social, es la de no causar a otro daño alguno”⁷, siendo que la obligación -no regulada con exactitud-, se vinculaba a la reparación de estos daños de carácter material que se causaban entre las personas, lo cual cambia hacia fines del Derecho Romano en que se regulan los daños de carácter inmaterial⁸.

Las normas respectivas del daño causado, estaban vinculadas a la noción de **venganza privada**, que no tenía ninguna medición en cuanto a los excesos que se podían ocasionar. Devenga con el tiempo, en una venganza –también de carácter privada- que queda a cargo de un tercero suficientemente poderoso como para ser respetado por los particulares.

Poco a poco, la tarea de venganza es entregada a las personas que eran los encargados de la religión de los pueblos, creándose así la noción de la **venganza divina**, propia del momento en que la religión tiene atribuciones socio- políticas en los pueblos.

Una vez que se desarrollan las estructuras políticas necesarias en las diferentes culturas, se transforma la venganza divina en una **venganza estatal**, comenzándose a distinguir entre la moral y el derecho⁹ y a objetivar, en cierta medida, las normas y sanciones que pudieran contraerse mediante los daños que causaren las personas mediante una igual aplicación del Derecho.

El derecho de las obligaciones, consistente en la regulación de la relación jurídica que vincula a dos personas diferentes, para que una de ellas realice una prestación a favor de otra, es posterior al derecho de daños materiales naciente en las culturas

⁷ SANTOS BRIZ, Jaime José. Artículo: Derecho de Daños, Revista de Derecho Privado, Volumen II, 1963, España, p. 2.

⁸ A fines del Imperio Romano, con una clara influencia canónica y naturalista, entra a jugar en el Derecho la reparación material del daño moral, lo que después se recoge por la doctrina positivista alemana moderna, al nacer primeramente la institución del *Schmerzensgeld*, que es posible de traducir como “dinero del dolor”.

⁹ Se afirma que: “Los pueblos primitivos, a causa de la ingenuidad de su intelecto, no alcanzaron a distinguir teóricamente la moral y el derecho, máxime dado que ambos se fundaban en una misma base religiosa. En la vida social primitiva existía una costumbre indiferenciada, que presentaba vertientes religiosas, jurídicas y morales. [...] Esta situación se refleja aún en las primeras codificaciones, como el Código de Hammurabi o la ley mosaica” (LATORRE, Ángel. Introducción al Derecho, Editorial Ariel, 1985, España, p. 387).

primitivas. Se regulan primariamente, los efectos del incumplimiento de la obligación, que también en un principio estaba vinculada al concepto de la venganza privada y que poco a poco se va regulando en las diferentes culturas por los entes estatales.

Los vínculos de las obligaciones, dependiendo de las culturas, tenían un contenido personal o patrimonial. En la cultura mesopotámica, la obligación nacía de un vínculo patrimonial con los bienes de la persona deudora que había de incumplir su obligación, pudiendo realizar una compensación, mediante la entrega de esclavos, de las mujeres como esclavos o de los animales que le pertenecieran al deudor para el acreedor, pudiendo así pagar sus deudas por el mandato legal regulado en las Leyes de Eshunna (artículos 6 y 22 de las Leyes de Eshunna).

En la civilización romana en cambio, en los inicios de su derecho, el vínculo jurídico que unía al acreedor con el deudor por las obligaciones, era de carácter personal, comprometiéndose frente a cualquier incumplimiento al deudor en su persona. La naturaleza del vínculo personal, ha de cambiar a patrimonial, mediante la *Lex Poetelia Papiria* que libera a las personas deudoras que hubieran de transformarse en esclavos. La liberación se realizaba, a cambio de un *juramentum bonae copiae*, es decir, si juraban no tener liquidez suficiente para el pago de sus deudas y de pagar en el futuro, en caso de que mejorase la fortuna del deudor.

Los romanos, al ser una civilización jurista, que entregan las bases del derecho moderno, tenían una definición de obligación sumamente similar en cuanto a los elementos que se puede encontrar en la actualidad de lo que es la responsabilidad por incumplimiento, siendo esta: "*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*"¹⁰.

¹⁰ Es posible traducirse como: Una obligación es el vínculo jurídico que nos constringe en la necesidad de pagar algo según el derecho de nuestra ciudad

2. DEFINICIÓN Y CONCEPTO DE OBLIGACIÓN

El artículo 578 del Código Civil Chileno, define derechos personales, con las siguientes palabras: “(...) 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 (...)”

Las nociones de derecho personal y obligación, son correlativas de una misma relación. El derecho personal, es una institución que se sustenta en el crédito, mientras que la obligación, se respalda en el deudor.

Se ha definido la obligación, como la relación jurídica vinculante entre dos o más personas determinadas –deudor y acreedor-, en virtud de la cual, el primero se encuentra en la necesidad jurídica de realizar a favor del segundo, una prestación consistente en dar, hacer o no hacer algo. La obligación, para el acreedor, implica un crédito a su favor, en cambio para el deudor implica una prestación en su contra.

Tradicionalmente, las definiciones de obligación entregadas por la doctrina, tenían en común la subordinación del deudor hacia el acreedor, “(...) en un plano inclinado en que los derechos son todos del acreedor, y los deberes correspondían todos al deudor”¹¹. Sin embargo, en la actualidad, existe la tendencia a corregir este criterio absolutista, reconociéndose deberes al acreedor y derechos al deudor, siendo más que un vínculo o atadura de carácter jurídico, una relación obligatoria entre dos sujetos.

Además de existir obligaciones, en que el deudor se vincula jurídicamente con su acreedor, hay obligaciones morales y sociales que no ingresan a la ordenación jurídica. El Derecho, sólo regulará acotadas esferas de la conducta humana, le interesan aquellas relaciones jurídicas obligatorias, que pueden dar lugar a responsabilidad y ser exigidas por los mecanismos que nuestro Ordenamiento Jurídico ha establecido a favor del orden social y de la justicia.

¹¹ FUEYO LANERI, Fernando. Ob. cit, pp. 18 y 19.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA OBLIGACIÓN: DEBER O RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR

Existe una discusión a nivel doctrinal, respecto de qué es lo que constituye la esencia de la obligación. Para algunos autores clásicos, como Fernando Fueyo Laneri o Antonio Hernández Gil, lo esencial en la obligación, consiste en el **deber del deudor** de observar un determinado comportamiento frente al acreedor, siendo toda obligación una restricción de la libertad del deudor y una extensión para el acreedor que se extingue o termina con el cumplimiento de la obligación¹².

Otra parte de la doctrina, pone su énfasis en la **responsabilidad del deudor**, basándose en la noción de obligación del Derecho Romano tardío con una base económica y patrimonial. Lo principal para esta teoría, es que el patrimonio del deudor quede afecto al cumplimiento de la obligación, materializándose en el derecho del acreedor de quedar satisfecho por la eventual conducta del deudor: que da cumplimiento y extingue a la obligación o, a expensas de su patrimonio, ante el incumplimiento de la prestación.

3.1. La obligación como deber jurídico

En las obligaciones, es primordial el deber de conducta al cual se ha sometido el deudor en favor de un acreedor, pasando a segundo plano el deber general de sometimiento directo a las normas y convirtiéndose en fundamental el cumplimiento de la prestación. El deber de conducta es un deber específico al cual está sometida una persona determinada.

¹² RAMOS PAZOS, René. De las Obligaciones. Tercera Edición, Editorial Legal Publishing, 2008, Chile, p.6.

En las obligaciones existen deberes y prestaciones a las que está sujeto el deudor hacia el acreedor, estos son deberes jurídicos que nacen de la obligación pero que no son exclusivos de ella. Como expresa Hernández Gil: “Todas las obligaciones son deberes jurídicos, más no todos los deberes jurídicos son obligaciones”¹³

A raíz de este deber de conducta, se pueden extraer ciertas directrices que siguen a esta institución:

-En las obligaciones existe siempre una correlación entre un deber jurídico y un derecho subjetivo. Cuando el deber jurídico integra la relación obligatoria, asume la fisionomía de **deuda**, mientras que el derecho subjetivo correlativo recibe el nombre de **crédito**. Esta dualidad o correlación intrínsecamente ligada, únicamente, puede concurrir cuando se está en presencia de una obligación.

-El deber jurídico, que integra a la obligación de forma sustancial, es un **deber de prestación**, comprendiendo un determinado comportamiento de la persona pero no absorbiendo en su integridad la conducta del deudor. Este deber, constituye un límite o pérdida de libertad de la persona, que no puede ser absoluto y que exige moderación al deber de prestación.

-Las obligaciones a diferencia de los deberes generales, que son consecuencia de un estado en la persona, se extinguen o agotan al cumplimiento de los deberes de la prestación, poniéndosele término a la relación obligatoria que había nacido entre los sujetos que pactaron la obligación.

-La patrimonialidad no puede ser elevada a la nota caracterizadora y absoluta de la obligación, ya que no delimita o singulariza los deberes de la prestación de manera única. Es únicamente la exigencia de las consecuencias de la obligación, tales como la ejecución forzada o la facultad de ser exigida en el Derecho Concursal.

¹³ HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones, Editorial Ceuropa, 1983, España, p. 69.

3.2. La obligación como responsabilidad y su relación con el Derecho Concursal

En el Derecho Concursal, en la ejecución forzosa y en cualquier situación en la que exista un incumplimiento del deber de prestación de la obligación, surge un nuevo factor esencial.

Al término del concepto de deber de la obligación, existen dos caminos posibles: El primero, consiste en la extinción de la obligación por el cumplimiento del deber por parte del deudor. El segundo, radica en la responsabilidad del deudor por incumplimiento de su deber de prestación, trayendo consigo indemnizaciones, resoluciones o ejecuciones individuales o colectivas del patrimonio del deudor.

Ante el incumplimiento de la obligación, entra a jugar como factor esencial el sometimiento del patrimonio del deudor al poder del acreedor. Este es un poder de agresión que ostenta el acreedor, al ser la “responsabilidad” la consecuencia directa de la coacción de éste para con el deudor. Cuando nos encontramos ante un incumplimiento, deja de ser sustancial el deber de prestación y resulta ilusorio creer que la obligación de indemnizar es una nueva obligación diferente a la anterior.

Se torna importante el derecho a recibir del acreedor y se deja atrás el derecho y deber a prestar del deudor. Interesa que el acreedor quede satisfecho cualquiera sea el camino del deudor.

En el Derecho Concursal, las obligaciones se encuentran en estado de **imposibilidad de cumplir de facto**. La responsabilidad en este Derecho, es el punto de partida en la conexión con la institución de la obligación. Dejan de ser útiles para el acreedor la observación de normas generales representadas por la diligencia debida (artículo 1.547 del Código Civil) y la buena fe (artículo 1.546 y 1.558 del Código Civil). El deber como conducta del deudor ha de pasar a un segundo plano, primando la satisfacción del acreedor a expensas del patrimonio del deudor.

3.3. Relación entre la responsabilidad y el deber de prestación del deudor

Existen dos fórmulas para poder superar las posiciones contrarias, respecto de cuál es el supuesto esencial de la obligación. Como señala Hernández Gil, “(...) las posiciones antitéticas en que se colocan las dos concepciones de obligación examinadas, se superan a través de otras fórmulas: una es la cifrada en sostener que el concepto de la obligación, unitariamente entendido, comprende tanto el deber de prestación (deuda) como el sometimiento del patrimonio del deudor al derecho del acreedor (responsabilidad); y otra es la que rompiendo con la unidad conceptual de la obligación, proclamaba la existencia autónoma de la deuda y la responsabilidad, las cuales pueden, si, yuxtaponerse, pero también presentarse independientemente.”¹⁴

Se tiene la convicción, de que la obligación en sí misma, conlleva tanto un deber como una responsabilidad como dos caras de una misma moneda. Siendo los dos factores esenciales de la obligación, no es posible que situemos uno por encima del otro de forma jerarquizada, ya que son diferentes y entran a jugar en momentos distintos de la obligación,

4. SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN: EL ACREEDOR Y EL DEUDOR

Los sujetos de toda obligación son el deudor y el acreedor. El deudor o sujeto pasivo, es el obligado al cumplimiento del deber jurídico, es quien debe dar, hacer o no hacer algo a favor de otro sujeto que recibe el nombre de acreedor. El acreedor o sujeto activo, es el titular del derecho subjetivo de crédito o derecho de obligación¹⁵, en virtud del cual puede exigir al deudor una determinada prestación.

¹⁴ HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 69.

¹⁵ FUEYO LANERI, Fernando. Ob. cit., p. 27.

Lo común en materia de obligaciones, es que los sujetos sean dos, siendo uno el acreedor y el otro el deudor. Sin embargo, es posible de encontrar obligaciones con pluralidad de sujetos pasivos, activos o de ambos; como sucede con las obligaciones mancomunadas o simplemente conjuntas, solidarias e indivisibles.

5. EL CRÉDITO

El crédito, es el derecho subjetivo integrado por el conjunto de facultades y poderes que competen al acreedor. Tiene como factor esencial el derecho de prestación o el derecho a crédito, dependiendo del factor de la obligación que se encuentre vigente. Será el derecho de prestación, si el factor vigente de la obligación es la responsabilidad como ocurriría en el Derecho Concursal, o será el derecho a crédito, si la obligación se encuentra pendiente o a vías de perfeccionarse.

El derecho a crédito, tiene por fin específico la abstención de la prestación, pero también, tiene como fin subsidiario, el impedir una transgresión del deber del deudor que quede desprovista de sanción.

Es el derecho a prestación del acreedor, el que en derecho concursal se tiende a protegerse, ya que la institución específica de la Quiebra está encargada de dar en lo posible, la satisfacción a los acreedores de sus obligaciones con el fallido, evitando que el derecho subjetivo del acreedor quede sin un respaldo institucional necesario que lo haga imposible de ejecutar o accionar.

6. OBJETO DE LA OBLIGACIÓN: LA PRESTACIÓN

El objeto de la obligación, denominado prestación, lo constituye el comportamiento del deudor, que puede ser una conducta activa u omisiva a la que esté obligado. Es el elemento real de esta relación jurídica de la obligación, que radica en la prestación en la que se obliga al deudor, pudiendo consistir en dar, hacer o no hacer algo a favor del acreedor.

El artículo 1.438 del Código Civil, define como contrato o convención: “(...) es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.” Respecto de la escrituración de este artículo, ha sido controvertido en la doctrina, tanto nacional como extranjera, el que el legislador utilice el vocablo **cosa**, ya que la conducta del deudor puede consistir en entregar una prestación diferente a la de una cosa, como sucede en el caso de que consista la prestación en la entrega de un servicio. Se ha establecido, que el legislador no utiliza el vocablo de cosa entendido en el artículo 565 del Código Civil¹⁶, sino en un sentido más genérico, indicando que el deudor debe realizar **algo**.

El Código Civil establece como requisito de la prestación: el que sea real (artículo 1.461), posible (artículo 1.461 inciso 3º), lícita (artículo 1.445 N° 3 y 1.461 inc. 3º) y determinable (artículo 1.461, inciso 1º, parte final), sin que sea un requisito legal el que tenga carácter patrimonial.

Que sea real la prestación, implica que la cosa tiene que existir al momento de la declaración de la voluntad o esperarse que exista (artículo 1.461 inciso I del Código Civil).

¹⁶ Artículo 565. Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales.

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas.

Que sea lícita, importa que no deba estar prohibida por la ley ni ser contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres (artículo 1461 inciso final y aplicando por analogía el artículo 1467 inciso II del Código Civil).

Que sea posible, quiere decir que la prestación sea viable de realizar por la persona del deudor u otra persona que se designe. La imposibilidad puede ser absoluta o relativa (artículo 1.461 inciso final del Código Civil).

Que sea determinada o al menos determinable, significa que la prestación debe ser identificada y precisada sin necesidad de otro acuerdo para las partes (artículo 1.461 inciso II del Código Civil, respecto de las obligaciones de dar).

El artículo 1.461 inciso 1° del Código Civil, dispone que pueden ser objeto de los contratos, todas las cosas que no estén fuera del comercio humano. Por cosas comerciadas, debe entenderse, a aquellas que son susceptibles a tráfico jurídico, sin tomarse en cuenta el sentido rigurosamente económico.

Las prestaciones que interesan al Derecho, son siempre susceptibles de una valuación pecuniaria, ya que de lo contrario, no sería posible la ejecución forzada de la obligación a expensas del patrimonio del deudor. Se transformaría la prestación un mero deber ético, no dando lugar a responsabilidad alguna.

7. VÍNCULO JURÍDICO.

El vínculo jurídico, es el elemento decisorio de la relación obligatoria, que señala a la obligación, como una relación protegida por el derecho objetivo. Este vínculo, asegura la eficacia de los efectos de las obligaciones, dando estabilidad y contenido a los otros elementos frente al Derecho. De tal manera, que al existir un incumplimiento del deudor de su prestación, en virtud de este vínculo, se puede compeler a realizarla.

El Derecho, entrega como herramienta general para el acreedor, el artículo 2.465 del Código Civil, que es el mal denominado **derecho de prenda general**. De esta manera, en el momento en que se contrae la obligación, el deudor ya ha de responder por su cumplimiento con todos sus bienes, sean muebles o inmuebles, presentes o futuros, con la excepción de los bienes inembargables señalados en el artículo 1618 del Código Civil.

8. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Las fuentes de las obligaciones, son los hechos jurídicos a los cuales la ley atribuye la aptitud de hacer nacer, modificar o extinguir una relación de obligación¹⁷. Es posible, por la definición entregada del artículo 578 del Código Civil de los derechos personales o créditos, distinguir las fuentes en dos: las provenientes de un hecho del deudor o, aquellas resultantes de la Ley. Son hechos del deudor: el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito enumerados en el artículo 1.437 del Código Civil.

9. OBLIGACIONES CUYA PRESTACIÓN CONSISTE EN DAR, HACER O NO HACER ALGO

De las numerosas clasificaciones que la doctrina admite de la obligación, la que realmente incumbe, para la presente memoria, es aquella que tiene relación con el contenido de su objeto o prestación, que se desprende de los artículos 1.438 y 1.460 del Código Civil.

¹⁷ VIAL DEL RIO, Víctor. Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno, Segunda Edición, Editorial Biblioteca Americana, 2007, Chile, p. 26.

La conducta de los sujetos de la relación jurídica, está encaminada a la satisfacción del interés del acreedor, lo cual debe de ser aportado a través de una actuación del deudor mediante una prestación consistente en dar, hacer o no hacer algo.

Es **obligación de dar**, aquella en que el deudor se constriñe a transferir el dominio o a constituir un derecho real sobre la cosa a favor del acreedor. Las obligaciones de dar, contienen a las **obligaciones de entregar** (artículo 1.548 del Código Civil), aunque no son sinónimos. La obligación de entregar, consiste en situar materialmente la cosa en manos del acreedor, como ocurre en el arrendamiento, sin existir una obligación de transferir el dominio de la cosa o constituir un derecho real sobre ella.

Las **obligaciones de hacer**, son aquellas en que el deudor se obliga a realizar un hecho distinto al de entregar una cosa. En algunos casos, la obligación puede ser realizada únicamente por la persona del deudor, lo que generalmente ocurre, cuando se contrae la obligación en consideración a su persona.

Si es indiferente la persona del deudor, la obligación podrá ser ejecutada por un tercero, como lo señala el artículo 1.553 N° 2 del Código Civil, que permite que el acreedor pueda ejecutar el hecho debido por un tercero a expensas del deudor.

Respecto de las **obligaciones de no hacer**, el deudor debe abstenerse de efectuar un hecho, que de no existir, el deudor podría realizarlo. Este tipo de obligaciones puede tener dos aristas diferentes, por una parte, puede contener en una verdadera prohibición para el deudor de hacer algo, y por otra, consistir en que el deudor deba tolerar una determinada conducta del acreedor, absteniéndose de no perturbarla. Aun así, la obligación de no hacer siempre conlleva una conducta negativa del deudor.

CAPÍTULO II: DEL DERECHO CONCURSAL EN GENERAL

10. RESEÑA HISTÓRICA

El comerciante fallido, desde los tiempos más remotos, ha estado sujeto a la más dura legislación respecto de su persona. La civilización y las conveniencias mismas de los acreedores, han traído sucesivamente la moderación en el rigor con que era tratado el fallido.

Se encuentra el germen del Derecho Concursal en el Derecho Romano antiguo, donde la infracción a un contrato por parte del deudor, equivalía a una trasgresión a la ley penal, siendo considerado como un delincuente común y dándose lugar a la venganza privada para poder restablecer el imperio del derecho. El deudor, respondía con su persona de los incumplimientos que pudiera ocasionar.

En estos tiempos, no se concebía un Derecho Concursal propiamente tal. Existían únicamente, soluciones para los incumplimientos individuales, enmarcadas en las herramientas del Derecho Civil de las obligaciones.

La quiebra como institución y derecho especial, nació en el periodo comprendido entre la Alta Edad Media y el Renacimiento, teniendo sus orígenes en las ciudades italianas. Esta institución, nace para regular a la actividad comercial y sus incumplimientos.

En aquella época, se crearon la mayoría de las instituciones concursales que siguen vigente hasta estos días, tales como: el desasimiento, los síndicos, la sentencia declaratoria de quiebra, los convenios, etc. El Derecho Concursal, nace bajo el nombre de **Derecho Estatutario** que se expande por Europa acogiéndose por la mayoría de las legislaciones del mundo.

En España, existió paralelamente que en Italia, un proceso de desarrollo de la institución de la Quiebra, la cual surge ante la misma necesidad de regular los incumplimientos del comercio. Este, es regulado primeramente por las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio y posteriormente por las Ordenanzas de Bilbao y la Novísima Recopilación.

En 1807 se redacta en Francia, bajo el mando de Napoleón Bonaparte, el Código de Comercio. Este contenía normas de suma rigurosidad para la quiebra, siendo la fuente de inspiración para el resto de las legislaciones mundiales y americanas en esta materia.

11. EVOLUCIÓN DE LA FINALIDAD DEL DERECHO DE QUIEBRAS

Hasta la primera guerra mundial, la quiebra implicaba la destrucción de la empresa, cumpliendo una función político-jurídica al eliminar los entes ineficaces del mercado. Lo anterior se lograba, a través de la liquidación y consecuente extinción de empresas con desequilibrios económicos.

El concurso tenía como primer fundamento la represión y sanción del deudor en cesación de pagos. Lo cual se demostraba, con el carácter punitivo de todos los ordenamientos mundiales, que sancionaban penalmente al deudor, por el simple hecho de caer en quiebra.

Los ordenamientos desconfiaban de las funciones de los comerciantes, por lo que los regulaban severamente. En las grandes ciudades, que sus economías giraban en torno al intercambio comercial, utilizaban la ley mercantil y la ley concursal como un contrapeso y autocontrol para los comerciantes y sus actividades.

Se reprimía a los comerciantes, con el objeto de que no realizaran actividades ruinosas que pudieran afectar la vida comercial de sus dependientes y a la economía en general, ocasionando un efecto dominó con el resto de los negocios.

Raymundo Fernández y Osvaldo Gómez, describen esta situación histórica del quebrado: “El comerciante fallido, desde los tiempos más remotos, ha estado sujeto a la más dura legislación respecto de su persona. La civilización y las conveniencias mismas de los acreedores han traído sucesivamente la moderación en el rigor con que era tratado; pero él, siempre, y desde el primer día de la quiebra, quedaba sujeto a una presunción de fraude que lo conducía necesariamente a prisiones de una duración indefinida.”¹⁸

Frente a la envergadura de las penas concursales, era común en esta época, la **fuga y ocultamiento del deudor**. Para evitar ese suceso, el legislador contempló la fuga y ocultamiento, como una de los hechos reveladores de la cesación de pagos, impidiendo así que este comerciante desaparecido pudiese evitar la punibilidad de la quiebra, liquidándose su negocio y haciéndolo desaparecer.

La punibilidad de la quiebra era tal, que el deudor respondía personalmente -sea con cárcel o tortura en la mayoría de los casos- lo cual tenía fundamento, en que la quiebra, afectaba no solamente intereses individuales de acreedores, sino también, comprometía el interés público general, afectando la fe pública, el orden público económico y la vida de los negocios.

Como consecuencia de lo anterior, es posible apreciar hasta el día de hoy, la penalización de la quiebra culpable o fraudulenta, que es mucho más severa que la relacionada a otros delitos económicos, tales como la estafa¹⁹.

En el año 1807, en Francia y 1867, en Chile, ya se encuentra asentado el principio de la *par conditio creditorum*. En este periodo clásico del concurso, la crisis de la empresa estaba estrechamente ligada al empresario, siendo que los jueces que declaraban la quiebra, únicamente constataban la situación de crisis del deudor, con las fórmulas y presunciones de hecho dadas por nuestro Ordenamiento Jurídico, para

¹⁸ FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ, Osvaldo. Tratado Teórico-práctico de Derecho Comercial, Volumen I-A, Editorial Depalma, 1992, Argentina, p. 110.

¹⁹ La quiebra culpable es sancionada con presidio menor en cualquiera de sus grados; la quiebra fraudulenta es penada con presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo (artículo 229 inciso I y II de la Ley de Quiebras). En cambio la estafa es sancionada con presidio menor en su grado medio a máximo (artículo 467 N°1 del Código Penal).

así dar inicio a la liquidación del patrimonio y la extinción de la empresa en la economía.

Al término de la I Guerra Mundial, se produce un nuevo interés por la continuidad de la empresa, al ser una fuente generadora de empleos y el motor del desarrollo socioeconómico del país. Entendiéndose así, consecuencias dañosas que derivan de la liquidación del patrimonio del deudor y de su eliminación para el mercado, ya que la quiebra trae un **estado de insatisfacción general**, que ninguna ley puede evitar, pero que se deben tratar de soslayar. Este estado de insatisfacción se produce cuando:²⁰

- Los bienes del patrimonio del deudor no alcanzan para cubrir todas sus obligaciones.

- La empresa del deudor, en muchos casos, ha de ser liquidada forzosamente producto de la quiebra, dejando además al fallido, estigmatizado para su futura vida en los negocios.

- Los trabajadores, que a pesar de ostentar créditos privilegiados, pierden sus empleos y beneficios laborales. Sin perjuicio de que la quiebra no es causal de término de contrato de trabajo, es la regla general de lo que sucede en la praxis.

- El Estado, en muchas ocasiones, no cumple su labor de atender al bien común con la extinción de las empresas. Esto se debe a las razones anteriormente dadas.

La quiebra es entonces, una institución que trasciende lo meramente privado, siendo de orden público y social por las repercusiones que trae consigo. Es por esto, que los ordenamientos mundiales comienzan a contemplar sistemas de prevención que eviten la quiebra a través de los convenios o, en caso de producida, contar con una serie de mecanismos para superar dicho estado del deudor²¹.

²⁰ Apuntes de las Clases de Convenios Concursales, del profesor Rafael Gómez Balmaceda, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, año 2011, Chile.

²¹ La liquidación de los bienes del fallido, actualmente opera como una institución que sólo ha de accionarse como un recurso de *ultima ratio*, prefiriéndose ciertos mecanismos que tiendan a evitar la desaparición de la empresa. Ejemplos de los mecanismos actuales: la continuación del giro efectivo con cambio en la administración; la venta de la empresa como unidad económica; convenios judiciales, medidas destinadas al saneamiento del deudor; etc.

Expone al respecto del principio de preservación de la empresa, en relación con la quiebra, Raymundo Fernández y Osvaldo Gómez, con las siguientes palabras: “Debe organizar un régimen de las situaciones de insolvencia que tenga en cuenta que la empresa -aun la de carácter privado- significa un interés colectivo; que la quiebra como fenómeno económico, es una manifestación en la que el Estado tiene interés preponderante y que la empresa representa un valor objetivo de organización, debiéndose procurar su mantenimiento aun después de declarada la quiebra.”²²

El **principio de la preservación de la empresa** trata de evitar la quiebra, sí dentro del patrimonio del deudor hay unidades económicas que son viables²³, para impedir la fragmentación y facilitar la consecución de sus actividades y obligaciones empresariales. En caso de que la quiebra se efectúe, hay que impedir la liquidación de la empresa con los propios instrumentos que dispone la Ley, sea mediante la continuación del giro efectivo, o por la venta como unidad económica, ya que de otra manera el remedio podría ser peor que la enfermedad.

Bajo estos nuevos criterios, que se siguen sembrando en la legislación, en virtud de modificaciones recientes (Leyes N° 20.004 y N° 20.073) y una modificación que se encuentra discutiéndose durante el año 2013, es que se ha de moderar la institución de la quiebra, subyaciendo de ella el principio de la preservación de las empresas, que ha de favorecer a los deudores de buena fe mediante figuras concursales propias para ellos como los son los convenios.

Parte de la doctrina, es de la opinión de que la liquidación en virtud de la quiebra, únicamente ha de aplicarse a aquellos casos, en que las empresas no sean viables de preservarse y que el deudor ya no goce de crédito con sus acreedores, sea porque haya comprometido la fe pública o porque haya demostrado conductas dolosas. Ya que de otra forma, como lo expresa Rafael Gómez Balmaceda, mientras el deudor goce de crédito es posible, por muy mal estado financiero en que se encuentre, poder

²² FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ, Osvaldo. Ob. cit., Vol. I-A, p. 187.

²³ Se entiende viable la empresa, cuando es más beneficioso que siga funcionando que paralizarla y liquidarla.

conseguir la celebración de un convenio²⁴. La quiebra es entonces, un castigo a los deudores de mala fe, porque para todos los demás, es posible de resolver su situación, mediante convenios que dependen únicamente de la confianza que se le pueda seguir depositando al deudor.

Otra parte de la doctrina, es de la opinión que la quiebra y la liquidación del fallido, es tratada por nuestro Ordenamiento Jurídico, en una debida relación de correspondencia con la protección de los créditos de los acreedores y la economía. Siendo la liquidación, una medida proporcionada a la situación de insolvencia y cesación de pagos del fallido.

Para esta parte de la doctrina, los convenios y las otras herramientas de continuidad de las empresas enmarcadas dentro de la misma quiebra, sólo han de ser posible en virtud de ciertas circunstancias económicas; en que poco se depende la confianza y el crédito que se siga teniendo al fallido por parte de los acreedores. Son herramientas que van a ser utilizadas solamente, si hay posibilidad de una mayor tasa de recuperación de los créditos para los acreedores que lo haga conveniente.

Un ejemplo que fundamenta la postura anterior, es posible de encontrar en las empresas pequeñas o personas en estado de quiebra -de menos de 1.000 UF en activos a repartir entre sus acreedores, que constituyen la mayoría de los casos en Chile-. En este supuesto, la herramienta de continuación del giro efectivo del negocio, implicaría altos costos en la administración de la quiebra, siendo más conveniente su liquidación. En este mismo supuesto, muchas veces un convenio no tiene mucha razón para existir; es preferible la recuperación de un monto pequeño en menor tiempo en virtud de la liquidación por la quiebra, que en un monto insignificamente mayor después de un tiempo de espera, como consecuencia de un convenio.

²⁴ Apuntes de las Clases de Convenios Concursales, del profesor Rafael Gómez Balmaceda, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, año 2011, Chile.

12. DERECHO DE PRENDA GENERAL EN RELACIÓN CON LA QUIEBRA

Las ejecuciones de los deudores, que buscan el cumplimiento forzado de sus obligaciones, surgen cuando no pagan o no realizan la prestación comprometida de manera voluntaria. Para remediar esta situación, nuestro Ordenamiento Jurídico consagra el Derecho de Prenda General (artículos 2.465 y 2.469 Código Civil) que permite enajenar todo o parte de los bienes del deudor para la satisfacción de su acreedor.

Del artículo 2.465, del Código Civil, que tiene su símil en el artículo 2.093 del Código Civil Francés, se vislumbra, que los bienes del deudor, son prenda común de los acreedores, que garantizan la obligación personal contraída por el deudor.

Del artículo 2.469 del Código Civil, se desprende, que a raíz de la acción personal de los acreedores, puede convertirse en dinero todos los bienes del patrimonio del deudor para pagarse el crédito íntegramente con intereses y costas. Si los bienes del deudor, no fueran suficientes para pagar a los acreedores, entonces, deberá pagárseles a prorrata. Por tanto, toda acción personal, da derecho a los acreedores de perseguir la ejecución en todos los bienes del deudor, con excepción de los bienes inembargables señalados en el artículo 1.618 del Código Civil.

La consecuente enajenación, producto del derecho de prenda general, se realiza en beneficio o interés de un sólo acreedor, cautelando su interés individual. Pero, la cautela al interés individual puede no resultar apta, de ser los bienes del deudor insuficientes para el pago de todos los acreedores, consiguiendo esta medida, tornarse carente de justicia.

Estas acciones individuales, son efectivas para el resguardo de los créditos, cuando existen bienes suficientes para el pago de todas las obligaciones. Sin embargo, para los casos en que no es posible la total satisfacción individual de los acreedores (**justicia conmutativa**), surge el procedimiento de quiebra, que tiene por finalidad la satisfacción y resguardo del interés colectivo de **la masa** de los acreedores del deudor

(justicia distributiva). Esto permite evitar fraudes del deudor a favor de ciertos acreedores y las ejecuciones individuales de los acreedores más audaces en desmedro de los demás.

El jurista italiano, Cesar Vivante -aunque su libro data de 1936 en que la quiebra era institución exclusiva del deudor comerciante-, es claro al establecer la justicia de la quiebra para todos los acreedores, señalando: “Al paso que en las relaciones civiles todo acreedor procede a la ejecución de los bienes del deudor por cuenta propia y alguno es pagado por entero mientras otro nada recibe en pago, en las relaciones mercantiles, el legislador, con el procedimiento colectivo de quiebra, ha tratado de repartir con igual medida el patrimonio del comerciante entre todos sus acreedores.”²⁵

La quiebra, viene a ser una herramienta que es utilizable cuando se sobrepasa los límites del interés individual y los incumplimientos del deudor se generalizan. Así se crea una situación en que ha de ser indispensable disponer de un arbitrio legal que reabsorba las distintas acciones aisladas en una sola acción conjunta, de modo que se vele por el interés general y colectivo, sobreponiéndolo a los intereses de cada acreedor en particular.

13. NOCIÓN DE LA QUIEBRA

Actualmente, no se dispone de una definición de “quiebra” que sea entregada por nuestro Ordenamiento Jurídico. La Ley 18.175 se limita en su artículo 1° inciso II, a establecer aspectos procedimentales y los objetivos del **juicio de quiebra**, sin entregar una definición, como antiguamente otorgaba el artículo 1.325 del Código de Comercio que se encuentra derogado por la entrada en vigencia de la Ley de Quiebras.²⁶

²⁵ VIVANTE, César. Derecho Mercantil. Editorial del Tribunal Superior de Justicia del Distrito General, 1936, Italia, p. 587.

²⁶ Artículo 1.325.” La quiebra es un estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles.”

Se advierte, en lugar de una definición, en el artículo 1º, inciso II, de la Ley 18.175: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por ley”, entregando solamente, algunas nociones y principios fundamentales de ella.

13.1. Definiciones doctrinarias de la quiebra

Álvaro Puelma, señala que la quiebra es: “(...) un estado excepcional en el orden jurídico de una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de sus obligaciones declaradas judicialmente”²⁷. Por otra parte, el profesor Juan Eduardo Palma, expone que la quiebra: “(...) es el estado permanente y excepcional en el orden jurídico de una persona, producida por la falta o imposibilidad de dar cumplimiento igualitario de sus obligaciones a través de los medios regulares de pago, declarado judicialmente.” Así mismo, Ricardo Sandoval, establece que: “La quiebra es el estado de una persona (comerciante o no comerciante) que ha cesado en el pago de sus obligaciones (civiles o mercantiles) declarado judicialmente”²⁸

De un análisis de las anteriores definiciones doctrinarias, encontramos diferentes elementos comunes, que engloban y son propios de la institución de la quiebra, los cuales se analizarán a continuación:

²⁷ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1971, Chile, p. 18.

²⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo IV: La Insolvencia de la empresa. Derecho Concursal: Quiebras, Convenios y Cesiones de bienes, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Chile, p. 15.

a. Es un estado:

Es parte de la naturaleza de la quiebra el ser un estado transitorio en la persona del fallido, debiendo terminarse una vez pagados a los acreedores con moneda concursal y dictándose el sobreseimiento definitivo del fallido.

Sin perjuicio de lo anterior, la quiebra es más que un simple proceso, se crea una nueva situación para la persona, que significa un nuevo estado que se conoce como el de “fallido”. Implanta una situación excepcional para éste, trayendo como consecuencia, una serie de inhabilidades para que pueda optar a cargos, empleos y para la realización de negocios. Además, crea efectos de carácter patrimonial, llegando incluso al extremo de alterar aquellas obligaciones, anteriores a la quiebra, pactadas por el fallido con sus acreedores.

b. Es un estado de una persona:

La quiebra, puede afectar tanto a personas naturales o jurídicas, ya sea que realicen actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas o no, es decir, es una institución para todas las personas.

Anteriormente, era discutido si las fundaciones o corporaciones podían quebrar. Hoy en día la disputa está zanjada, siendo posible la quiebra de estas personas, lo cual quedó constatado con la quiebra del famoso club deportivo nacional denominado Colo-Colo el año 2005, y la del Club Deportivo Universidad de Chile el año 2006.

Con respecto de las securitizadoras, el artículo 132 de la Ley N° 19.301 señala: “Cada emisión originará la formación de patrimonios separados del patrimonio común de la emisora.” Se entiende por patrimonio separado, aquel que se forma en virtud de una emisión hecha por la entidad securitizadora, y tiene por finalidad asegurar a los acreedores de dicha emisión, el pago de sus obligaciones, siendo un patrimonio distinto del común de la sociedad securitizadora. Existirán por esto, tantos patrimonios como emisiones correspondientes.

Cada emisión constituye un patrimonio, más no una sociedad aparte, razón por la cual, la Ley N° 19.301 ha de dar lugar a la liquidación de cada uno de los patrimonios por las causales específicas contempladas.

La liquidación de cada uno de los patrimonios separados de las emisiones, por regla general, no afectará en la supervivencia de los otros, existiendo independencia entre ellos. Sin perjuicio de tener una relación en consideración de lo accesorio a lo principal con la sociedad emisora en esta materia, ya que el artículo 162 inciso III señala: “Cuando la sociedad fuere declarada en quiebra, el representante respectivo de los tenedores de títulos o quien designe la junta de tenedores de títulos de deuda, administrará y liquidará los patrimonios separados.”

Situación similar, en relación con la separación de patrimonios, ocurre con respecto a la quiebra de las sociedades inmobiliarias reguladas en la Ley 19.281, comúnmente conocida como Ley de Leasing Inmobiliario, lo cual se encuentra explicado en el capítulo IV del presente trabajo.

c. Es un estado universal

El estado de quiebra, es por naturaleza universal en dos sentidos, por una parte, comprende a todos los bienes del deudor con excepción de los inembargables, y por otra, incluye a todos sus acreedores.

La quiebra, alcanza todos los bienes del deudor, con excepción de los inembargables. Todos los bienes que se comprendan en la quiebra, han de ser tratados con los mecanismos concursales señalados por la Ley 18.175, con el objetivo del pago a los acreedores del fallido.

En cuanto a los acreedores, también se constituyen como una universalidad. Se involucran en un procedimiento único y general de la quiebra, que tiende a la realización y distribución de los bienes del fallido para el pago de sus obligaciones. Para que la quiebra logre su objetivo, y trate con rigurosa igualdad a todos los

acreedores, sin importar el tipo de crédito, su clase ni cuantía, deben ser asistidos como uno solo, respetándose así la *par conditio creditorum*.

Esta doble universalidad, tiene sus fundamentos legales en los siguientes artículos de la Ley 18.175:

- Artículo 2º: “La Quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá en consecuencia, todos los bienes de aquel y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúe.”

- Artículo 52 N°4: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil, la sentencia definitiva que declare la quiebra contendrá además: 4. La orden de acumular al juicio de quiebra todos los juicios contra el fallido que estuvieran pendientes ante otros tribunales de cualquiera jurisdicción y que puedan afectar sus bienes, salvo las excepciones legales” (artículo 70 de la Ley contiene las excepciones de aquellos juicios que no se acumulan).

El estado indivisible de la quiebra, tiene una estrecha relación con el principio de igualdad entre los acreedores, siendo que la igualdad es el fundamento necesario de la universalidad. La única manera de velar por la igualdad de los acreedores en la quiebra, es mediante su unificación, es decir, se debe crear la “masa de acreedores”. Esta masa será tratada de manera igualitaria, exclusivamente, si tienen la prenda común de los bienes del deudor -de la “masa de bienes”-, pudiendo disponer de esto para pagarse sus créditos.

d. Es un estado excepcional en el orden jurídico de una persona

La quiebra, es un estado en el orden jurídico del deudor que debe ser declarada judicialmente. Es en razón de esta resolución que pierde el fallido, tanto la administración como la disposición de sus bienes, que pasan de pleno derecho al síndico y a los acreedores respectivamente.

La quiebra, es un estado excepcional del deudor. Este es causado por la cesación de pagos, sin que el fallido pueda dar lugar al pago íntegro de las deudas contraídas con sus acreedores. El estado de quiebra debe ser declarado judicialmente.

Es excepcional entonces, por dos motivos: por la cesación de pagos que atañe al deudor y, por la declaración judicial que da lugar a este estado de quiebra. La insolvencia por sí misma o la cesación de los pagos, sin resolución judicial, no provocará el estado propio de la quiebra.

e. Producida por la falta o imposibilidad de dar cumplimiento igualitario de sus obligaciones a través de los medios regulares de pago

La regla general atingente al presupuesto objetivo de las causales de quiebra, dispuestas por la Ley 18.175, es la cesación de pagos por parte del deudor hacia sus acreedores²⁹. El incumplimiento que da lugar a la quiebra en razón a este presupuesto objetivo, debiera de ser, en el mayor de los casos, no generalizado con todos los acreedores, sino particular en contra de algunos de ellos.

²⁹ La cesación de pagos, es un término legal más amplio que el desprendido de su etimología: “no pago de una deuda”, “mora”, etc. Implica en sí mismo una impotencia patrimonial al ser el síntoma de la insolvencia.

Lo anterior se demuestra, en que no todas las causales de quiebras dicen relación con el no pago de las obligaciones -como por ejemplo en la causal establecida en el artículo 43 N° 3 de la Ley N° 18.175, que dispone como presupuesto objetivo para la quiebra: “La fuga u ocultamiento del deudor que deje cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado a persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas”-.

El deudor que va a ser declarado en quiebra, puede encontrarse cumpliendo algunas de sus obligaciones contraídas, sin embargo, por su estado patrimonial, no podría dar un cumplimiento íntegro y oportuno a todas sus obligaciones.

El juez, debe apreciar con prudencia la necesidad de la quiebra, haciendo un análisis de la situación financiera del deudor y cerciorándose de que no tenga un patrimonio lo suficientemente sólido para poder hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones y dar la satisfacción total de los créditos de sus acreedores.

La quiebra producto del desasimiento, crea una inmovilización patrimonial que impide al fallido la ejecución de sus contratos y obligaciones pendientes. Esta inejecución no puede equipararse al incumplimiento de sus obligaciones, aunque sí dé lugar a una situación especial intermedia entre el cumplimiento y la mora.³⁰

La quiebra no es un incumplimiento generalizado -pese que su presupuesto material sea un incumplimiento concreto- sino que es una imposibilidad de cumplimiento fáctico generalizado de las obligaciones del fallido.

La quiebra en Chile, es una institución *ex –post* de incumplimientos del deudor, es decir, no tiene un carácter preventivo. Se deja que el deudor continúe cometiendo arbitrios ruinosos en contra de sus acreedores y del interés general, para tratar de salvar su situación, pero que en realidad aumentan su pasivo o disminuyen el activo.

Esta falta de carácter preventivo, se debe fundamentalmente:

- Los acreedores prefieren la ejecución individual del deudor por sobre su ejecución colectiva, sobre todo si el deudor cuenta con los suficientes bienes para el pago de su acreencia –aun cuando no cuente con los suficientes bienes

³⁰ De esta misma opinión, son la mayoría de los autores internacionales, que proclaman que la quiebra no produce el incumplimiento unilateral de los contratos. Así, Brunnetti señala que la quiebra “no determina el incumplimiento según la técnica contractual normal; pero se hace imposible que se cumpla en vista de la indisponibilidad del patrimonio. El incumplimiento postula en todo caso, la voluntariedad de la inejecución, mientras que, en caso de quiebra, es la ley la que restando al quebrado la disponibilidad sobre sus bienes, le imposibilita de efectuar su prestación” (Traducción de: BRUNETTI, Antonio. “Diritto concorsuale”, Editorial Cedam, 2° Edición, 1948, Italia, p. 143.).

Siguen esta opinión: Bonelli, Semo, Satta, Provincialli, Lyon- Caen y Renault, Rodriguez, etc., citados por: RAMÍREZ, José A., La Quiebra, Tomo II, Editorial BOSCH, Barcelona, España, 1959, p. 1254.

para el pago de todas sus obligaciones futuras-. También se fundamenta en que en la ejecución individual, no existe la imposición legal de respetar la *par conditio creditorum* y sólo se persigue el interés del propio acreedor en el proceso, no teniendo que subsumirse en una masa de acreedores para ponderar la manera en que se llevará a cabo el pago de su acreencia;

- Por otra parte, es el propio deudor el que prefiere el remedio de la ejecución individual al de su quiebra, tanto por los efectos psicológicos y materiales que provoca. Psicológicos, porque implica el fracaso público en su emprendimiento, negocio o administración y, material, porque los efectos de la quiebra sobre la persona del fallido son muchos más extensivos a los de la ejecución individual, ya sea por el desasimiento, la aceleración de sus créditos, ciertas inhabilidades que provoca en su persona, etc.

f. Declarado judicialmente

Es *conditio sine qua non* de la quiebra, el que sea declarada judicialmente por el tribunal competente al respecto (regla supletoria del artículo 134 Código Orgánico de Tribunales), siendo que la mera cesación de pagos o insolvencia no puede generar el estado de quiebra por sí mismo, lo cual se profundizará a continuación.

14. SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA

La quiebra, al ser un estado excepcional en la persona humana, requiere que sea declarada judicialmente por un tribunal competente mediante sentencia declaratoria de quiebra, creando una nueva situación jurídica que produce efectos tanto en la persona del deudor como en la de los acreedores.

En la ausencia de la existencia de la sentencia declaratoria de quiebra, se hace imposible asimilar este estado de quiebra al deudor, siendo una exigencia de derecho estricto.

La sentencia que declara la quiebra, es la que abre un proceso que tiene por finalidad proteger los intereses de los acreedores y del deudor. Se entregan herramientas jurídicas de administración y disposición del patrimonio del quebrado que son característicos y propios de este derecho concursal. El objetivo de estas herramientas, es poder dejar en una mejor condición los créditos de la masa de acreedores, que no han de poder cumplirse por la vía voluntaria en razón de malas negociaciones, administración o de situaciones macroeconómicas.

El patrimonio del fallido, se encuentra en falencia al padecer de cesación de pagos, que se revela a través de los hechos que el legislador ha establecido como síntomas de esta enfermedad patrimonial, tales como lo son las causales de quiebra.

14.1. Carácter de sentencia definitiva entregado por la ley

La sentencia de quiebra, según la Ley 18.175, tiene la naturaleza jurídica de una sentencia definitiva. Sin embargo, se presentan ciertos problemas de la esencia misma de este tipo de sentencias, al ser difícil de ajustarla como la naturaleza de la sentencia de quiebra.

El encabezado del artículo 52, de la Ley de Quiebras, entrega este carácter de sentencia definitiva a la sentencia de quiebras al exponer: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 169 del Código de Procedimiento Civil, la **sentencia definitiva** que declare la quiebra (...)”.

El Artículo 158, del Código de Procedimiento Civil, define sentencia definitiva como: “La que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del

juicio.”, de esta definición se desprenden dos elementos necesarios para que una resolución pueda ser considerada como sentencia definitiva:

- Que pone fin a la instancia.
- Resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio.

Respecto de si la sentencia declaratoria resuelve o no la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio y si pone fin a la instancia, se debe analizar:

a. ¿Cuál es el objeto del juicio?

El vocablo **juicio**, proviene del latín *iudicium*, utilizado en el Derecho Romano para indicar “procedimientos seguidos ante el juez o funcionario judicial competente”³¹. Pero hoy en día, dicho vocablo tiene un significado diverso. En palabras del profesor Cristián Maturana Miquel, el juicio se refiere principalmente a **actos del juicio**, es decir, a la sentencia, acercándose más el vocablo al procedimiento que al proceso.

De lo anterior, se debe establecer que el objeto del juicio, tomado como objeto del procedimiento, es la pronunciación de la solicitud de quiebra por el tribunal (artículo 45 de la Ley 18.175), siendo que el fallo del tribunal resolverá el objeto del juicio sea que rechace o admita la quiebra.

Sin perjuicio de lo expuesto, el objeto del proceso de quiebra, es más amplio que su sola declaración. El objeto de la quiebra es el que se pague a los acreedores del deudor mediante moneda concursal, para lo cual, es necesario que se declare la quiebra y se liquide o disponga de otra forma su patrimonio.

La sentencia que declara la quiebra, es una resolución que pone fin a un **procedimiento**³². Este procedimiento, tiene por objeto que se declare o no la quiebra por el tribunal competente, más, es la primera parte de todo el **proceso** principal concursal, de lo que se sigue el pago de las obligaciones del deudor para los

³¹ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Diccionario de Jurisprudencia Romana. Tercera Edición, Editorial Dykinson, 1993, España, p. 186.

³² El profesor Cristián Maturana define procedimiento como un “(...) conjunto de formalidades externas que organiza el desarrollo del proceso hasta el cumplimiento de su fin.”

acreedores, mediante actuaciones procesales destinadas a la realización de los bienes del fallido.

b. ¿La sentencia de quiebra pone fin a la instancia?

La sentencia de quiebra es el punto de partida para que comience a operar el proceso concursal. La instancia se ha de abrir por la petición de la quiebra del deudor y la sentencia declaratoria, pero no ha de terminar con ella. El proceso va a continuar llevado por el tribunal que se encuentra conociendo la quiebra, siendo esta sentencia, una de las tantas resoluciones – sin lugar a duda la más importante por el conflicto que dirime- que dictará el tribunal, para dar curso progresivo al proceso de quiebra, con la ayuda del síndico como auxiliar de la administración de justicia.

En caso que se deniegue la quiebra del deudor mediante sentencia del tribunal, esta sí tendría el carácter de sentencia definitiva, debido a que se le pondría fin al asunto que ha sido objeto del juicio, estableciéndose que no hay lugar para el pago de los acreedores mediante moneda concursal.

El objeto del juicio que debe ser dirimido por medio de una sentencia definitiva en la quiebra, no es su apertura, si no el resguardo del interés general de los acreedores que han de ser pagados mediante el dinero concursal. Por lo tanto, las únicas resoluciones que pueden tener el carácter de sentencia definitiva en la quiebra son: a) la sentencia que deniega la quiebra o b) la sentencia de sobreseimiento definitivo del fallido.

Entonces, se debe distinguir que, por una parte es cierto que la sentencia declaratoria de quiebra se pronuncia respecto del objeto del juicio tomado como un procedimiento, más no dirime la cuestión principal poniendo fin a la instancia.

Es evidente, que la Ley 18.175, ha entregado el carácter de sentencia definitiva a la sentencia declaratoria de quiebra. Esto se debe a razones prácticas y concretas; como posibilitar el accionamiento de recursos propios de las sentencias definitivas, tales como la Casación.

14.2. Carácter declarativo o constitutivo

Existe otra discusión doctrinaria y jurisprudencial en torno al carácter de la sentencia de quiebra, existiendo polémica respecto a si presenta un carácter declarativo o constitutivo de la situación jurídica del fallido.

Una sentencia **declarativa**, expone determinadas relaciones jurídicas, provocando certeza y protección a un derecho o negocio jurídico, mediante la resolución jurisdiccional. Chioyenda, las define como "(...) aquellas cuya decisión consiste en una mera declaración o acercamiento del Derecho o de determinadas condiciones de hecho (...)"³³ y Couture, por su parte, dice que las sentencia declarativas, son aquellas derivadas de acciones, "(...) en las cuales no se reclama nada que nos pertenezca o que nos sea debido, sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica."³⁴

Que la sentencia de quiebra sea declarativa del estado del fallido, quiere decir, únicamente, que comprueba la existencia de un derecho o situación jurídica de manera formal, siendo que la actividad del tribunal se agotaría al declarar la quiebra.

De establecer que la sentencia declaratoria de quiebra, presenta este carácter, tendría como consecuencia que la quiebra existiría *ex antes* de la resolución judicial y por tanto, esta sentencia, únicamente, cumpliría una función de mero reconocimiento de la situación. La quiebra sería un estado de hecho para el fallido, naciendo de forma anterior a la actuación del tribunal.

Se ha acogido esta doctrina, en el antiguo Código de Comercio español de 1866, que establecía que la sentencia de quiebra sólo comprobaba una situación que ya existía desde el momento de la cesación de pagos. Razón por la cual, se explicaba que el desasimio tuviera efectos aún antes de la notificación de la sentencia.

³³ CHIOYENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, España, p. 227.

³⁴ COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, 1958, Argentina, p. 62.

Las sentencias **constitutivas** son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado jurídico, Couture las define como “(...) aquellas que, sin limitarse a la mera declaración de un derecho y sin establecer una condena al cumplimiento de una prestación, crean, modifican o extinguen un estado jurídico. En segundo lugar, integran esta clase de sentencias aquellas que deparan efectos jurídicos de tal índole que no podrían lograrse sino mediante la colaboración de los órganos jurisdiccionales.”³⁵

La sentencia de quiebra, presenta este carácter de constitutivo, al ser la productora del nuevo estado en el orden jurídico del deudor. La quiebra no puede existir sin una sentencia que la declare al no ser una situación de hecho, sino que es esencialmente jurídica. Olga Fradejas nos indica al respecto que: “Para crear la situación real de quiebra, oponible a todos, es preciso un pronunciamiento del tribunal competente.”³⁶

15. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA

Son presupuestos de la sentencia declaratoria de quiebra, el que: a) recaiga sobre una persona, sea natural o jurídica, a la que ha de ejecutarse mediante la legislación concursal, sea con carácter de sujeto calificado o no; b) que sea solicitada por el propio deudor, por alguno de sus acreedores, por el experto facilitador o declarada de oficio por el tribunal, como consecuencia de la impugnación, nulidad o incumplimiento de convenios concursales de carácter preventivo o judicial y que c) el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos.

³⁵ COUTURE, Ob. cit., p. 319 y 320.

³⁶ FRADEJAS RUEDA, Olga María. Quiebra del Cónyuge Comerciante y Derecho Patrimonial de la Familia: La Presunción Muciana. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1992, España, p.318.

15.1. Condición de persona

Reza el artículo 1°, inciso II, de la Ley 18.175, que: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una **persona natural o jurídica**, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por la ley”, resultando básico que la quiebra es una institución aplicable a las personas en general, no siendo exclusiva de las personas jurídicas, sino que también es completamente aplicable a las personas naturales cualquiera sea el giro de su negocio.

Prueba de lo anterior, son las causales de quiebra; en que existen causales propias de los deudores que ejercen una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, como la que ilustra el artículo 43 n° 1 de la Ley de Quiebras, y que también se encuentran causales comunes para todo deudor sin importar su carácter, como por ejemplo, las enumeradas en el artículo 43 N° 2 y 3 de la misma ley.

También, la institución de quiebras es aplicable a las personas sin fines de lucro y a las instituciones securitizadoras, como ya se ha expuesto en el capítulo II del presente trabajo.

15.2. Solicitud de la quiebra

Como se ha adelantado, la quiebra debe ser declarada judicialmente. Sin sentencia no puede asemejarse el nuevo estado que constituye al fallido. Pero para que pueda declararse la quiebra, se requiere tanto de una causa, como de una acción procesal. Puede ser accionada tanto: por el propio deudor; por un acreedor, o declarada de oficio por el tribunal.

En cuanto al accionamiento de la quiebra por el propio **deudor**, la Ley N° 18.175 es más severa con el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, al señalar en el artículo 41, que tiene el deber de solicitar su propia quiebra,

antes de transcurrido los 15 días desde que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, cumpliendo en la solicitud los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, del artículo 42 de la Ley 18.175 y las demás normas aplicables.

La quiebra, al ser una institución de orden público, es irrenunciable para el deudor, es decir, que por el mandato del artículo 41 de la Ley 18.175, no puede una persona renunciar de manera anticipada a la eventual petición de su propia quiebra. Esto, adolecería de objeto ilícito y sería penado con quiebra culpable, por lo tanto, el deudor, de formarse el presupuesto material, debe proseguir según lo establecido por el artículo 41.

Sin perjuicio de lo expuesto, la regla general, será que el sujeto activo que accione la quiebra sea **el acreedor**, quien velará por sus intereses y derechos personales que se encuentran incumplidos o en etapa de ser imposibles de cumplir por el deudor.

Aun así, el acreedor -que tiene la misma facultad para demandar individualmente-, al preferir la acción de quiebra -que es de naturaleza colectiva- obra también, en interés de los demás acreedores del deudor "(...) haciéndose representante de los intereses de la colectividad que es miembro (...)"³⁷. El acreedor, deberá cumplir en la solicitud para la declaración de la quiebra del deudor, con los requisitos establecidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 44 de la Ley 18.175 y las demás normas procesales aplicables, debiendo manifestar porqué es necesario accionar esta institución en favor del interés general de la masa.

El accionamiento es voluntario para los acreedores, es decir, no existe una obligación para ellos de pedir la quiebra del deudor ante el tribunal competente, quedando la decisión a su arbitrio. En virtud de esta facultad para accionar o no la quiebra, estos pueden comparar si es mejor velar por el interés de todos los acreedores, o por el particular de ellos. Lo cual dependerá, de la condición patrimonial del deudor, y de los arbitrios ruinosos que les puedan provocarle perjuicios.

³⁷ PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho Concursal, El Juicio de Quiebra, Tomo I, Tercera Edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Chile, p. 271.

Tampoco hay un mínimo o máximo de acreedores necesarios para que sea posible la declaración de quiebra del deudor; el artículo 40 de la Ley de Quiebras, consagra que no importa que exista un único acreedor ya que igualmente se puede solicitar que se declare la quiebra, con la concurrencia de los demás requisitos.

Por último, la quiebra puede ser declarada por **acciones del tribunal**. Estas acciones, son conocidas doctrinariamente como **quiebra de oficio**, que procederá en los casos de nulidad o incumplimiento (artículo 213 de la Ley de Quiebras); rechazo o desecho de un convenio judicial (artículo 209 de la Ley de Quiebras); por rechazo de cesión de bienes que son juicios diferentes al de quiebra, pero que por mandato legal expreso, pueden terminar en ella (artículo 251 de la Ley de Quiebras); solicitud de quiebra del deudor por el experto facilitador (artículo 177 ter de la Ley de Quiebras); etc.

15.3. Presupuesto objetivo de la masa de bienes

Para ser declarada la quiebra -al ser una institución de derecho estricto- se requiere siempre de una causa legal.

La doctrina y jurisprudencia de Chile, y el mundo entero, han tenido innumerables problemas al establecer el presupuesto necesario para la existencia de la quiebra, en razón al patrimonio del deudor y su impotencia de hacer frente a sus obligaciones. Este punto de permanente debate concursal, es inevitable en virtud de su importancia, debido a que la configuración de este presupuesto objetivo, expresa la orientación política y legislativa que inspira a la Ley de Quiebras.

De ser más o menos severo el menoscabo patrimonial del deudor, que resulte necesario para la declaración de quiebra, significará que la legislación concursal es de *última ratio* o solucionadora de la simple morosidad del deudor. Esto quiere decir, que

se decidirá el valor que la legislación entrega a la empresa o negocio del deudor, que se encuentra en dificultades a nivel macroeconómico y social.

De no valorar el legislador realmente a la empresa, y no existiendo mecanismos concursales eficientes, únicamente se encontrarían en nuestro Ordenamiento Jurídico, mecanismos civiles y comunes, con los cuales se podría llegar al verdadero menoscabo y enfermedad patrimonial del deudor, en que el nivel de insatisfacción sea completamente generalizado y la única salida sea la desaparición de la empresa.

El legislador, no define el estado de quiebra y únicamente entrega ciertos hechos jurídicos que la configuran. Se debe establecer que la única causal o presupuesto objetivo de quiebra es la **cesación de pagos**. El profesor Sandoval explica al respecto: "(...) para que exista la quiebra se requiere de la causa, esto es, la situación patrimonial de imposibilidad de pagar que afecte a una persona natural o jurídica y la acción de quiebra encaminada a lograr su declaración por los tribunales de justicia."³⁸

Ahora bien, este estado de cesación de pagos del deudor, se ha de manifestar legalmente por hechos del propio deudor. Estos hechos, deben demostrar que el deudor ya no se encuentra en una situación para hacer frente a sus obligaciones.

16. CESACIÓN DE PAGOS

La cesación de pagos, se configura cuando el deudor se encuentra en una situación de crisis patrimonial, en que se le hace imposible poder pagar sus obligaciones a sus acreedores.

La doctrina y jurisprudencia de Chile y el mundo entero, han tenido innumerables problemas al establecer qué es la cesación de pagos y cuáles son sus alcances jurídicos, existiendo tres nociones diversas para definirla: La teoría restringida o

³⁸ SANDOVAL, Ricardo. Ob. cit, p. 35.

materialista; la teoría intermedia o ecléctica y la teoría amplia o moderna, las cuales se pasarán a explicar a continuación.

16.1. Teoría restringida o materialista

Esta doctrina, identifica la cesación de pagos con el simple incumplimiento del deudor. Se manifiesta incluso, por un sólo incumplimiento material, que bastaría para que se pudiera declarar la quiebra.

No interesan las causas que puedan provocar dicho incumplimiento ni el estado patrimonial del deudor. Además, no se tiene en cuenta si el deudor tiene o no la capacidad para pagar, ni el número de incumplimientos o su cuantía, bastando uno, de cualquier característica, para configurar la cesación de pagos.

El fundamento legal de los defensores de esta doctrina, se encuentra en el texto del artículo 43 N° 1 de la Ley 18.175, que utiliza la expresión: “cese en el pago de una obligación”, equiparándola como un simple incumplimiento.

La defensa económica, sostiene que es máxima esencial en el comerciante el cumplimiento de las obligaciones, siendo que, “(...) la actividad mercantil supone el cumplimiento estricto de las obligaciones, toda vez que los empresarios de comercio hacen uso del crédito que se distribuye entre todos ellos y lo mantienen en la medida que dan cumplida satisfacción a sus obligaciones. Siendo esto así, el empresario que no cumple sus obligaciones es porque no puede hacerlo, ya que no se concibe que voluntariamente quiera perderlo, habida consideración de que el crédito es un elemento esencial para el desarrollo de su actividad.”³⁹

³⁹ SANDOVAL, Ricardo. Ob. cit. p. 37.

16.2. Teoría intermedia o ecléctica.

De acuerdo con esta teoría, la cesación de pagos significa la existencia de un estado patrimonial crítico que trae como consecuencia la imposibilidad de pagar para el deudor. Este estado patrimonial, únicamente, puede exteriorizarse mediante el incumplimiento del deudor de una obligación, y que a diferencia de la teoría restringida, se toma en consideración las causas que llevaron a este incumplimiento del deudor así como su estado patrimonial.

Se sostiene que la cesación de pagos se identifica con un estado patrimonial que se demuestra con ciertos tipos de incumplimiento -pero no con todos ellos-, tales como los que se identifican con la insolvencia. Juan Esteban Puga Vial señala al respecto que: "En la práctica, eso se traduce en que el juez, aun cuando se le acredite un incumplimiento, está obligado a convencerse de la existencia de un desarreglo patrimonial general"⁴⁰.

16.3. Teoría amplia o moderna.

La doctrina amplia o moderna, considera la cesación de pagos, como un estado de impotencia patrimonial permanente del deudor para afrontar el cumplimiento de las obligaciones válidamente contraídas, que se revela por hechos exteriores no enumerados taxativamente.

Al ser la quiebra considerada como un estado patrimonial crítico que impide pagar todas las obligaciones al fallido, los hechos reveladores de la cesación de pagos, quedan entregados al juez para que este decida si declarar o no la quiebra, dependiendo de su convencimiento de la situación patrimonial crítica del fallido, que debe tener el carácter de generalidad y de permanencia.

⁴⁰ PUGA VIAL, Juan Esteban. Ob. cit. Tomo I, p. 52.

Se basa esta teoría, en el carácter preventivo y tutelar de la quiebra, que por el mero incumplimiento del deudor, muchas veces se puede obviar. Ya que el deudor puede realizar acciones ruinosas y fraudulentas con tal de no caer en un incumplimiento, permitiendo definir cuándo rigen las instituciones del derecho común y cuando rigen las instituciones concursales tutelares y de excepción, dependiendo del estado patrimonial del deudor que no necesariamente da lugar a incumplimiento.

17. INSOLVENCIA

Insolvencia, es un vocablo que debe ser entendido técnicamente, con un significado propio que es entregado por el Derecho⁴¹, ya que en su sentido natural y obvio, significa no solvente: es decir, aquel que no paga.

De la utilización del vocablo insolvencia, tanto por el Código Civil, como por la Ley de Quiebras, se desprende de su voz, un estado patrimonial crítico del deudor que no ha de poder hacer frente a sus obligaciones de manera íntegra y puntual. Además, la insolvencia no se presenta como un estado esporádico, sino que definitivo, general y completo que se manifiesta con incumplimientos y otros hechos exteriores. Más que

⁴¹ El Código Civil, en innumerables artículos, utiliza la palabra de insolvencia. A modo de ejemplo; en el artículo 155, que señala que el juez decretará la separación de bienes en el caso de insolvencia o administración fraudulenta del marido; el artículo 1.187: expone que la insolvencia de un donatario no gravará a los otros; en el artículo 1.355: dispone que la insolvencia de uno de los herederos no gravará a los otros; el artículo 1.496: instaure la caducidad de plazo en las obligaciones pendientes si el deudor se halla en notoria insolvencia; en el artículo 1.578 señala: El pago hecho al acreedor es nulo en los casos siguientes: 3º Si se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a cuyo favor se ha abierto concurso; y el artículo 2.163 señala: El mandato termina: 6º Por la quiebra o insolvencia del uno o del otro.

También la Ley de Quiebras utiliza este vocablo en los siguientes artículos: en el artículo 17, que se prohíbe ser sindico a las personas que hubieren sido declaradas en quiebra o se encontraren en estado de notoria insolvencia y en el artículo 219, que se presume la quiebra culpable en el caso del numeral 12, si el deudor en estado de manifiesta insolvencia, hubiese realizado donaciones cuantiosas.

una situación aislada, es un estado permanente y sin salida económica, en que se encuentra el patrimonio del deudor, cuando su activo no puede satisfacer a su pasivo.

Sobre el particular, Renzo Provincialli expone que el estado de insolvencia “(...) es la impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus propias obligaciones, manifestada con incumplimiento u otros hechos exteriores. Tal impotencia se concreta en una relación de desequilibrio entre los elementos activos y pasivos del patrimonio conjuntamente considerado bastando esta situación para que sobrevenga la quiebra”⁴².

Pero Provincialli, hace una diferencia entre los vocablos de “insolvente” e “insolvable” señalando: “insolvencia es el término que se refiere a un simple y puro comportamiento emisor, objetivamente considerado, prescindiendo de toda indagación del por qué no paga; es decir de la voluntariedad o no de la falta de pago, y, por consiguiente Insolvente es aquel que es insolvente, porque no puede pagar (aunque quisiera). Por ende, sólo la insolvabilidad se refiere propiamente a un estado objetivo del patrimonio considerado en su capacidad activa de poder cumplir”⁴³ Sin perjuicio de lo anterior, se utilizará a continuación, el término insolvente e insolvable como sinónimos⁴⁴.

La insolvencia, nada tiene que ver con la voluntad del deudor respecto de cumplir sus obligaciones, ya que aunque el deudor hiciera la mejor gestión posible con su masa patrimonial impotente, no podría llegar a pagar a sus acreedores de manera íntegra y oportuna.

Cuando el deudor está en insolvencia, en pos de pagar sus obligaciones, contrae nuevas obligaciones más gravosas y ruinosas para su persona y acreedores, creándose así un círculo vicioso patrimonial, del cual no puede salir por sus propios medios ni con la ayuda que proporciona el mercado. Este estado se encuentra

⁴² PROVINCIALLI, Renzo. Tratado de Derecho de Quiebra, Volumen II, Adiciones de Derecho Español: José A. Ramírez Editorial AHR, Trad. Andrés Lupo Canaleta y José Romero de Tejada, 1958, España, p.247.

⁴³ PROVINCIALLI, Renzo. Ob. cit., Volumen II, p. 251.

⁴⁴ El vocablo insolvable no tiene significado natural y obvio y tampoco se le ha encontrado un diverso significado jurídico del que ha establecido el autor.

generalizado, siendo necesaria la intervención de las instituciones concursales o de convenios con los acreedores, para entregar las facilidades necesarias al deudor, de hacer frente al pago de sus obligaciones. De otra manera la situación patrimonial del deudor se tornaría permanentemente incompetente.

Ahora bien, el estado de insolvencia no se puede reconocer en el patrimonio del deudor por sí mismo, por la gran dificultad probatoria que encierra. Requiere para reconocerse, de hechos reveladores, como incumplimientos o fuga del deudor. Azzolina al respecto, señala: *“Lo stato insolvenza si manifesta con inadempimenti o di altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie”*⁴⁵.

Como ya se ha anunciado, el presupuesto objetivo de la Ley Concursal es la cesación de pagos y no la insolvencia. Esta elección del legislador, se fundamenta en las dificultades probatorias y prácticas para definir el estado de ruinosidad patrimonial, propio de la insolvencia. Se optó entonces, por un presupuesto objetivo sintomático, que dé cuenta de la crisis del deudor, mediante las causales de quiebra. No se llega al extremo de ser necesaria la prueba misma de la insolvencia, que además de su dificultad por el resguardo al secreto en los negocios del deudor, existe una dificultad adicional para definir el criterio con el que se ha de probar, pudiendo ser contable, económico o propio del legislador.

⁴⁵ Traducción: “El estado de insolvencia se manifiesta por incumplimientos u otras circunstancias externas que demuestran que el deudor ya no es capaz de cumplir regularmente”. (AZZOLINA, Umberto. *“Il fallimento e le altre procedure concursali”*, Volumen I, Segunda Edición, Editrice Torinesi, 1961, Italia, p.37.)

18. PRESUPUESTO OBJETIVO DE LA MASA DE BIENES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

La mayoría de la doctrina nacional, concuerda con que la cesación de pagos en la legislación concursal, tiene una acepción restringida, asimilándola a un mero incumplimiento material de una obligación. Se basan para señalarlo, en las causales de quiebras, que son los hechos reveladores de la cesación de pago. Sin embargo, es de reconocer que la cesación de pagos excede a la mera infracción material en algunas de las causales.

El mensaje de la antigua Ley de Quiebras, N° 4.558, señalaba: “ El estado del deudor, sea o no comerciante, cuyo patrimonio hace muestra de un evidente desequilibrio entre un activo y pasivo, no sólo perjudica al interés privado, sino que amenaza y compromete el interés público, el cual reclama la precesión penal de todos aquellos que, culpable o dolosamente, dilapidan un mermado caudal, que es la única garantía de sus acreedores; asimismo exige una liquidación rápida de toda situación ruinoso de fortuna, a fin de evitar que se detenga, en manos inhábiles, la producción y circulación de la riqueza”⁴⁶. Se infiere de lo anterior, que la quiebra tenía un presupuesto objetivo amplio, es decir que era necesaria la cesación de pagos en su sentido amplio o la insolvencia como estado patrimonial severo del deudor para solicitarla. Más, la misma Ley en su cuerpo, señalaba ciertas causales taxativas de quiebras que tenían un presupuesto objetivo más restringido.

La actual Ley de Quiebras, por su parte, no ofrece una causal única o genérica de cesación de pagos, sino que al igual que su antecesora –la Ley 4.558 de 1929 ya derogada- enumera distintas causales taxativas que dan lugar a la quiebra y que son una muestra de los hechos reveladores de cesación de pagos.

La Ley Concursal, hace una diferenciación entre el deudor común y aquel que ejerce una actividad comercial, agrícola, industrial o minera, siendo más gravoso el

⁴⁶ Mensaje citado en: ROMÁN ROGRIGUEZ, Juan Pablo. Introducción al Derecho Cooperativo Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Chile, p.340.

presupuesto objetivo para este último. También, ejerce una gran diferencia con algunas instituciones de importancia macroeconómica para el país, tales como las compañías de seguro y los bancos. Tales diferencias en el presupuesto objetivo, son las que a continuación se describirán.

a) Respecto al deudor calificado:

La postura del legislador es clara, al establecer tanto en el artículo 41, como en el artículo 43 N°1 de la Ley 18.175, que basta el mero incumplimiento en el pago de una obligación para poder ser declarado en quiebra, incluso, imponiendo la carga en el artículo 41 al deudor calificado de solicitar su propia declaración de quiebra transcurrido los 15 días contados de la fecha del cese en el pago de una obligación.

La legislación, en el caso señalado, identifica como presupuesto objetivo necesario para la declaración de quiebra del deudor calificado, a la cesación de pagos en un sentido materialista, bastando el mero incumplimiento de una obligación, que conste en título ejecutivo.

b) Respecto de todo deudor:

La Ley Concursal, respecto del presupuesto objetivo aplicable a todo deudor, se muestra más benévola que en el supuesto del deudor calificado, adhiriéndose a la teoría de la cesación de pagos de carácter intermedia.

La quiebra se identifica sólo con ciertos incumplimientos o circunstancias que pueden dar lugar a causales de quiebra. Tales como los que ilustra el artículo 43 N° 2 y 3, determinándose la cesación de pagos con el incumplimiento de tres o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y que estuvieran iniciadas ya dos ejecuciones; o identificándolo con la fuga del deudor del territorio de la República u ocultamiento dejando cerradas sus oficinas sin haber nombrado a persona

que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones u conteste nuevas demandas respectivamente.

Los presupuestos objetivos comunes a todo deudor, son más complejos de poder comprobar y alcanzar. El legislador sólo permite que bajo estos presupuestos se declare la quiebra del deudor, es decir, bajo ciertos incumplimientos y no todos ellos, es así como se despeja toda duda razonable sobre el real estado patrimonial menoscabado del deudor.

Lo expuesto, es sin perjuicio de las otras causales de quiebra señaladas en la Ley N° 18.175, como en el 177 bis, ter y quáter que obedecen a otros supuestos.

c) Respecto a la declaración de quiebra de instituciones bancarias y Compañías de Seguros:

En caso de desajustes financieros en las instituciones bancarias, la Ley General de Bancos establece una serie de remedios y acciones para solucionarlo, tales como:

- La capitalización preventiva (artículo 118 de la Ley General de Bancos), que supone una inestabilidad financiera, pero sin llegar a suponer cesación de pagos.
- Propositiones de Convenio, que se puede realizar bajo tres situaciones: a) cuando al capital básico se le restan las pérdidas del ejercicio y el resultado inferior al 2% de activos netos exigidos al banco; b) Cuando la diferencia del Capital básico en relación con las pérdidas del ejercicio es inferior a 5% de los activos netos exigidos al banco pero ponderados por riesgo; y c) Cuando el banco ha pedido créditos de urgencia, y no cumple en el pago de los cuotas, en conjunto con un informe negativo SBIF. Se excluye en esta materia la regulación supletoria de la Ley 18.175;
- La liquidación forzada;

- La quiebra de la institución bancaria.

Antes de establecer, cuál es el presupuesto objetivo para la declaración de la quiebra de los bancos, es necesario establecer el presupuesto de la liquidación forzada de las mismas instituciones, por ser más explicado en la Ley General de Bancos.

El D.F.L. N° 3 en su artículo 130 inciso I, consagra que: “Si el Superintendente establece que un banco no tiene la solvencia necesaria para continuar operando, o que la seguridad de sus depositantes u otros acreedores exige su liquidación, o si las proposiciones de convenio hubiesen sido rechazadas, procederá a revocar la autorización de existencia de la empresa afectada y la declarará en liquidación forzosa, previo acuerdo favorable del Consejo del Banco Central de Chile.”, de lo cual se deduce que a dicha liquidación se le aplican dos criterios y causales diferentes: la insolvencia o la cesación de pago en carácter intermedio.

La liquidación forzada en los bancos, tiene por presupuesto objetivo la insolvencia misma, es decir, que su hecho revelador es la teoría amplia de la cesación de pagos, entendiendo dicha liquidación, como una herramienta ante el patrimonio impotente de la institución bancaria.

Pero en ciertos casos, se puede declarar la liquidación sin ser necesario probar la insolvencia de la institución, que según el artículo citado, es cuando la seguridad de sus depositantes u otros acreedores exigieren su liquidación o cuando la proposición de convenio haya sido rechazada, identificando esta causal de liquidación forzosa, como un reflejo de la teoría intermedia de la cesación de pago.

En relación con la quiebra, la Ley General de Bancos, en el Título XV, artículo 120, establece: “Los bancos sólo podrán ser declarados en quiebra cuando se encuentren en liquidación voluntaria”; de esta forma, la quiebra es la excepción en el caso de insolvencia o cesación de pagos de los bancos, ya que el procedimiento normal a seguir frente a esta situación, cautelando los intereses de los acreedores y de la sociedad, es la liquidación forzada o el convenio.

La quiebra de los bancos sólo será posible si está pendiente la liquidación forzada, ya que mientras ésta perdure, se prohíbe por la Ley, y luego de esta etapa ya no existe la persona jurídica bancaria.

De lo anterior se deduce, que la quiebra en los bancos, tiene por presupuesto objetivo la insolvencia, es decir, que su hecho revelador es la teoría amplia de la cesación de pagos, que sólo ha de tener lugar de manera sumamente excepcional y de última ratio.

Por lo señalado, se infiere que el legislador trató de evitar la quiebra en los bancos con más fuerza que en cualquier otra institución, entregando la más variada gama de herramientas para solución preventiva de problemas financieros y de la cesación de pagos.

Se entiende la exigencia de estos requisitos tan indulgentes con los bancos -en comparación con los requisitos para la quiebra del deudor calificado e incluso con el deudor común-, en razón a la importancia de estas instituciones en el mercado. Siendo que la quiebra de un banco, puede traer consigo una crisis a nivel local o incluso nacional de materia económica.

En cuanto a la quiebra de las compañías de Seguros, el D.F.L. N° 251, señala en su artículo 79 inciso I, que: “Si algún acreedor de una compañía de seguros solicitare la declaración de quiebra de ésta, el juzgado deberá dar aviso al Superintendente, quien investigará la solvencia de la compañía. Si comprobare que la compañía puede responder a sus obligaciones, propondrá las medidas conducentes para que prosiga en sus operaciones; pero si estimare que no es posible tal prosecución, informará en tal sentido para que el tribunal declare la quiebra”.

El artículo señalado, establece básicamente, como único presupuesto objetivo necesario para la declaración de quiebra, la insolvencia de la compañía de seguros, razón por la cual, los tribunales no dan lugar a la quiebra de manera inmediata al cumplirse los requisitos, sino que se informa a la Superintendencia de Valores y

Seguros para que investigue la situación de déficit patrimonial; el déficit de las inversiones o sobreendeudamiento; el déficit de los dos aspectos anteriores o; la insolvencia misma de la institución en problemas. En caso de comprobarse lo anterior, se podrá proceder a declarar la quiebra.

Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio, que también sea causal de quiebra, la no aceptación de un convenio entre los acreedores y la compañía de seguros.

Por consiguiente, se puede deducir que el legislador es más amigable con las compañías de seguros en relación a aquellos deudores descritos en la Ley 18.175. Esto ocurre en razón a la importancia ocupada en el mercado, ya que en caso de quiebra, se dejaría insolvente a muchas empresas y personas que se encuentran aseguradas, las cuales no van a poder ser pagadas, provocando un efecto dominó en la economía.

19. CAUSALES TAXATIVAS DE LA QUIEBRA

Las causales de quiebra, son únicamente aquellas establecidas taxativamente por la Ley, siendo que no es posible declararla para el juez, si no se han cumplido todos los presupuestos que se disponen por algunas de las causales.

A continuación se examinarán las causales de quiebra en virtud del presupuesto subjetivo, es decir, de la condición que debe tener el deudor para poder declararse su quiebra.

19.1. Quiebra solicitada por el propio deudor (artículo 41)

La sola solicitud de quiebra por parte del deudor, significa un reconocimiento y confesión de insolvencia de su persona, siendo una obligación para el juez declararla si se ajusta a los requisitos legales contenidos en el artículo 42, que prueben su propio estado crítico patrimonial.

Para el deudor no calificado, es facultativo pedir su propia quiebra, lo realizará de considerarlo un mecanismo que resguarda mejor sus intereses que las tutelas individuales que pudieran presentar cada uno de sus acreedores.

Pero para el deudor calificado, esta solicitud de propia quiebra constituye una carga; como reza el artículo 41: “El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil”. El deudor calificado deberá presentar por duplicado lo establecido en el artículo 42 de la Ley 18.175, que serán los documentos que expongan una radiografía del estado patrimonial del deudor, para que así, pueda decidir el juez si declarar o no la quiebra.

19.2. Contenido del encabezado del artículo 43 de la Ley de Quiebras

El artículo 43, enumera diferentes hechos que habilitan al sujeto activo para solicitar la declaración de quiebra del deudor. El enunciado del artículo 43 dispone: “Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:”

Lo transcrito, es posible de desglosar en dos partes fundamentales:

- Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra: Todos los acreedores del deudor, tienen derecho a solicitar la declaración de quiebra, sin importar la cuantía, causa, privilegio y forma en que conste su crédito ni el tipo de persona o la actividad que realice el acreedor. Se infiere de este enunciado además, que solamente aquellas personas que tengan la calidad de acreedor del deudor, han de poder solicitarle su quiebra, más ningún otro.
- Aun cuando su crédito no sea exigible: reafirma este derecho de los acreedores a solicitar la quiebra del deudor, que incluso se extiende a aquellos créditos sujetos a modalidad.

Es elemental que se faculta al acreedor a solicitar la quiebra del deudor, si ostenta un crédito sujeto a un plazo suspensivo, ya que el derecho y obligaciones de dicha relación obligatoria ya existe y sólo se requiere que el hecho futuro y cierto acontezca.

Pero en el caso del acreedor condicional suspensivo, pueden resultar algunas inquietudes; en virtud de que éste únicamente sustenta un germen de derecho o una mera expectativa y sólo se concretará su derecho, por la ocurrencia o no, de un hecho futuro que puede o no ocurrir.

La Ley N° 18.175, no distingue entre los acreedores que puedan solicitar la quiebra, razón por la que se acepta que el acreedor condicional la solicite. Lo cual, se desprende además, del artículo 39 y 40 de la misma norma.

La finalidad del legislador, con lo señalado, es asegurar la *par condicio creditorum* de los acreedores en la quiebra, ya que de hacer alguna discriminación en cuanto al sujeto activo que tiene posibilidad de solicitar la declaración de quiebra, se podría afectar el monto de recuperación de los créditos. Por ejemplo, un acreedor condicional que únicamente tiene un germen de derecho, podría ver imposibilitado el cumplimiento de su crédito, si al momento de cumplirse la condición, hubieren salido bienes del patrimonio del deudor y éste se hubiese empobrecido. Razón por la cual, se le permite al acreedor condicional, en caso de que se le configure alguna causal del artículo 43, poder solicitar la declaración, en beneficio de su germen de crédito y el de todos los demás acreedores.

19.3. Causal aplicable al deudor calificado (43 N° 1 LQ)

El enunciado del artículo 43 dispone: “Cualquiera de los acreedores, podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos”, y en su primer numeral señala: “Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.”

Para configurarse esta causal deben cumplirse los siguientes requisitos copulativos:

a) Que se trate de un deudor que ejerza una actividad comercial, industrial agrícola o minera:

La mayoría de las actividades económicas de la sociedad, se desarrollan en estas áreas. Pero únicamente son actividades del comerciante -jurídicamente hablando-, la actividad comercial e industrial. La actividad agrícola y minera, al presentar un carácter más extractivo que de intercambio o intermediación, no podrían tener cabida dentro de lo denominado “comercio”, ampliándose el elemento subjetivo del deudor calificado en relación a la antigua Ley 4.558, en que únicamente el comerciante era enmarcado en esta categoría.

b) Que cese en el pago de una obligación con el solicitante de la quiebra:

El término “cesar” empleado en el precepto, no tiene relación con lo discutido por la doctrina respecto del término “cesación de pagos”, entendido como hecho revelador del estado patrimonial del deudor. De tener relación, al acreedor se le añadiría una dificultad adicional probatoria al tener que probar el estado patrimonial del deudor.

Tiene relación el término empleado, “cesar”, con el incumplimiento de una obligación pura y simple o sujeta a una modalidad ya verificada, y que sea líquida y exigible para el deudor.

c) Que la obligación tenga el carácter de mercantil:

La obligación que se ha de incumplir por el deudor, ha de tener un carácter comercial, enmarcado en el artículo 3 del Código de Comercio. Deberá ser probado este asunto, por el acreedor solicitante de la quiebra.

d) Que la obligación conste en un título ejecutivo:

La obligación cesada por el deudor, debe constar en un título ejecutivo, los que son establecidos en el Código de Procedimiento Civil y en algunas leyes especiales, limitándose la concurrencia de esta causal.

Para el profesor Juan Eduardo Palma, esta causal de quiebra es inconsistente con la normativa de quiebra, ya que no respeta el principio de igualdad ante los acreedores, por los siguientes motivos:

- El encabezado del artículo 43 reza: “Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:”, siendo que en la causal del numeral primero de dicho artículo, dispone como exigencia el que se trate de un incumplimiento de una obligación de carácter **mercantil**, lo que significa que el deudor calificado, no necesariamente, realiza este tipo de obligaciones. Pueden también los deudores realizar obligaciones civiles, como ocurre con aquellos que realizan actividades extractivas como lo son los deudores agrícolas y mineros.

- La obligación, según el numeral primero del artículo 43, debe constar en un título ejecutivo, lo cual, es una exigencia adicional que señala el legislador, para que el acreedor pueda accionar la quiebra invocando esta causal.
- Existe un problema en relación a la “Teoría de lo Accesorio”. Lo principal de esta causal, es que se trate de un deudor que realiza actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas, siendo que los requisitos de que la obligación sea mercantil y que conste en un título ejecutivo son accesorias al deudor calificado. Se encuentra una dificultad al presentar obligaciones de este carácter para todos aquellos acreedores que no tengan un deudor comerciante en el que se acostumbran este tipo de obligaciones.
- El acreedor que tenga una obligación mercantil, que conste en un título ejecutivo, se encuentra en mejor condición que aquellos acreedores del mismo deudor, cuya obligación distinta no consta con estas características, privándolos de su igualdad con otros acreedores para accionar la quiebra del deudor. Entonces no es cierto que cualquier acreedor puede solicitar la quiebra de su deudor.

19.4. Causales para todo deudor que deban ser solicitadas por el acreedor

Las causales comunes a todo deudor, son todas las causales establecidas por el legislador, con la salvedad de aquellas que únicamente son aplicables al deudor calificado o a instituciones determinadas e individualizadas por mandato expreso legal.

Se analizarán a continuación, las causales comunes contenidas en los artículos 43, N° 2 y N°3 de la Ley de Quiebras que se tratarán de manera separada.

19.5. Causal del artículo 43, N° 2

El artículo 43, en su numeral dos, indica: “Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas estas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas.”

Para configurar la presente causal de quiebra, se requiere copulativamente:

a) Que existan a lo menos tres títulos ejecutivos y vencidos contra el deudor:

Se exigen tres títulos, que de conformidad al artículo 434 del Código de Procedimiento Civil u otras disposiciones legales, tengan fuerza ejecutiva y sean actualmente exigibles para el deudor. Los títulos ejecutivos y vencidos contra el deudor, no deben pertenecer necesariamente al acreedor. Para que este pueda accionar la quiebra invocando esta causal, basta con que se presenten tres títulos ejecutivos y vencidos ajenos –de otros acreedores-, contra el deudor, protegiéndose así el principio de la *par conditio creditorum* para todos los acreedores, y el interés general, que persigue la quiebra por sobre el interés individual de cada uno de los acreedores.

b) Que provengan de obligaciones diversas:

Este requisito dice relación con el objeto de las obligaciones, que han de ser diferentes. A los títulos ejecutivos se les reconoce el carácter de ser literales, autónomos y abstractos, lo cual tiene su fundamento, en desempeñar su papel en la vida de intercambio comercial.

c) Que se hayan iniciado, a lo menos, dos ejecuciones:

Se entenderán iniciadas las ejecuciones, desde que se ha instado el requerimiento de pago en el que se ha de pedir al tribunal que despache el mandamiento de ejecución y embargo, propio del juicio ejecutivo.

d) Que el deudor no hubiere presentado en todas estas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeuda y las costas:

Este requisito es obscuro en relación a lo que se entiende por la presentación de bienes suficientes, debiéndose aclarar, primeramente, que no es lo mismo que pagar las obligaciones, sino que es una cuestión meramente de hecho que impone una actividad al deudor.

El profesor Álvaro Puelma, ha señalado que a raíz del artículo 22 del Código Civil, la ley debe interpretarse de manera armónica y que los preceptos guarden la debida correlación entre sí; “Por consiguiente, consideramos que si en las ejecuciones se ha realizado un embargo suficiente por indicación del ejecutante, debe entenderse cumplido este requisito legal que estamos tratando. No pensamos así cuando los bienes para la traba de embargo los ha señalado el receptor, a falta de indicación del ejecutante y ejecutado.”⁴⁷

Se cree que, únicamente, se refiere a que el deudor señale los bienes suficientes en su patrimonio, con el cual pueden pagarse a cada una de las obligaciones adeudadas más los intereses y las costas correspondientes de las ejecuciones dentro del cuarto día de la interposición de la acción de quiebra por esta causal. El criterio de “bienes suficientes”, debe ser dirimido por el juez que se encuentra conociendo la causal de quiebra.

⁴⁷ PUELMA ACCORSSI, Álvaro. Ob. cit. p. 39.

19.6. Causal del artículo 43, N° 3

El artículo 43, en el numeral tercero, establece: “Cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas.”

Esta causal es originaria de las legislaciones concursales renacentistas de las distintas ciudades italianas. Se basaba en que, a razón del carácter punitivo que contenía la quiebra en sí misma, muchas veces los deudores para tratar de evitar los castigos y las penas producto de su insolvencia, se ocultaban o fugaban a otros países, siendo entonces una demostración común en aquella época de la insolvencia del deudor y de su necesidad de quiebra.

La fuga u ocultamiento del deudor, es un hecho revelador por sí solo de su imposibilidad de pagar, siendo que no ha dejado personería suficiente para comunicarse y responder a sus acreedores. Es un castigo ante la cobardía del deudor, que se ha fugado u ocultado, un juicio de reproche por no dejar un mandatario con poder suficiente para administrar sus bienes y facultades legales necesarias para responder a los juicios.

19.7. Quiebra de oficio

Son aquellas quiebras, que una vez constatados ciertos presupuestos contemplados por la ley, el tribunal debe declararlas sin más trámite de oficio, y no requieren petición de parte para hacerlo. Son consideradas en su mayoría, como causales de quiebra comunes a todo deudor.

Se pasará a analizarlas a continuación:

19.7.1. Rechazo o desecho del convenio judicial preventivo (artículo 209 II)

El deudor que propone convenio judicial preventivo, con la finalidad de evitar su declaración de quiebra y cumpliendo, en el caso del deudor calificado, con la exigencia impuesta en el artículo 41, confiesa mediante esta proposición, su estado patrimonial crítico.

Debe acompañarse a la solicitud de convenio, la radiografía de su estado patrimonial mediante los documentos pedidos en el artículo 42 de la Ley. Pero, en caso de que no se pueda perfeccionar y no entre en vigencia el convenio ya sea que se rechacen las proposiciones o se deseche el convenio, entonces el juez que conocía la proposición judicial, de oficio, deberá declarar la quiebra.

El artículo 209, inciso II de la Ley Concursal, establece que “Cuando el convenio judicial preventivo haya sido rechazado o desechado en cualquiera de los casos contemplados en el inciso anterior, el tribunal declarará necesariamente la quiebra del deudor, de oficio y sin más trámite.” Debiendo entenderse como rechazado, cuando no ha alcanzado el quórum necesario impuesto por la ley para aprobar el convenio en la Junta de Acreedores –la ley exige el voto favorable de más de 2/3 de los acreedores concurrentes a la junta, representantes de $\frac{3}{4}$ del pasivo con derecho a voto-. Se entenderá también desechado el convenio, cuando se acoja alguna de las causales de impugnación que dispone el artículo 196 de la Ley de Quiebras.

19.7.2. La no presentación de convenio preventivo provocado (artículo 172)

El convenio judicial preventivo, consiste en un acuerdo entre el deudor y su masa de acreedores, que puede versar sobre cualquier asunto lícito con el objeto de evitar la quiebra del deudor.

Sin perjuicio del derecho del deudor de proponer convenio, el artículo 172 entrega la facultad a su acreedor -si se encuentra en los casos del artículo 43, N° 1 o N°2- para solicitar al tribunal competente que ordene al deudor o a su sucesión, formular convenio judicial preventivo dentro de un plazo de 30 días desde la notificación personal. Al cabo de los cuales, de no presentarse la proposición, el tribunal declarará la quiebra de oficio.

19.7.3. Por la petición del Experto facilitador o por rechazo de su cometido (artículo 177 inciso III)

El experto facilitador, es una persona designada por la junta de acreedores, especialmente convocada para este efecto y sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Quiebras. Su labor es entregar un informe en el plazo de 30 días contados desde la celebración de la junta, de la situación legal, económica, contable y financiera del deudor y, proponer con estos antecedentes a los acreedores, un convenio que sea más ventajoso que la quiebra de aquél, o, por el contrario, solicitar al tribunal que declare la quiebra del deudor. En caso de que no cumpliera el experto facilitador su cometido, también se declarará la quiebra del deudor de oficio por el tribunal.

19.7.4. Por no acordarse convenio judicial preventivo dentro del plazo de 90 días que prevé el artículo 177 bis

Por regla general, la proposición de convenio judicial preventivo, no embaraza las acciones de los acreedores que procedan en contra del deudor, lo que deja a salvo a los acreedores para ejecutarlo o solicitar su quiebra. El artículo 177 bis, viene a ser una excepción, según la cual, los convenios judiciales preventivos presentados con el

apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo, tendrá por efecto que el deudor proponente, no podrá ser declarado en quiebra, ni iniciarse ejecuciones en su contra de cualquier clase, ni proseguirse los procedimientos de naturaleza ejecutiva ya iniciados, durante los noventa días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre las proposiciones de convenio. De transcurrir el plazo de noventa días fatales e improrrogables, sin que se haya acordado el convenio, el tribunal declarará de oficio, la quiebra del deudor proponente.

19.7.5. Causal por falta de comparecencia del deudor o su representante a junta llamada para pronunciarse sobre convenio judicial preventivo (artículo 194)

El deudor que no comparece a la junta, personalmente o representado, en que ha de deliberarse la proposición de convenio judicial preventivo, según el artículo 194 de la Ley de Quiebras, será presumido que abandona o rechaza dicha proposición. Deberá de declararse la quiebra por el tribunal, al ser el convenio, un acuerdo que requiere de la voluntad del deudor.

19.7.6. Nulidad o incumplimiento del convenio simplemente judicial o del convenio preventivo (artículo 214)

Una vez que los convenios han de ser aprobados y entren en vigencia, pueden ser declarados nulos por el tribunal, o ser incumplidos por el deudor, lo que provocará la quiebra -en caso de convenio judicial preventivo- o segunda quiebra -en caso de convenio simplemente judicial-.

La misma sentencia que declare la nulidad o incumplimiento del convenio, deberá declarar la quiebra del deudor por el tribunal que lo conoció, de oficio, y sin más trámite.

19.7.7. Rechazo de proposición de cesión de bienes del deudor no comprendido en el artículo 41 (artículo 241)

Esta causal, exclusiva del deudor común, tiene fundamento en la posibilidad que detenta el deudor no calificado, para realizar cesión de bienes a sus acreedores de acuerdo al artículo 1.614 del Código Civil.

Se configura cuando, objetada la cesión de bienes por los acreedores del deudor, el tribunal resuelve dicha quiebra, luego de conocer el asunto mediante las reglas de juicio sumario.

La decisión del tribunal que declare la quiebra del deudor, no es susceptible del recurso especial de reposición, sino que de recurso de apelación.

19.7.8. Quiebra de sociedades (artículo 51)

La quiebra de las sociedades colectivas comerciales y en comandita, acarrear la falencia de los socios solidarios que las componen. En el caso de la sociedad colectiva comercial, conllevaría la quiebra de todos los socios y, en caso de la sociedad en comandita, acarrea la quiebra de los socios gestores, excluyéndose a los comanditarios. A contrario sensu, la quiebra de alguno de los socios no acarrea la quiebra de la sociedad.

20. EFECTOS INMEDIATOS DE LA SENTENCIA DECLARATORIA DE QUIEBRA

Los efectos inmediatos más importantes que trae consigo la sentencia declaratoria de quiebra, se encuentran enumerados en los artículos 64 y siguientes de la Ley 18.175.

La quiebra, supone un estado anormal en la persona del fallido, el cual afecta a los patrimonios de otras personas que se hayan relacionado con él por operaciones mercantiles y civiles. La legislación, para aplacar estos efectos en patrimonios de terceros y velar por la aplicación de la *par conditio creditorum*, establece una serie de medidas preventivas que van dirigidas a distintas personas, que de una u otra forma, tienen presencia en la quiebra y se ven directamente afectadas.

La Ley Concursal, prevé situaciones irregulares que se pueden dar cuando el fallido trata de cumplir sus obligaciones. Exige al juez que conoce la causa, dictar las medidas preventivas que ya ha contemplado el legislador, siendo restricciones o limitaciones al fallido tendientes a evitar fraude a sus acreedores, a que evada sus responsabilidades y que se quiebre la *par conditio creditorum*.

También se establecen medidas que buscan proteger los intereses de los acreedores concursales, lo que sucede en virtud de ser terceros relacionados al fallido. La quiebra, les trae consecuencias directas a su patrimonio al ver su crédito con imposibilidad de cumplimiento íntegro.

21. INCAUTACIÓN Y DESASIMIENTO

En las próximas líneas, se definirá, relacionará y verán los alcances de dos de las más importantes instituciones concursales que son efecto de la sentencia declaratoria y están íntimamente conectadas, como lo son la incautación y el desasimiento del fallido.

21.1. Incautación

El artículo 52, N° 2 de la Ley Concursal, dispone que la sentencia de quiebra debe contener “(...) La orden de que el síndico se incaute de todos los bienes del fallido, sus libros y documentos bajo inventario (...)”.

La quiebra en Chile, sigue teniendo un significado punitivo para el deudor, lo que se demuestra –entre otras cosas- en la elección por el legislador del vocablo **incautar** y los efectos que ello trae consigo.

La palabra en Latín *incautare*, significa la fijación de una pena pecuniaria, por lo cual, esta institución debe ser entendida, desde sus orígenes hasta estos días, como un castigo para el fallido.

Este castigo consiste en privar al fallido de la **tenencia** material de sus bienes que son objeto de la quiebra, que pasarán por mandato legal, a ser custodiados por el síndico, sin importar la voluntad del fallido de entregarlos o no. Es la propia sentencia de quiebra, la que señala el mandamiento de privación de bienes del fallido.

En este mismo sentido punitivo, se define **incautarse** en el Diccionario Real de la Academia Española, en las siguientes palabras: “Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción

administrativa. Cuando hay condena firme se sustituye por la pena accesoria de comiso.”

Si el legislador, no hubiese elegido este sentido punitivo para la entrega de bienes judicial que ha de hacer el fallido, habría mantenido el vocablo, **ocupar judicialmente**, tal como era utilizado en el antiguo artículo 1.530, N° 3 del Código de Comercio.

En un sentido errado, existe alguna doctrina nacional que ha establecido que incautar consiste en “(...) la toma de posesión por parte del síndico, que se ha designado, de los bienes del fallido (...)”⁴⁸, lo cual, implicaría que la incautación, es la **desposesión** de los bienes del mismo, producto de la quiebra. Se debe establecer esta afirmación como errada, siendo refutable, por el simple hecho, que el síndico nunca posee los bienes del fallido. Se demuestra la falta de posesión del síndico -ente otras cosas-, por el mandato legal, donde se le impone la prohibición de hacerse dueño posteriormente de bienes del fallido en su liquidación, dando lugar este hecho, tanto a responsabilidad civil como penal (artículo 38 de la Ley de Quiebras⁴⁹). Además, la incautación no es concebida como un título traslativo de dominio y el síndico, no se apodera de las cosas con el ánimo de hacerlas suyas.

La incautación, por tanto, trae como consecuencia la pérdida de la tenencia material del fallido sobre sus bienes que entran en el concurso.

Para efectos de la quiebra, podemos definir la incautación como la consecuencia inmediata de la sentencia declaratoria de quiebra que consiste en la pérdida de la tenencia material y privación de los bienes de la masa activa del fallido, que pasan al síndico titular, por razones de interés público.

⁴⁸ ROMÁN RODRIGUEZ, Juan Pablo. Instituciones del Derecho Concursal. Efectos de la Quiebra, Editorial Lexis Nexis, 2004, Chile, p. 6.

⁴⁹ Artículo 38. El síndico que se concertare con el deudor, con algún acreedor o tercero para proporcionarle alguna ventaja indebido o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, salvo que cualquiera de los actos delictuosos que hubiere cometido en el desempeño de su cargo tuviere asignada mayor pena, pues entonces se aplicará ésta. Será, además, castigado con inhabilidad especial perpetua para ejercer el cargo de síndico.

La responsabilidad civil del síndico, que alcanzará hasta la culpa levisima, se perseguirá en juicio sumario y sólo una vez presentada la cuenta definitiva.

La incautación, es posible de explicar formalmente como una medida de naturaleza cautelar y coercitiva que tiene efectos “*erga omnes*”.

Tiene una naturaleza cautelar, ya que por medio de la incautación, se obliga a todos quienes tengan un bien del fallido a entregarlo al síndico, y se evita que los acreedores o terceros del quebrado, puedan ejercer acciones por separado a la masa sobre determinados bienes, protegiendo el principio de la *par conditio creditorum* que es tutelado por la Ley en el artículo 2.469 del Código Civil.

También, tiene una naturaleza coercitiva, porque la privación de los bienes del fallido que se realiza en virtud de la incautación, tiene fundamento en los malos negocios que ha realizado el fallido, que no lo hacen digno de confianza para seguir manteniendo sus bienes junto a él, debiéndosele privar de ellos mediante un mandato judicial.

21.2. Desasimiento

El artículo 64, de la Ley 18.175, indica como principal efecto de la sentencia declaratoria de quiebra, el desasimiento. Se consagra en su inciso I, que “(...) el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, salvo aquellos que sean inembargables (...)”, el inciso II del mismo artículo, es claro al señalar que el desasimiento no transfiere el dominio de los bienes del fallido a los acreedores, sino, sólo la facultad de disponer de ellos y sus frutos hasta el pago de sus créditos.

El efecto del desasimiento, se produce en el momento mismo de la dictación de la sentencia de quiebra, y aún antes de ser notificada al fallido (artículo 64, de la Ley de Quiebras). Esto parece ser contrario a las reglas comunes de procedimiento (artículo 174 y 231 del Código de Procedimiento Civil).

La explicación del porqué la sentencia declaratoria de quiebras produzca sus efectos aún antes de su notificación, es en virtud de que la continuación de la espera de dicha notificación, conlleva un riesgo para el patrimonio del fallido. Como bien ha explicado Ricardo Sandoval, que “(...) por el peligro que se sigue de la demora en la notificación del fallido, pues el desasimiento afecta a terceros, ya que todas las leyes reconocen la imposibilidad de celebrar los actos y contratos relativos a la masa desde el momento que la quiebra afecta al fallido.”⁵⁰

El síndico, sería una especie de representante legal⁵¹ del fallido, que puede ejercer actos de administración y disposición sobre los bienes que se comprenden en la quiebra, con el objeto de hacer pagar las obligaciones a la masa de acreedores. El representado, que en este caso sería el fallido, no podría administrar ni disponer de sus bienes por causa de una inhabilitación que lo afecta producto de la sentencia y por expresa disposición del artículo 64 de la Ley Concursal.

En cuanto a la naturaleza jurídica del desasimiento, esta ha sido objeto de una discusión doctrinaria a nivel mundial que lleva más de un siglo de vigencia, en que todavía se está lejos de la uniformidad doctrinal y jurisprudencial.

Se podría pensar, que la naturaleza jurídica del desasimiento, desde una mirada sustantiva, es de una naturaleza mixta, en que por una parte al fallido le opera una **inhibición** para administrar y disponer de los bienes concursales y por otra parte, existe una relación entre el fallido y el síndico de carácter de **representación legal**.

La voz **inhibición** no es sinónimo de **inhabilitar**⁵² y no está definida por la ley. En el Código de Comercio, se recurre una sola vez a este vocablo en el artículo 392⁵³. A pesar de no entregar definición, si está utilizada la palabra en un sentido similar al del artículo 64 de la Ley de Quiebras.

⁵⁰ SANDOVAL, Ricardo. Ob. cit., p. 84.

⁵¹ La institución del mandato es de carácter convencional, por tanto el síndico no puede ser mandatario del fallido. En la quiebra, es el Tribunal mediante la sentencia declaratoria de quiebra el que ordena la administración de los bienes del fallido.

⁵² De la voz “*inhabilitar*” se desprende una falta de capacidad que en Derecho de Quiebras no existe, ya que el fallido mantendrá intacta su capacidad. Ver Teorías sobre la naturaleza jurídica del desasimiento.

⁵³ Artículo 392 del Código de Comercio: Delegada la facultad de administrar en uno o más de los socios, los demás quedan por este solo hecho **inhibidos** de toda injerencia en la administración social.

Es posible aproximarse al sentido legal del vocablo inhibición, mediante estos dos artículos en conjunto, que parecieran indicar la pérdida de facultades sobre un patrimonio, sea el de una persona jurídica o del propio. Por tanto, el desasimiento como inhibición, implica la pérdida de las facultades de administrar y disponer sobre el patrimonio del fallido.

Sin perjuicio de lo anterior, el traspaso de las facultades de disponer y administrar al síndico y a la masa de acreedores, produce que no se agote en la inhibición la naturaleza jurídica del desasimiento. También se tiene que considerar su naturaleza desde el punto de vista de a **quién** se le traspasan las facultades y bajo **qué** alcances, por cual, el desasimiento, tiene además, una naturaleza jurídica de representación legal⁵⁴.

El desasimiento entrega una representación legal al síndico, tanto para la administración, como para la disposición de dichos bienes. Con respecto de la administración de estos bienes, la representación que ejerce el síndico es sumamente simple y se expresa claramente en la ley. Pero en relación a la disposición, la ley en primer orden, por el artículo 64, inciso II de la Ley Concursal, se la entrega en general a la masa de acreedores y en menor medida al síndico, ya que se debe recordar que la masa de acreedores, es representada por el síndico, según lo expresado por el inciso I, del artículo 27, de la Ley 18.175⁵⁵.

Por representación legal, se entiende la facultad que tiene una persona para obrar en nombre de otra con los poderes y facultades que son otorgados por la ley. En la legislación, no se define esta institución, pero en el Código de Comercio y Código Civil es sumamente utilizada. Como ejemplo de lo anterior, en el artículo 398 del Código de Comercio, se dispone que los administradores de una empresa, tienen la representación legal de ésta en un juicio.

⁵⁴ La Ley de Quiebras, en el artículo 64, inciso III, proporciona expresamente la facultad de administración de los bienes del fallido al síndico. Con respecto a la facultad de disposición de los bienes del fallido, esta es entregada a la masa de acreedores en el inciso II de dicho artículo.

⁵⁵ Art. 27. El síndico representa los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra (...).

21.3. Relación de la incautación con el desasimiento

En vista que estas dos instituciones ya han sido enmarcadas, definidas y esclarecidas, es que se debe disponer que tanto la incautación como el desasimiento, no son estrictamente de una naturaleza jurídica, sino, que al ser propias de la legislación concursal y presentar caracteres únicos e incluso contrarios a las normas generales - como por ejemplo, que el desasimiento opere antes de la notificación al fallido-, es que presentan características que las hacen asimilables a muchas otras instituciones. Tales como la del embargo, a las medidas precautorias, incapacidades, etc.

Con el trabajo analítico anterior, se ha pretendido enmarcarlas de manera de mantener la singularidad de la institución de la quiebra, pero sin desconocer la existencia de ciertas semejanzas que pueden presentarse con otras instituciones.

En relación con la incautación, que se ha señalado con anterioridad su naturaleza cautelar, se puede establecer, que es diferente y no consecuente al desasimiento. No representa ningún acto de administración ni disposición en sí mismo y, aun cuando sea verdadero que ambas instituciones presentan este carácter cautelar, se debe instituir que son dos medidas separadas, que se encaminan al mismo fin de dar cumplimiento, a los créditos de los acreedores.

21.4. Teorías sobre la naturaleza jurídica del desasimiento

Como se ha expresado anteriormente, existe una gran discrepancia en las legislaciones comparadas respecto de la naturaleza jurídica del desasimiento. Así, en la legislación francesa, lo asemejan a la idea de fraude; la legislación alemana, lo explica como un derecho real que adquiere la masa de los acreedores respecto de los bienes del fallido; los tribunales en todo el mundo, cambian su criterio a lo largo del

tiempo y; la doctrina, desarrolla innumerables teorías respecto del tema en cuestión, que hasta hoy no ha sido unificado, siguiendo en pie tanto las teorías modernas, como las más primitivas.

Se analizarán a continuación, las diferentes teorías que han causado revuelo respecto de la institución del desasimiento, sin perjuicio de existir muchas otras.

a. Teoría de la expropiación

Procura explicar el desasimiento, como una expropiación de los bienes del fallido que estén sujetos al concurso, pasando a manos de la masa de acreedores y privándose al deudor de la propiedad sobre su haber concursado.⁵⁶ Por ende, impide cualquier tipo de atribución que pudo haber tenido el fallido sobre su propiedad tanto de uso, goce y disposición de estos bienes.

- **Crítica:**

Esta postura no puede ser considerada válida en nuestro Ordenamiento Jurídico, debido a que el fallido conserva el dominio de sus bienes. Lo anterior, se induce del tenor del artículo 64 inciso II de la Ley de Quiebras, al expresar que el desasimiento no transfiere⁵⁷ la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores, sino la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse de sus créditos. De tal manera que, si una vez satisfechos todos los créditos de los acreedores hay un excedente o remanente, estos pertenecerían al fallido.

⁵⁶ PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho Concursal, El Juicio de Quiebras, Tomo II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Chile, p. 435.

⁵⁷ Juan Esteban Puga Vial postula un alcance diferente de la voz transferir que establece el art. 64, se cita: "Con respecto de la expresión "transfiere" que utiliza el art. 64 de la LQ, se ha "entendido que es una locución figurativa o metafórica, ya que la ley no transfiere la facultad de disposición a los acreedores sino que crea para la colectividad de los acreedores un poder de disposición (...) Es cierto, pues el fallido siempre puede disponer en ejercicio de los atributos del dominio de que es titular, por lo que podemos postular una coexistencia de facultades de disposición". PUGA VIAL. Juan Esteban. Ibid., p. 435.

b. Teoría de la incapacidad:

Se pretende explicar el desasimiento, como una incapacidad que afecta al fallido en razón de la sentencia declaratoria de quiebra. Por tanto, todos los actos, obligaciones y contratos del fallido serían sancionados con la nulidad relativa. La nulidad por incapacidad, es una sanción propia de los actos de las personas carente de suficiente juicio o discernimiento o que son incapaces de obligarse según las leyes, lo cual no es posible de conceder al fallido.

- **Crítica.**

Hoy en día, la sanción para los actos y obligaciones que realiza el fallido una vez declarada la quiebra, es la inoponibilidad y no la nulidad, por tanto, esta teoría ha de quedar obsoleta.

Es de recordar también, que las incapacidades se establecen como una protección a las personas, en cuyo beneficio las han constituido las leyes⁵⁸. La limitación de la disposición de los bienes del fallido, ha sido establecida a favor a la masa de acreedores y no a favor de éste.

Por otra parte, es el propio artículo 73 de la Ley de Quiebras, el que se encarga de expresar que “(...) la declaración de quiebra no priva al fallido del ejercicio de sus derechos civiles, ni le impone inhabilidades, sino en los casos expresamente determinados por las leyes (...)”, por lo cual, no es posible entender la naturaleza jurídica del desasimiento en virtud de la capacidad del fallido, ya que no hay relación alguna de los aspectos subjetivos del deudor, entendiéndose que el desasimiento tiene una naturaleza de base objetiva o sustancial.

⁵⁸ LE-FORT CAMPOS, Guillermo. Los efectos de la quiebra en algunos contratos en curso de ejecución”, Universidad de Chile, Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad de Chile, 1953, Chile, p. 1.

c. Teoría de la indisponibilidad del activo en relación con la masa⁵⁹

Se postula, que la sentencia declaratoria de quiebra, sitúa los bienes que se le inhibieron al fallido, en una relación de Derecho Público con el Estado. Es la Administración la que procederá a realizarlos para la satisfacción de los créditos de los acreedores del fallido, entregándole al Derecho Concursal, un carácter eminentemente público. Es el Estado un actor fundamental en la quiebra, que resguarda los intereses de la masa de acreedores ante la cesación del fallido.

- **Crítica**

Esta teoría, debe ser rechazada de plano por el carácter privado en que se envuelve a la institución jurídica de la quiebra en nuestro Ordenamiento Jurídico⁶⁰. El síndico, que es un sujeto privado, a pesar de ser auxiliar de la administración de justicia, tiene un papel superior de representar al fallido y a la masa de acreedores en el concurso. Además, las relaciones que se producen en la quiebra, tienen una raíz u origen privado, que son las obligaciones patrimoniales que adquirió el fallido con sus acreedores, las cuales se rigen en este caso por el Derecho Común y Mercantil.

d. Teoría de la prenda universal

Se afirma que el desasimiento crea para la masa de acreedores del fallido, una garantía real sobre los bienes concursales, garantizando sus créditos y el pago de estos en la quiebra. Los acreedores, tendrían una prenda universal sobre estos bienes concursales. Esta teoría, es la contrapartida al derecho de prenda general en sede civil, asimilándose, en sede concursal en virtud del principio de universalidad.

⁵⁹ LE-FORT CAMPOS, Guillermo. Ob. cit., p. 2.

⁶⁰ Que la quiebra sea una institución con un carácter privado, es diferente a desconocer el orden público que atañe a esta institución.

A pesar de que las garantías son constituidas para asegurar el pago de las obligaciones antes del incumplimiento, esta doctrina, establece que la prenda universal que se genera sobre estos bienes de la quiebra, nace para garantizar las obligaciones concursales.

Esta teoría presenta varias inexactitudes, olvida las preferencias de los créditos que pueden tener los acreedores concursales y los derechos reales que ellos pueden tener sobre bienes que ingresan al desasimiento.

e. Teoría del embargo colectivo de todos los bienes

La doctrina mayoritariamente se ha inclinado por señalar que el desasimiento cumple con la misma naturaleza procesal que el embargo, por su correspondencia estructural. Es inequívoca la naturaleza jurídica procesal de la quiebra, al únicamente imponer formalidades jurisdiccionales para proveer el pago de los acreedores, respetando la *par conditio creditorum*⁶¹, siendo un proceso ejecutivo universal y colectivo, sin contemplar un carácter materialista, por no crear obligaciones ni derechos para las partes.

A pesar de que el Código de Procedimiento Civil no define la institución del embargo, la doctrina y jurisprudencia lo ha definido ampliamente. Así, el profesor Cristián Maturana define el embargo como: “(...) es un acto jurídico procesal que tiene por objeto asegurar el resultado de la pretensión deducida, afectando determinados bienes al cumplimiento de la sentencia que en el procedimiento ejecutivo se dicte.”⁶² Por su parte, la jurisprudencia lo ha definido en diferentes ocasiones; una de las definiciones señala que el embargo es “(...) la aprehensión compulsiva que el juez de la causa hace de bienes determinados del deudor, con el objeto preciso e inmediato

⁶¹ PUGA VIAL, Juan Esteban. Ob. cit. Tomo I. p.169.

⁶² MATURANA MIQUEL, Cristián. Los incidentes, el Juicio Sumario, Juicio de Arrendamiento de bienes urbanos, Juicio Ordinario Menor y Mínima Cuantía, el Juicio Ejecutivo, Juicio de Hacienda, Procedimiento Arbitral y Asuntos Judiciales no contenciosos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Separata N° 05024, 2007, Chile, p. 209.

(...) de enajenarlos para aplicar su valor al pago de la deuda con sus intereses y costas”⁶³. Entonces el embargo presenta como características:

a) Emanan de una resolución judicial denominada “Despáchese mandamiento de ejecución y embargo” en el cuaderno ejecutivo, que es una verdadera auto-orden para que el tribunal dicte la resolución “mandamiento de ejecución y embargo” en el cuaderno de apremio, Este mandamiento, si se oponen excepciones por el ejecutado, tendrá el carácter de una sentencia interlocutoria de segundo grado. Pero de no oponerse, el artículo 472 del Código de Procedimiento Civil, señala: “Si no se oponen excepciones, **se omitirá la sentencia** y bastará el mandamiento de ejecución para que el acreedor pueda perseguir la realización de los bienes embargados y el pago, de conformidad a las disposiciones del procedimiento de apremio”, por lo que hará de sentencia definitiva.

b) Se deben embargar bienes suficientes del deudor para el pago de la deuda, los intereses y costas, siempre preservándose el principio de suficiencia. Al respecto, Montero Aroca considera que si un firmante de la Letra de Cambio “(...) consigna o se le embargan bienes suficientes, no será necesario embargar a los demás, aunque deberá hacerseles el requerimiento de pago y la citación para el remate e incluso habrán de quedar todos incluidos por si acaso.”⁶⁴

El deudor no pierde su derecho de propiedad por sobre los bienes embargados, sino su administración, que será tarea del depositario. Además, la facultad de disponer de ellos pasará al órgano jurisdiccional, que deberá dar la autorización al depositario para rematarlos.

c) Se designa un depositario por el acreedor, pudiendo ser un tercero o el mismo deudor -como ocurre generalmente-.

d) El embargo, tiene por finalidad coercitiva, pagar al acreedor su deuda, intereses y costas, con el resultado de la ejecución de los bienes.

⁶³ Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de Diciembre de 1934, Fuentes con Chávez, Considerando 1°.

⁶⁴ MONTERO AROCA, Juan. “Derecho Jurisdiccional”, Tomo II, Proceso Civil II, Editorial Tirant lo Blanch, 2011, España p. 232.

Los sostenedores de esta teoría, que asimila el desasimiento con el embargo en su naturaleza jurídica, comparten el elemento de la esencia de estas dos instituciones, siendo que los bienes del ejecutado o fallido, han de ser destinados al pago del o los acreedores.

Sin lugar a duda, el embargo como institución, contiene su fundamento en los intereses particulares de un acreedor. En cambio, el desasimiento, es una institución fundada en el interés general de todos los acreedores que persigue cautelar la quiebra, razón por la cual, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han apellidado a esta asimilación del embargo como “**colectivo**”, para hacer alusión al carácter de afectar y cautelar a todos los acreedores y todos los bienes del fallido comprendidos en el desasimiento.

También se asemejan estas dos instituciones, en la privación que ha de sufrir el deudor en virtud de la resolución que declare su embargo o el desasimiento.

- **Crítica.**

El embargo y el desasimiento, presentan una gran similitud referente a la finalidad de los bienes que se afectan del deudor para pagar sus deudas, intereses y costas a los acreedores. Pero, es por las múltiples diferencias que presentan, que no es posible de asimilar totalmente en naturaleza jurídica a estas dos instituciones, que de pasar por alto se desnaturalizaría la institución del desasimiento.

Como primera gran diferencia, se encuentra el fundamento de ambas instituciones. El embargo, se funda en el interés particular del acreedor como una medida coercitiva ante un incumplimiento del deudor. Mientras que el desasimiento, se funda en el interés general de toda la masa de acreedores.

En relación a los bienes que se afectan por el embargo, rige siempre el principio de la suficiencia. Este recaerá, únicamente, en los bienes que sean necesarios para pagar

la deuda, intereses y costas. En cambio, el desasimiento, afecta todos los bienes del deudor comprendidos en el desasimiento.

En cuanto a la persona a la que le corresponde la administración de los bienes del deudor, en el embargo es el depositario, que puede ser un tercero, nombrado por el acreedor o el juez, o el mismo deudor como ocurre generalmente. En cambio, en la quiebra, los bienes serán siempre administrados por el síndico.

Con respecto a las facultades del administrador en el embargo, el depositario no es un representante legal del deudor, razón por la cual, no puede usar y gozar del bien en nombre de éste, siendo un mero **secuestre** (artículo 2.249 Código Civil). En cambio, en virtud del desasimiento, el síndico se hace representante legal del fallido.

En relación al perfeccionamiento del embargo, este se realiza por la entrega simbólica o real de los bienes embargados que el ministro de fe hace al depositario (artículo 443, inciso I, del Código de Procedimiento Civil). En cambio, el desasimiento se perfecciona por la sola dictación de la sentencia de quiebra. Entonces, de asimilarse el desasimiento con el embargo, correspondería considerar como parte del desasimiento, la incautación de bienes que ha de realizar el síndico en la quiebra.

Sobre los efectos de la venta de los bienes, si se enajena una cosa embargada, hay objeto ilícito en este acto, siendo la sanción la nulidad absoluta (artículo 1.464 y 2.467 del Código Civil). En cambio en los bienes afectos al desasimiento, su enajenación por el fallido, produce la inoponibilidad para la masa de acreedores (artículo 72 Ley de Quiebras).

Por último, el desasimiento es superior a los embargos, al ser de orden público y una institución de un procedimiento especial y cautelar como lo es la quiebra (artículo 70, inciso final de la Ley 18.175)⁶⁵.

⁶⁵ PUGA VIAL, Juan Esteban. Ob. cit. Tomo II, p. 444.

22. LA INOPONIBILIDAD RESPECTO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL FALLIDO SOBRE BIENES DE LA MASA

Según prevé el artículo 72, de la Ley de Quiebras: “Son inoponibles los actos y contratos que el fallido ejecute o celebre después de dictada la sentencia que declara la quiebra, con relación a los bienes de la masa, aun cuando no se hayan practicado las inscripciones en los registros respectivos del Conservador de Bienes Raíces”.

Como se ha explicado, la situación del fallido, difiere a la situación de un incapaz. Razón por la cual, los actos y contratos que éste realice, cumplen todos los requisitos objetivos de validez y no pueden ser nulos o anulables. Pero, es en virtud de la sentencia de quiebra, del desasimiento y del principio de la *par conditio creditorum*, que el fallido no puede realizar actos que resulten perjudiciales a la masa de acreedores, siendo inoponibles para ellos.

Como explica el argentino Raymundo Fernández: “Los actos y contratos que el fallido realice estando desapoderado, si son objetivamente perfectos por contar con todos los elementos esenciales y presupuestos legales -entre los cuales se halla la capacidad jurídica o de derecho del fallido, que sigue siendo titular y propietario de los bienes sometidos a desapoderamiento-, por una cuestión externa al acto o contrato, la existencia de la quiebra declarada, resultan ineficaces o, más precisamente, inoponibles a la masa de acreedores”⁶⁶.

Anteriormente, en la Ley 4.558, artículo 59, se optaba por la nulidad de estos actos y contratos posteriores a la sentencia que ejecutara el fallido. En la actualidad, el legislador ha optado por la inoponibilidad, en razón de que la finalidad del legislador es proteger a los terceros y a los acreedores de los efectos de los actos del fallido. Si se declara el acto inoponible, entonces se atacarían los efectos del acto o contrato, pudiendo los acreedores recuperar el bien, pero sin desconocer la eficacia del acto.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ, Osvaldo. Tratado Teórico-práctico de Derecho Comercial, Tomo III-A., Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993, p. 46.

23. FIJACIÓN IRREVOCABLE DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES

El artículo 66, de la Ley de Quiebras indica, que “La sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían el día del pronunciamiento, sin perjuicio de los casos especialmente previstos por la ley”.

Una vez que se ha declarado la quiebra, los créditos de los acreedores quedan constituidos conforme a los derechos que les correspondían a la época de la dictación de la sentencia. Se inmoviliza el pasivo de la quiebra, sin poderse alterar bajo ninguna circunstancia, por lo que ningún acreedor puede pretender obtener un beneficio de mejoramiento de su crédito, rompiendo el equilibrio que se ha conformado en virtud de la sentencia y los créditos que les pertenecieren.

Esta regla no es de carácter absoluto, encontrando dos excepciones: a) compensación de las obligaciones conexas (artículo 68, inciso II) y b) acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios.

24. EXIGIBILIDAD ANTICIPADA DE LAS DEUDAS DEL FALLIDO

El que las deudas del fallido se hagan exigibles en virtud de la quiebra, es una aplicación del artículo 1.496 del Código Civil que dispone: “(...) el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es al deudor constituido en quiebra o en notoria insolvencia”, lo cual es reafirmado por la Ley de Quiebras en su artículo 67, inciso I, que señala: “En virtud de la declaración de quiebra, quedan vencidas y exigibles, respecto del fallido, todas sus deudas pasivas, para el solo efecto de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra y percibir los dividendos que correspondan al valor actual de sus respectivos créditos, con más los reajustes e intereses que les correspondan, desde la fecha de la declaratoria”.

Este efecto, únicamente rige para aquellas obligaciones en que el fallido es deudor, pero no respecto de aquellas obligaciones en que se sitúa como el acreedor, siguiendo sujetas a los plazos y modalidades que inicialmente se convinieron.

La exigibilidad anticipada, es posible de justificar desde dos sentidos distintos pero relacionados⁶⁷:

a) En virtud de la pérdida de confianza: Que los plazos y modalidades de las obligaciones, han de ser acordados en razón de la confianza que inspira el deudor, siendo que la quiebra viene a demostrar que esa confianza no es fundada y por tanto todo lo que fue consecuencia de ella debe desaparecer, tal como los plazos y modalidades de las obligaciones que se realizaron con el fallido.

b) En virtud de interés colectivo: Se argumenta que para resguardar el interés colectivo que envuelve a la quiebra, se requiere de una liquidación general e inmediata para satisfacerlo. Para lo cual, por razones prácticas, es necesario que todas las deudas del fallido queden vencidas y exigibles, ya que de otra manera, el procedimiento de quiebra, no respetaría la *par conditio creditorum* al pagar únicamente a aquellos acreedores que tengan sus créditos exigibles.

⁶⁷ Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart, aciertan al establecer las diferentes aristas que fundamentan este principio de exigibilidad de los plazos de las deudas del fallido, disponen que el fundamento que ha inspirado al legislador para establecer la exigibilidad de las deudas del fallido, son de carácter jurídico, lógico, práctico y de equidad. Señalan al respecto: "En efecto, hay una razón **jurídica** por la cual es dable que pueda exigirse el pago de una obligación a plazo antes que se produzca su vencimiento, en la norma del artículo. 1496, N°1 del Código Civil, que rige la caducidad del plazo respecto del deudor constituido en quiebra o que se halle en estado de notoria insolvencia.

Hay, asimismo, en la aplicación de este efecto un motivo que es **lógico**, como quiera que si el deudor obtuvo del acreedor un plazo para dar cumplimiento a sus obligaciones, fue porque el acreedor depositó confianza en la persona del deudor, pero al ser declarado en quiebra no se justifica que perdure esa credibilidad que se tuvo en él.

Además, tiene esta disposición un significado que es **práctico**, si se advierte la complicación que se traería consigo en el juicio de quiebra liquidar los créditos, aguardando los plazos de vencimiento de los diferentes créditos que se invocasen en el concurso.

Por último, no puede sustraerse este efecto al principio de **equidad en que descansa y que se impone** para cautelar la *par conditio creditorum*, dado que sería un contrasentido pagar ciertos créditos primeramente que otros, sancionándose todavía en términos más injustos a los que estuvieron de más buena fe, al haberle dispensado más confianza al deudor en relación con los otros que no le dieron crédito para pagar sus deudas." GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. El Derecho de Las Quiebras", ob. cit. p. 223-224.

25. SE SUSPENDE EL DERECHO DE LOS ACREEDORES PARA EJECUTAR INDIVIDUALMENTE AL FALLIDO

El artículo 71, de la Ley 18.175 dispone: “La declaración de quiebra suspende el derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido, pero los acreedores hipotecarios y prendarios podrán iniciar o llevar adelante sus acciones en los bienes afectos a la seguridad de sus respectivos créditos”. Se desprende de este artículo, la suspensión del derecho de los acreedores para llevar a cabo juicios ejecutivos paralelos o individuales en contra el fallido – más no la extinción de este derecho-. Aun así, es posible que lleven a cabo juicios de carácter declarativos o constitutivos en su contra mientras se prolongue la quiebra, ya que la ley únicamente prohíbe las ejecuciones que son de carácter de condena.

Esta suspensión rige hasta el sobreseimiento temporal del fallido, en la cual los acreedores, de no haber visto satisfecho íntegramente sus créditos con moneda concursal, podrán ejecutarlo libremente.

Se funda la suspensión del derecho de ejecuciones en el principio de la *par conditio creditorum*, ya que el concurso al dirigirse contra todos los bienes del deudor comprendidos en el desasimiento y abarcar a todos los acreedores, es incompatible con la realización personal de alguno de ellos, lo cual, únicamente acarrearía la desintegración del patrimonio del deudor.

La suspensión de ejecuciones por parte de los acreedores, tiene como excepción legal la que dice relación con los acreedores hipotecarios, prendarios y retencionarios. El fundamento de esta excepción, es el especial carácter que tienen estas garantías reales entregado por su propia definición. El artículo 577 del Código Civil, señala: “Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”. Las garantías reales son una excepción a la suspensión, porque no están relacionadas con la persona del fallido, sino que directamente con el bien, y el desconocer este carácter, sería desconocer su existencia misma.

Ahora bien, los acreedores prendarios, hipotecarios y retencionarios, tienen dos acciones: a) La acción personal que lo vincula al deudor y que recae sobre la prestación principal, la cual si se suspende, y b) La acción real proveniente de la garantía, derivada de una acción accesoria y real, que no queda afectada a esta suspensión.

26. SE IMPIDEN LAS COMPENSACIONES QUE NO HAYAN OPERADO POR EL SÓLO MINISTERIO DE LA LEY

La compensación, es la facultad que tienen los titulares recíprocos de créditos, para extinguir sus obligaciones por las cantidades concurrentes y vencidas hasta el menor valor. Requiere para su operación, que los créditos de ambos titulares sean en dinero u otras cosas fungibles o indeterminadas, de igual género y calidad, que sean líquidos y exigibles.

El artículo 69, de la Ley de Quiebras dispone: “La declaración de quiebra impide toda compensación que no hubiere operado antes por el ministerio de la ley, entre las obligaciones recíprocas del fallido y acreedores, salvo que se trate de obligaciones conexas, derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos.”

Con la excepción de que los créditos hayan reunido las características que señala el artículo 1.656 del Código Civil antes de la declaratoria. En esa situación, sí son válidas las compensaciones, porque han de ocurrir automáticamente antes de la quiebra, aun cuando las partes no hayan tenido conocimiento de ello.

La razón del legislador concursal de prohibir las compensaciones, se fundamenta:

- a) En un sentido objetivo: el desasimiento y la inhibición que la quiebra implican al fallido es contraria a la administración por su persona de sus bienes, y

siendo la compensación un modo de extinguir las obligaciones, tiene que estar prohibida.

- b) En un sentido subjetivo, las compensaciones que podría realizar el fallido traerían perjuicio a la masa de acreedores y al principio de la *par conductio creditorum*.

La única forma en que los acreedores pueden ver satisfechos sus créditos, cuando el deudor fallido se encuentre en estado de quiebra, es a través de los dividendos de la quiebra. Claro Solar indica al respecto de la prohibición de la compensación: “La razón determinante de estas disposiciones está en que la declaración de la quiebra o concurso impide al mismo tiempo que el deudor fallido pague a uno de sus acreedores en perjuicio de los demás, y desde que no puede pagar sino en la forma de dividendos repartidos a prorrata entre los acreedores que no gozan de preferencia, no puede tampoco compensar”⁶⁸

Existe una excepción a este impedimento de compensación en la quiebra, que dice relación con las obligaciones conexas. Las obligaciones de carácter conexo, son aquellas que provienen de un mismo contrato o negocio. En caso de quiebra, operará la compensación en ellas, aun cuando esas obligaciones sean exigibles en diferentes plazos. La ley establece como ejemplos de obligaciones conexas, a los futuros, opciones, swap y forwards (artículo 69 inciso II).

27. ACUMULACIÓN DE LOS JUICIOS

El artículo 70, inciso I, de la Ley 18.175, expresa: “Todos los juicios pendientes contra el fallido ante otros tribunales de cualquiera jurisdicción y que puedan afectar sus bienes, se acumularán al juicio de la quiebra. Los nuevos juicios que se entablen contra la masa se sustanciarán también ante el tribunal que conozca la quiebra.” Este

⁶⁸ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, 1939, Chile, p. 515.

mandato legal de acumulación, tiene su fundamento en el principio de **universalidad** que envuelve a la quiebra. El legislador, impone al juez que conoce la quiebra, ver todas las causas relacionadas con los bienes del fallido. De otra forma, se dificultaría la repartición y respeto de los créditos, afectando la igualdad de los acreedores.

Como consecuencia de la acumulación de juicios, que trae la quiebra, son afectados tanto los juicios pendientes, como los nuevos juicios que se dirijan al fallido cuyo objeto recaiga sobre los bienes comprendidos en el desasimiento.

En virtud de este efecto de la sentencia, se alteran las reglas de la competencia relativa.

La competencia relativa, dice relación con la determinación de un tribunal dentro de una jerarquía competente para conocer algún asunto específico, siendo el elemento para establecerlo, el territorio del tribunal. Se afectan las reglas de competencia relativa, toda vez que se acumulen causas que estén conociendo asuntos relacionados con los bienes de la quiebra en tribunales distintos, siendo que se acumularan a la causa de quiebra.

En los casos que dispone el artículo 70 de la Ley N° 18.175, respecto a las excepciones a la acumulación de los juicios en virtud de la quiebra, es que no rige la acumulación en:

- a) Aquellos juicios en que el fallido es demandante.
- b) Los juicios que no digan relación con los bienes afectos a la quiebra, como por ejemplo, los juicios de divorcio, reconocimiento de la paternidad, adopción, etc.
- c) Gestiones judiciales de carácter no contencioso.

28. FORMACIÓN DE LA MASA DE ACREEDORES

El artículo 2º, de la Ley Concursal señala que “La quiebra produce para el fallido y todos sus acreedores un estado indivisible. Comprenderá, en consecuencia, todos los bienes de aquél y todas sus obligaciones aun cuando no sean de plazo vencido, salvo aquellos bienes y obligaciones que la ley expresamente exceptúe”.

Los acreedores pasan a formar una sola entidad sin personalidad jurídica, uniéndose todos sus créditos para efectos de su pago por los mecanismos de la quiebra, con el objeto de respetar la igualdad de acreedores y poder tomar las decisiones como una comunidad que le sean más convenientes. La masa de acreedores es representada por el síndico.

CAPÍTULO III. OBLIGACIONES EN RAZÓN DEL CONCURSO

La Ley Concursal, dedica el título VI a los principales efectos inmediatos de la sentencia declaratoria de quiebra que recaen sobre el fallido, en la masa de bienes y en la masa de acreedores. Pero como se ha advertido, no se trata en la Ley de Quiebras los efectos sobre la generalidad de las relaciones jurídicas preexistentes en las que el fallido ha sido parte, sino que de manera excepcional para algunos casos en específicos.

El legislador ha tomado una postura sumamente sucinta al tratar los efectos de las obligaciones y contratos del fallido en la Ley de Quiebras. Siendo que las respuestas a los diferentes supuestos que se pueden dar en esta materia, son deducidas por la doctrina y jurisprudencia, a través de un trabajo de analogía y respeto a los principios generales de la quiebra y el derecho en general. Para esto se establece, una “Teoría General” que entregan una serie de principios que rigen y ordenan esta materia.

En el Derecho de Quiebras, se comprende como la primera fase del juicio y como efecto inmediato de la sentencia de quiebra, el desasimio. Esta es la fase de aseguramiento de la etapa ejecutiva propiamente tal del proceso concursal⁶⁹, en virtud de la cual el fallido queda inhibido de administrar y disponer de sus bienes afectos al concurso. Dichas facultades pasan de pleno derecho al síndico que lo sustituye y representa.⁷⁰

En el presente capítulo, se describirá y desarrollará lo que sucede en las obligaciones pendientes del fallido a raíz de la quiebra, siendo que se ven sumamente alteradas en comparación a lo sucedido en el Derecho Civil y Comercial, en virtud del estado excepcional que produce la quiebra en la persona del fallido.

⁶⁹ PUGA VIAL, Juan Esteban. Ob. cit. Tomo II. p. 433.

⁷⁰ Apuntes preparados por Pedro Luch para rendir la cédula de licenciatura en Derecho Concursal basados en clases de Álvaro Puelma. Universidad de Derecho. p. 106.

29. ALTERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES EN VIRTUD DE LA QUIEBRA

29.1. Preámbulo

Reza el artículo 1.545, del Código Civil: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”, dando así el legislador, un valor importantísimo a la autonomía de la voluntad de las personas contratantes dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico.

En razón del reconocimiento que se le entrega al principio de la autonomía de la voluntad, que si el deudor no cumple oportunamente y en la forma que se ha contraído la obligación, se le otorga al acreedor por la ley civil, una serie de tutelas para obtener el cumplimiento de su acreencia.

Ejemplos de estas tutelas civiles entregadas al acreedor, son: la ejecución forzada de la obligación; el pago de una suma de dinero en equivalencia que represente la prestación; las indemnizaciones por los perjuicios provenientes del retardo del cumplimiento en relación a lo pactado; además, a través del derecho de prenda general descrito en el artículo 2.465 del Código Civil y otras instituciones del mismo Código, se podrá mantener la integridad del patrimonio del deudor para pagarse (acción pauliana, medidas conservativas, beneficios de separación y acción subrogatoria u oblicua), o si no satisface al acreedor, se podrá oponer la resolución de los contratos.

Siendo explicada con anterioridad la relación obligatoria en materia civil, se analizará lo ocurrido en ellas en materia concursal, tomando en cuenta el factor patrimonial de una **imposibilidad fáctica de cumplir** generalizada que afecta al deudor fallido.

29.2. Normas de la quiebra son de orden público

En caso de incumplimiento de una obligación, el acreedor cuenta con una serie de acciones y remedios civiles que le son entregados por el legislador para la satisfacción de la prestación que se le adeuda.

Estos remedios pueden resultar todavía insatisfactorios para él, cuando existen más acreedores del mismo deudor con distintas obligaciones que se encuentran en estado de incumplidas.

Cuando el deudor tiene un incumplimiento generalizado, queda demostrada su condición patrimonial impotente, por lo cual no va a ser capaz de dar un cumplimiento íntegro a todas las relaciones exigibles e incumplidas.

Frente a esta ineptitud patrimonial que acontece al deudor, existe un remedio de *última ratio* para los acreedores. Este es la quiebra, siendo posible su petición contra el deudor, siempre y cuando, se cumpla alguna de las causales taxativas que el legislador ha predispuesto.

Las normas que rigen a la quiebra, tienen el carácter de “orden público”, es decir, en términos globales, pone un límite general a la libertad individual que se manifiesta mediante la autonomía de la voluntad de los sujetos, al surtir obligaciones y relaciones contractuales⁷¹.

En la quiebra, se limita la voluntad de las partes – del fallido y cada acreedor con el que contrató antes de caer en falencia- en pos del interés general de la masa de acreedores, que en conjunto, se encuentran insatisfechos y han de ver transgredidas sus pretensiones iniciales por la insolvencia del fallido.

⁷¹ El concepto de “Orden público” se extiende por todas las ramas del Derecho, tanto público como privado, nacional e internacional. Su contenido ha de causar problemas doctrinales y jurisprudenciales que no han podido resolverse y que hasta nuestros días no se encuentra clarificado. A pesar de que pudo ser interesante detenernos en este punto, para efectos de ser concisos en esta tesis, tendremos que dejarlo abierto.

29.3. Alteraciones de las obligaciones

La quiebra, al ser un estado excepcional en la persona, provoca efectos que alteran las reglas generales de la común relación obligatoria entre deudor y acreedor.

Las obligaciones son ley únicamente para las partes, no pudiendo contemplarse ni afectarse a terceros dentro de esta relación. La Quiebra de la parte deudora de la obligación, altera la relación para su persona, para su acreedor, y para este acreedor como tercero de obligaciones ajenas que ha contraído el mismo deudor fallido, lo que se pasará a explicar a continuación.

29.3.1. Alteraciones para el fallido

El fallido a razón de su quiebra, es excluido de la administración de las obligaciones que había contraído inicialmente, antes de la declaración, y que están comprendidas en el desasimiento, siendo que en su lugar hará de deudor:

- a) El síndico, que hará de su representante legal que va a administrar sus bienes;
- b) La masa de acreedores, que es el órgano que puede disponer de su patrimonio y tomar las mejores decisiones para hacerse pagar sus acreencias debidas y;
- c) El tribunal, que resolverá las disputas que se promuevan entre los acreedores, el síndico y el deudor, en relación con las obligaciones dentro de la quiebra.

La sustitución de mayor importancia y fundamental para la quiebra, viene a ser la realizada por el síndico a la persona del fallido, que podrá administrar todos sus bienes comprendidos en la quiebra.

Todos los que sustituyen al fallido en su conjunto, harán de deudor o acreedor, tal como se había acordado anteriormente a la quiebra, teniendo las mismas facultades que el fallido y además, las facultades que le son entregadas por la Ley 18.175 para resolver en mejor medida sus intereses. Al respecto explica Renzo Provincialli: “La administración de la quiebra se convierte en un contratante como cualquier otro, en idéntica situación jurídica, y con todas las posibilidades y desenvolvimientos correspondientes en que se encontraba el quebrado”⁷².

Es la quiebra la que pasa tomar el lugar del fallido desasido, que mediante sus organismos lo sustituyen en lo relacionado a la administración y disposición de sus bienes, más no con el dominio y posesión de estos. Como señala Salvatore Satta al respecto: “Aquí se trata de la quiebra como sucesora del fallido en las relaciones constituidas por él con los terceros, y por tanto, en las obligaciones y en los derechos que derivan de ella”⁷³.

La sustitución de sujeto del deudor, se efectúa como consecuencia de la inoperancia y falta de confianza que él ha demostrado al dejar caer su negocio en insolvencia –aun cuando muchas veces hay factores externos que la causan, como por ejemplo, una crisis económica, una gran herencia a la competencia como señala Perry, altos costos y poca disponibilidad de caja, etc.-, este reemplazo, es una medida necesaria que se produce para el mejor pago de las obligaciones con sus acreedores, que de continuar manejándose el negocio por el deudor, perdería la objetividad y la garantía de que su patrimonio se repartirá de la mejor forma posible, acorde a la *par conditio creditorum* con todos los acreedores.

La sustitución explicada, mantiene en idénticas condiciones a todas las obligaciones, derechos, acciones y excepciones para la contraparte del quebrado en lo que no se contraría con la Ley de Quiebras.

⁷² PROVINCIALLI, Renzo. Ob. cit, Volumen II, p.308.

⁷³ SATTA, Salvatore. Instituciones de Derecho de Quiebra, Trad. R. Fontanarrosa, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1951, Buenos Aires, Argentina, p. 288.

29.3.2. Alteración para el acreedor del deudor fallido

El acreedor, que en un principio ha adquirido una obligación con un deudor determinado -pudiendo haberlo elegido por alguna cualidad u oficio especial que sustentare-, se podrá encontrar en distintos escenarios producto de la quiebra. Esto dependerá tanto de la clase, naturaleza y estado en que se encuentra su crédito. Además, dependerá del interés que signifique el cumplimiento de su obligación para la masa.

29.3.2.1. Masa de acreedores

La quiebra, desde un punto de vista procesal, tiene la naturaleza jurídica de una ejecución colectiva, que busca la satisfacción de todos los acreedores en igual proporción, mediante el producto de la realización los bienes del deudor que se comprenden en la quiebra.

En este mismo sentido, se reemplazan las acciones aisladas de los acreedores por una acción conjunta de todos ellos, sin importar su voluntad particular, y perdiendo así, su individualidad de accionar. Esto ocurre con la finalidad de tutelar los intereses de todos ellos y que no se les atente por intereses particulares que ostenta cada uno por sí solos.

Se sustituye entonces, el interés particular de cada acreedor por el interés combinado, lo cual, únicamente puede conseguirse mediante la sentencia declaratoria de quiebra, que conforme a la disposición del artículo 2º, de la Ley 18.175, integra a todos los acreedores en una colectividad que tiende a su bien común.

Por esta integración del acreedor, que opera por el sólo ministerio de la ley para la protección de la *par conditio creditorum*, es que quedan privados individualmente de

ejercer sus derechos apuntando a su propia justicia conmutativa, lo que es suplantado por la justicia distributiva en proporción al crédito que ostenta cada uno, actuando como una colectividad que mira su interés en general.

En cuanto a la relación entre los acreedores, esta no tiene el carácter de relación jurídica, aun cuando implique una solidaridad entre ellos. Es únicamente, una especie de asociación o comunidad virtual de defensa de sus intereses, a la que la ley entrega una serie de atribuciones y reglas para poder actuar como un solo sujeto dentro de la quiebra, pero que fuera de sus márgenes, no tiene ninguna trascendencia.

La masa pasiva o de acreedores, está conformada por los acreedores concurrentes y los acreedores concursales, siendo sólo los primeros, los que tienen derecho potencial a participar en la quiebra y a participar sobre el producto de su realización por tener créditos anteriores a ella.

Los acreedores concursales, son los que adquieren el derecho efectivo de participar en la quiebra en virtud de la verificación de sus créditos. En definitiva, la masa pasiva será conformada únicamente por los acreedores concurrentes que hayan verificado sus créditos, aun cuando ésta se haga de manera extemporánea.

La gran institución para que la masa pasiva pueda operar de acuerdo a sus intereses en la quiebra es la **Junta de Acreedores**, la cual, como explica Oscar Torres Zagal "(...) es el gran director del juicio de quiebras, la cual obra según sus propios intereses de acreencia, sin considerar otros intereses legítimos en la quiebra, como la continuidad de la empresa y sus trabajadores"⁷⁴.

La masa de acreedores, antes de la quiebra, no ha contraído obligaciones con el fallido, siendo que las obligaciones que interesan a la quiebra, se contrajeron entre el fallido y cada acreedor en particular antes de la sentencia declaratoria. Esto no obsta que mediante la Junta de Acreedores, se decide la mejor forma para que se le pague a cada acreedor sus acreencias. Por mandato legal, se le entregan ciertas atribuciones

⁷⁴ TORRES ZAGAL, Oscar. Los Órganos de la Quiebra, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, Santiago de Chile, p.100.

que de otra manera, no sería posible decidir para esta comunidad por el fallido y la disposición de sus bienes.

29.3.2.2. Acreedores en particular

Los acreedores tomados en cuenta como individualidad, no tienen un poder de negociación para el pago de sus créditos con el fallido o con quien lo represente, siendo que sus intereses se subsumirán en la masa pasiva de la quiebra.

Aun así, los acreedores en particular mantienen su identidad para una simple tarea; la de proteger su crédito, ya que por sí solos y no mediante la masa que conforman, son los más indicados para velar sus propios intereses, que conllevan al mejor pago de sus créditos con moneda concursal.

El legislador les otorga a los acreedores como individuo particular, el derecho de oponerse a otros acreedores en la verificación de créditos –tarea que puede realizar también el síndico y el fallido-.

Esta pequeña mantención de individualidad de los acreedores, está en directa proporción y armonía con el principio de la *par conditio creditorum*, ya que de incluirse créditos falsos o no documentados, que podrían pagarse dentro del concurso, traería como efecto, causar un perjuicio al resto de los acreedores.

Los acreedores por sí solos, no son considerados un sujeto de la quiebra, ya que las decisiones importantes respecto del patrimonio del fallido, las habrán de tomar de consuno como **masa de acreedores**.

29.3.3. Alteraciones para el objeto de la obligación

La quiebra, también produce efectos importantes en el objeto de la prestación, ya que, justamente la imposibilidad patrimonial para pagar del fallido, es la causa de este estado de en su persona, en sus bienes y en sus obligaciones; y no habiendo bienes suficientes, habrá de adecuar lo existente para el pago de las obligaciones del quebrado con sus acreedores respetando las clases y monto de los créditos.

Si hay imposibilidad de cumplimiento íntegro de las obligaciones del fallido y se debe respetar la igualdad de acreedores, entonces, debe pagársele a todos los acreedores de la misma clase por igual y a prorrata de sus créditos y derechos que emanan de ellos mismos.

En la quiebra, únicamente se acepta la verificación de créditos que sea traducible en dinero, con el fin de poder ser pagada con el producto del concurso. Esto sucede aun cuando el objeto de la prestación sea inicialmente distinto; tal como en las obligaciones de dar un género o especie, de hacer o no hacer algo. En los casos que la obligación inicial no sea traducible en dinero, se requerirá de una sentencia que lo establezca evaluando determinadamente.

30. EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES DEL FALLIDO

Son relevantes para la quiebra, todas las pretensiones que se puedan hacer valer contra la masa, siendo que gocen de privilegio o sean créditos comunes o quirografarios.

Las obligaciones pendientes, son aquellas en que las múltiples prestaciones, no se han consumado de manera óptima por todas o alguna de las partes de la relación, pudiendo ser de carácter unilateral o bilateral.

Por el tratamiento especial y muchas veces excepcional que gozan ciertas relaciones en la quiebra, acorde al resto de nuestro Ordenamiento Jurídico, aquellas obligaciones bilaterales que presentan cierta característica de no haber sido agotadas al momento de la declaratoria, ni por el fallido, ni la contraparte *in bonis* –que no presenta insolvencia-, no ingresarán ni a la masa activa ni pasiva de la quiebra, sino que se **suspenderán** en virtud de ésta, pudiendo ser cumplidas por el representante del fallido y por la contraparte en su prestación o pudiendo resolverse si la parte *in bonis* o el síndico así lo requirieren.

No serán consideradas pendientes, aquellas obligaciones extra concursales o que hayan sido cumplidas en integridad.

Son obligaciones extra concursales, en las palabras de Perry: “Todas las otras pretensiones y específicamente aquellas derivadas de actos o hechos realizados por el fallido después del desamparamiento”⁷⁵, ya que al encontrarse subordinada a este evento de la quiebra, no es posible de admitir que sean válidas contra la masa, siendo que han surgido posteriormente a la sentencia declaratoria.

⁷⁵ PERRY, Adolfo. Efectos de la Quiebra y el Concurso Civil en las Obligaciones y Contratos, Tipográfica Editora Argentina, 1950, Buenos Aires, Argentina, p. 25.

31. REGLAS GENERALES DE LAS OBLIGACIONES PREEXISTENTES Y PENDIENTES DEL FALLIDO EN EL DERECHO CONCURSAL

La Ley 18.175, no ha establecido regulación general para las obligaciones y actos pendientes del fallido y, únicamente, ha de reglar los efectos de la declaratoria de quiebra para ciertos contratos específicos, como el de compraventa.

En consideración a las normas específicas de la Ley N° 18.175, a los principios de la *par conditio creditorum*, a la seguridad del crédito público y del adecuado funcionamiento del mercado en general, la doctrina y jurisprudencia han elaborado una teoría general respecto de las obligaciones pendientes del fallido al momento de la declaratoria de quiebra:

31.1. La quiebra no es causal de resolución de obligaciones preexistentes

Es la regla por excelencia que rige los efectos de la quiebra en las obligaciones, siendo unánime la doctrina y la jurisprudencia, al establecer que **la sentencia declaratoria de quiebra, no es causal de resolución o terminación de pleno derecho de las obligaciones y contratos en los que el deudor fallido sea parte**, optándose por la vigencia de estos actos en la quiebra.

Esta regla es posible de extraer por los siguientes motivos:

a. Silencio de la ley: Haciéndose el ejercicio negativo con la Ley 18.175, que no prescribe la quiebra del deudor como causal resolutoria de los contratos y manteniendo absoluto silencio en esta materia, se debe establecer, que si es de voluntad del legislador señalar algún efecto resolutorio, lo señala de forma expresa y general, no sólo los casos determinados que ha expresado -como en el mandato o la cuenta corriente mercantil por ejemplo-.

b. Funcionamiento lógico: Si el fallido es deudor de una obligación pendiente, va a poder cumplirla mediante las herramientas concursales, dejando al acreedor con un crédito concursal. Pero si presenta la calidad de acreedor, la obligación pasará a formar parte de la masa activa y podrá ser exigida por los acreedores del fallido.

Si el estado de quiebra resolviera todas las obligaciones, entonces únicamente significaría una retroacción del deudor hasta el momento en que adquirió cualquier obligación, lo cual prácticamente es imposible, ya que se afectaría tanto a terceros como a sus acreedores y deudores de una manera que es difícil de imaginar.

De la continuación de las obligaciones preexistentes, se deduce que el contratante *in bonis* -que no presenta insolvencia-, tiene dos posibles caminos:

a) Puede cumplir aquellos contratos que se encuentran en carácter de pendiente con el fallido, siendo que su contraprestación a cargo del quebrado no se cumplirá en totalidad a causa de su ineptitud patrimonial, debiendo verificar su crédito en la quiebra; o

b) Puede oponer la resolución del contrato mediante el procedimiento que se establece, pero sin que opere esta resolución de pleno derecho a raíz de la quiebra.

Esta regla general, es bastante más compleja que lo descrito, siendo que se le suman una serie de reglas especiales que provienen de las leyes civiles, mercantiles, especiales y concursales -que se verán a continuación- y que pueden hacerla variar, por ejemplo, el que ciertos contratos si se resuelvan *ipso iure* en virtud de la quiebra, tales como los que se realizaron en consideración a la persona del fallido.

31.2. Suspensión de contrato bilaterales pendientes en curso de ejecución

La doctrina y jurisprudencia, han silenciado el efecto del concurso sobre el estado que provoca en las obligaciones bilaterales preexistentes en curso de ejecución, razón por la cual, se ha de extraer una teoría acorde con los principios generales y que no violente al Derecho.

En los contratos bilaterales pendientes y en curso de ejecución, existen tres posibles alternativas doctrinales al estado que se les produce en virtud de la quiebra: pueden resolverse, continuar o suspenderse.

Como ya se ha explicado, no se resuelven los contratos por el simple estado de quiebra del fallido, salvo excepciones.

La teoría de que los contratos han de **continuar** en su estado normal, es insatisfactoria en virtud de que la aceleración de las obligaciones, únicamente, produce sus efectos para el deudor fallido, más no para la contraparte *in bonis*. Si el síndico en su representación, respondiera a todas las obligaciones que haya contraído el fallido, sin mirar el interés para la masa y el posible beneficio para las partes, se agravaría la situación del fallido y de los acreedores que tuvieran algún interés en su patrimonio.

De continuar todas las obligaciones, el síndico, de no cumplir las contraídas por el fallido, haría caer a éste en incumplimiento posterior a la quiebra. Si se sigue esta teoría, no sería necesaria la verificación de los créditos en virtud de que todas las obligaciones deben de ser cumplidas con los mecanismos concursales.

Es por lo anterior, que en los contratos bilaterales que se encuentran pendientes y en curso de ejecución, tanto las obligaciones del fallido como las de la otra parte, se **suspenderán**.

Esta situación se producirá en el caso de que el tercero contratante no esté dispuesto a cumplir u optar por los mecanismos de pagos de la quiebra y el síndico tampoco esté interesado en continuarla en representación del fallido. Por lo tanto, el

contrato no se resuelve sino que se **suspende** hasta que alguno de los contratantes desee cumplirlo o accione su resolución, poniendo antes en mora a la masa de la quiebra.

La suspensión, es el estado natural que provoca la sentencia declaratoria de quiebra sobre las obligaciones con prestaciones recíprocas que se encuentran pendientes para ambas partes, que persiste a falta de declaración de asumirlo, continuarlo o resolverlo.

La suspensión que produce la quiebra, es propia de esta materia concursal y es similar a lo que en el Derecho Civil se conoce como **excepción de contrato no cumplido**⁷⁶, con la diferencia que no entran a jugar incumplimientos culposos por alguna de las partes, sino únicamente una **falta de cumplimiento** por impotencia patrimonial.

Se puede definir esta suspensión, como el efecto de las obligaciones bilaterales pendientes en la quiebra, que produce un estado en la relación obligatoria en que el fallido sea parte, siendo que los efectos propios de esta relación se han de aplazar, sin constituir mora o incumplimiento, hasta que alguna de las partes a las que sea exigible la obligación, decida hacerla cumplir, resolverla o por último alegar su prescripción.

El síndico como administrador del patrimonio del fallido, debe asumir sus obligaciones en caso que sean convenientes para la masa y se encuentren para él en estado de exigible, lo que traerá como consecuencia la terminación del estado de suspensión, procediendo la obligación con su curso normal.

Sin perjuicio que, para que el síndico se haga cargo de las obligaciones suspendidas, se requiere que caucione o garantice la contraprestación que el fallido haya acordado, ya que los mecanismos de quiebra son completamente insuficientes para garantizar el pago por la certeza de escasez de recursos.

⁷⁶ Artículo 1.552 del Código Civil: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido.

Este estado de suspensión es de naturaleza provisional, siendo que la parte *in bonis* puede terminar con este estado de su obligación; oponiendo la resolución del contrato, o dando cumplimiento a su parte, teniendo así que verificar el crédito concursal para participar en la quiebra.

Las obligaciones suspendidas que sean beneficiosas para la quiebra y quieran ser resueltas por la parte *in bonis*, han de poder ser cumplidas para ella, lo cual constituye una facultad de la quiebra. Como señala Renzo Provincialli; “Frente a la relación pendiente, la quiebra tiene un derecho potestativo (de hacerla propia o no)”.⁷⁷

31.3. Si la parte *in bonis* quiere cumplir su obligación o contrato con el fallido

Es poco probable la situación fáctica en que la parte *in bonis* de una obligación bilateral pendiente en curso de ejecución, haya de querer cumplir su obligación con la otra parte que se encuentra en estado de quiebra. En este caso, se arriesgaría a una contraprestación exigua por medio de los pagos que entregue la quiebra. Aun así, de querer hacerlo, esto sí es posible e incluso no encontrará oposición alguna.

La doctrina ha establecido que, si la parte *in bonis* quiere cumplir el contrato por su cuenta, afrontando las limitaciones de la quiebra, el síndico no podrá oponerse como representante legal del fallido, pero naturalmente quedará sujeto a la Ley de Quiebras y percibirá como contraprestación –que únicamente podrá percibir en dinero- el porcentaje que a su crédito corresponda en la liquidación en el tiempo y en el orden en que la distribución de la moneda concursal se deba de hacer, al igual que los otros acreedores de la masa.

Guillermo Le-Fort Campos ha señalado al respecto que “El Síndico no tiene el derecho de demandar la resolución como consecuencia de la quiebra; de manera que si el contratante exige el cumplimiento del contrato, el Síndico debe ejecutarlo; pero el

⁷⁷ PROVINCIALI, Renzo. Ob. cit. p. 311.

contratante figurará en la quiebra como acreedor común, a menos que tenga una garantía.”⁷⁸

La quiebra supone la suspensión de las obligaciones tanto para la parte acreedora como deudora, siendo que si la obligación es exigible para ambas partes, cualquiera puede restablecerlas a su voluntad, lo cual es una consecuencia del artículo 1.545, del Código Civil que reza que los contratos son ley para las partes.

31.4. El contratante *in bonis* no podrá oponerse a la intervención del síndico en el contrato si se le garantiza o paga

Al ser el síndico el representante legal del fallido y en virtud del desasimio, podrá administrar sus bienes y obligaciones, razón por la cual, el contratante *in bonis*, no podrá oponerse si el síndico quiere intervenir en la obligación, haciéndola parte de la masa y cumpliendo o garantizando eficazmente su cumplimiento, sacándola así, de su estado suspensivo producto de la quiebra.

Aun así, el síndico únicamente ha de poder intervenir y sacar de la suspensión la obligación con la parte *in bonis*, cuando esta sea exigible para la quiebra, si no deberá llegar a un acuerdo extrajudicial o esperar al plazo o condición.

Sin perjuicio de lo establecido, el síndico, sea o no exigible para él su prestación como representante del fallido, siempre ha de poder negarse a la petición de resolución contractual que presente la parte *in bonis*. Esto tiene su fundamento legal en los artículos 93 y 71, inciso IV, de la Ley de Quiebras, de los que es posible sacar una regla general.

El artículo 93 de la Ley de Quiebras dispone: “En los casos a que se refieren los artículos precedentes, el síndico podrá oponerse a la resolución o retención y exigir la

⁷⁸ LE-FORT CAMPOS, Guillermo. Ob. cit. p. 251.

entrega de las cosas vendidas o retenidas, pagando la deuda, intereses, costas y perjuicios, o dando caución que asegure el pago.”

Mientras que el artículo 71, inciso IV señala que “(...) cuando a algún acreedor corresponda el derecho de retención, en los casos señalados por las leyes, no podrá privársele de la cosa retenida sin que previamente se le pague o asegure el pago de su crédito. La procedencia del derecho legal de retención podrá ser declarada aún después de la sentencia de quiebra”.

El síndico, decidirá intervenir cuando la contraprestación que ha de realizar el tercero contratante, en relación a la obligación del fallido, reporta mayores beneficios para la masa de acreedores, haciendo acrecentar el activo o disminuir el pasivo del patrimonio del deudor. Este principio nos demuestra que la quiebra no supone un incumplimiento por parte del deudor ya que de beneficiarle podrá ser cumplida la obligación.

Con la quiebra, se revela el estado de insolvencia del fallido, de imposibilidad patrimonial para poder cumplir con exactitud **todas** las obligaciones con sus acreedores, más no puede ser considerado como un incumplimiento en sí misma. Provincialli al respecto establece: “Por esto estimo que también bajo el aspecto funcional (de la quiebra), facultad de detención o suspensión de la prestación por incumplimiento difieren sensiblemente; constituyendo, entre otros, la fase de paro un periodo preparatorio y formativo, o de la disolución o de la adquisición de una relación.”⁷⁹

⁷⁹ PROVINCIALLI, Renzo. Ob. cit. Volumen. II, p. 299.

31.5. Resolución *ipso iure* de obligaciones de carácter personalísimo

Por la declaración de quiebra, se resuelven de pleno derecho, aquellos contratos en que la consideración de la persona es esencial, es decir, si el vínculo que une a la parte *in bonis* con el fallido es de carácter personalísimo y basado en la confianza de los contratantes. Así lo ha expresado la doctrina y jurisprudencia nacional. Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart señalan al respecto: “(...) la quiebra es causal de término de ciertos contratos, como son aquellos que se celebran en razón de la confianza recíproca que se inspiran los contratantes al tiempo de celebrarlos, de cuya clase son los denominados contrato *intuitu persona*”.⁸⁰

Se fundamenta esta resolución de las obligaciones, en la sustitución que sufre el fallido por el síndico en su administración, y ya que la contraparte ha elegido contratar con el deudor fallido por características esenciales de su persona, no es posible que sea remplazada por el síndico y los demás órganos concursales, ya que se violentaría contra la esencia misma de este tipo de obligaciones.

Un segundo motivo, se encuentra en la pérdida de confianza que implica la quiebra hacia la persona del fallido, siendo esta confianza entre los sujetos, un factor esencial dentro de este tipo de obligaciones.

Existen una serie de normas aisladas en nuestro Ordenamiento Jurídico que permiten inferir esta regla, en las cuales se establece la quiebra como causal de terminación de ciertos contratos por su carácter personalísimo, que es lo que ocurre con:

- El mandato: señala expresamente el artículo 2.163, N° 6 del Código Civil que el mandato termina por la quiebra o insolvencia del mandante o mandatario. Siendo que si el mandante ha de caer en quiebra, queda inhibido de administrar sus bienes en virtud del desasimio, por tanto, el mandatario tampoco podrá realizar sus encargos. Si quiebra el mandatario, entonces el mandato se resolverá en virtud de la pérdida de

⁸⁰ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. Ob, cit. Tomo II, p. 300.

confianza que se supone, que como explican Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart “(...) que con ello se demuestra que no ha sido capaz de administrar convenientemente desde luego los suyos propios, con lo que menos podría intervenir en la gestión de los negocios ajenos.”⁸¹

- La sociedad colectiva civil: el artículo 2.106, inciso I, del Código Civil señala: “Expira asimismo la sociedad por la incapacidad sobreviniente o la insolvencia de uno de los socios”. Se explica el término del contrato de sociedad en virtud de la causa de su composición, que es crear una sociedad de personas basada en la confianza entre los socios. La insolvencia viene a terminar con dicha confianza y por sobre todo, cuando existen negocios de índole económicos.

En materias del Código Civil, cuando el legislador haya de establecer como presupuesto la insolvencia, ha de comprender también el presupuesto de la quiebra. Lo cual es lógico en virtud de que el tribunal ante una situación de impotencia y enfermedad patrimonial de una persona, va a declarar su quiebra y no su insolvencia en la mayoría de sus casos. Se debe aplicar el principio de analogía.

- El contrato de cuenta corriente mercantil: El artículo 611, inciso I del Código de Comercio, explica: “La cuenta corriente se concluye por el advenimiento de la época fijada por la convención o antes de él por consentimiento de las partes”. El inciso II del mismo artículo señala: “Se concluye también por la muerte natural o civil, la interdicción, la demencia, **la quiebra** o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre disposición de sus bienes.” También ha de resolverse el contrato de cuenta corriente bancaria en virtud del artículo 9° del D.F.L. 707, ya que se le emplean supletoriamente las reglas de la cuenta corriente mercantil, haciéndosele aplicable el artículo 611 del Código de Comercio.

- También se resuelven por tanto, todos los otros contratos de comisión, tales como la agencia comercial, el concesionario, el franquiciado y la representación comercial⁸². Estos contratos se resuelven de derecho en virtud de la pérdida de confianza en la

⁸¹ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael e EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. Ob. cit. Tomo II, p. 300 y ss.

⁸² Ver apartado 72.2. GÓMEZ BALMACEDA, Rafael e EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. Ob. cit. Tomo II, p. 301 y ss.

persona del deudor ya que fueron celebrados con carácter *intuito persona*. Guillermo Le-Fort ha explicado al respecto: “La desconfianza que se produce en una persona que cae en quiebra, hace presumir al legislador la voluntad del contratante *in bonis* de no continuar obligado con una persona en falencia”⁸³.

31.6. Permisi3n de condici3n resolutoria ordinaria

La doctrina y jurisprudencia nacional, han se~alado que es l3cito y v3lido establecer, como cl3usula contractual, la resoluci3n en el supuesto de la quiebra de uno de los contratantes. Esto ha sido sumamente discutido por la doctrina a nivel internacional, siendo que se se~ala por algunos, que es contrario al principio de la igualdad de los acreedores y al orden p3blico econ3mico que fundamenta a la materia concursal, consider3ndola como una cl3usula incompatible con la quiebra.

Esta condici3n resolutoria ordinaria, debe ser expresada al establecer la resoluci3n como condici3n de la quiebra de uno de los contratantes, es decir, que de se~alarse como cl3usula, 3nicamente la resoluci3n en caso de incumplimiento (pacto comisorio), es insuficiente, ya que la quiebra, m3s que incumplimiento, encierra una imposibilidad f3ctica de cumplir. As3, Brunetti ha expuesto que la quiebra “(...) no determina el incumplimiento seg3n la t3cnica contractual normal; pero se hace imposible que se cumpla en vista de la indisponibilidad del patrimonio. El incumplimiento postula en todo caso, la voluntariedad de la inejecuci3n, mientras que, en caso de quiebra, es la ley la que restando al quebrado la disponibilidad sobre sus bienes, **le imposibilita de efectuar su prestaci3n.**”⁸⁴

La condici3n resolutoria ordinaria, tiene una contrapartida para el contratante *in bonis*, ya que el s3ndico, en representaci3n del fallido, puede utilizarlo para resolver el contrato en caso de que se considere perjudicial para la masa de acreedores.

⁸³ LE-FORT CAMPOS, Guillermo. Ob .cit. p. 251.

⁸⁴ BRUNETTI, Antonio. Ob. cit. p. 244.

En doctrina internacional, es sumamente controvertida esta posibilidad de pactar la condición resolutoria ordinaria antes de la quiebra, tanto así, que la reforma española (Ley 22/2003 de 9 de Junio) ha optado por prohibir los efectos de esta cláusula expresamente. En su artículo 61.3 que dispone: “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes.”

La razón del contenido del artículo citado, es que se considera abusivo para el fallido y el resto de sus acreedores, pese a que era común su utilización en los contratos de financiación con entidades de créditos. En efecto, se ha señalado que: “(...) las entidades financieras vienen poniendo fin a su obligación de seguir suministrando fondos al deudor al amparo del principio de libertad de pactos del 1.255 del Código Civil, y daban por vencido el contrato de crédito entre el deudor y la entidad de crédito, liberándose de esta manera de su obligación de seguir concediendo crédito.”⁸⁵

31.7. Procedencia de la resolución del contrato

La quiebra, como se ha explicado, no es causal para accionar la resolución o resarcimiento por sí misma. Pero en la Ley Concursal, en el artículo 86, únicamente se señala la resolución por falta de cumplimiento en el caso de la compraventa, cuando no se trate de bienes muebles que han llegado al poder del comprador fallido; silenciándose completamente en relación a la procedencia de la resolución de las demás obligaciones bilaterales, que se encuentren en estado de pendiente.

En razón a este silencio, de la aplicación supletoria del Código Civil en general y específicamente del artículo 1.489 de este mismo cuerpo legal, es que correspondería

⁸⁵ QUETGLAS, Rafael Sebastián. Artículo: Aproximación la reforma de Derecho Concursal, Actualidad Jurídica Uria y Meléndez, 2003, España, p. 28.

poder entablar la acción resolutoria de acuerdo a las reglas generales del Código Civil (artículos 1.489, 1.551 y 1.552).

El contratante fallido o el contratante *in bonis*, tienen el derecho a pedir la resolución del contrato en la quiebra. Además, pueden reivindicar lo dado o pagado en virtud del contrato resuelto, ya que con la resolución se estima que siempre ha sido dueño de la cosa que ha entregado, siendo que la retroactividad busca conseguir la reintegración del estado de hecho existente antes de la perfección de la obligación.

En cuanto a la **causa de la resolución**, se debe distinguir:

a) Si el quebrado fue incumplidor antes de la sentencia de quiebra: en este supuesto la causal de la resolución, es justamente el incumplimiento, por lo cual, a petición de parte, se podría resolver el contrato.

b) Si la obligación ha vencido como consecuencia de la sentencia declaratoria de quiebra: se encuentran sumas dificultades para señalar cuál es la causa de la resolución de los contratos, lo que se profundizará a continuación.

31.7.1. Resolución de obligaciones que han vencido en virtud de la sentencia declaratoria de quiebra, desde un punto de vista teórico

La petición de resolución de contratos que realizan los acreedores del fallido, no es posible de fundamentarlas en un incumplimiento provocado por la quiebra en sí misma, ya que únicamente provoca un estado de suspensión en sus relaciones preexistentes y una imposibilidad de cumplir fáctica diferente al incumplimiento.

Para que opere la condición resolutoria tácita que establece el artículo 1.489 del Código Civil, se requiere de un incumplimiento por una de las partes, para lo cual se debe analizar si existe o no:

- Posible incumplimiento del deudor fallido: el quebrado, en virtud del desasimiento ha perdido la administración de sus bienes y su tenencia, por lo cual, no ha de poder realizar la prestación que adeuda por su persona. Este desasimiento que lo afecta, está lejos de constituir culpabilidad para el fallido, impidiendo la configuración de un incumplimiento imputable para su persona.

- Posible incumplimiento de la masa: El jurista italiano Humberto Navarrini, bien explica la situación del síndico y de la masa en la quiebra, señalando “La masa, en efecto, no puede considerarse con la investidura de sucesor del quebrado de modo que venga obligada a asumir sus obligaciones; solamente liquida su patrimonio en su propio interés; no pudiendo ser constreñida a cumplir los contratos, echando sobre sí la correspondiente responsabilidad.”⁸⁶.

Sin perjuicio de lo expuesto, en virtud de razones prácticas y no desmerecer los derechos de los acreedores *in bonis*, es que se les permite a ellos, en caso de tener obligaciones bilaterales pendientes en estado de suspendidas, puedan poner en **mora** a la masa y al síndico, para así poder pedir la resolución de la obligación o que en caso de que ésta, sea beneficiosa para la masa, garantizarla y darle un completo cumplimiento. Como se ha expresado anteriormente, la quiebra no es un incumplimiento, sino que se sitúa en una posición intermedia entre el cumplimiento posible, mediante mecanismos concursales y la mora.

Más allá del análisis anterior, la doctrina nacional es unánime al establecer, que el fallido puede incumplir sus contratos bilaterales y pendientes hasta después de la fecha de la declaratoria de quiebra. Al respecto, Osvaldo Contreras señala: “(...) en general, la legislación de quiebras no altera la regla del art. 1489 del Código Civil, que faculta al contratante diligente para demandar la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento (...)”.

En resumen, el tercero contratante con el **fallido incumplidor** tiene derecho a liberarse mediante la demanda de resolución del contrato pendiente y reivindicar lo

⁸⁶ NAVARRINI, Humberto. La Quiebra. Traducción: Francisco Hernández Borondo, Instituto Editoriales Reus, 1943, Madrid, España. p. 187.

dado o pagado en virtud de dicho contrato⁸⁷. Sin perjuicio que el incumplimiento no sea culpable en virtud de estar desasido de sus bienes.

Es de la misma opinión Rafael Gómez Balmaceda, quien establece: “En consecuencia, no importando la quiebra por sí misma una causa de resolución del contrato, quiere decir que el contrato no se resuelve de pleno derecho por la declaración de quiebra, pero da derecho al acreedor *in bonis* a solicitar su resolución, como consecuencia de la dificultad que le producirá al fallido dar cumplimiento adecuado a la obligación que ha asumido”⁸⁸.

Ricardo Sandoval, ahondando más en el asunto, señala que el deudor fallido puede incumplir: “Se ha admitido que ni el arreglo judicial ni la liquidación de bienes constituyen un caso de fuerza mayor que exonere al deudor de su responsabilidad contractual. La falta de cumplimiento del contrato debida a la cesación de pagos del deudor es una causa de responsabilidad contractual del mismo. Este principio está consagrado en el artículo 38 inciso 2° de la ley de 1967(...)”⁸⁹.

En Chile, se ha aceptado abiertamente la posibilidad de que el fallido incumpla, aun cuando se encuentre en la situación que le provocó el desasimiento, lo cual es contradictorio a las bases de la quiebra.

Se parte de la base de que las personas que llegan a ese estado, tienen una impotencia patrimonial de tal magnitud, que no les alcanza para cubrir el total de sus obligaciones, y que tal situación difícilmente puede resultar imputable, siendo que se sustituyen las relaciones obligatorias por el síndico que representará al fallido y la masa que dispondrá de sus bienes por él.

⁸⁷ CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. *Insolvencia y Quiebra*, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Chile. p. 168.

⁸⁸ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. *Ob. cit.* Tomo II, p. 299.

⁸⁹ SANDOVAL, Ricardo. *Ob. cit.* p. 107.

31.7.2. Operación práctica de la resolución de los contratos

La resolución de contratos en la quiebra, opera en Chile de la siguiente manera:

- Incumplimientos anteriores a la quiebra: En la situación en que la obligación en cuestión, se haya hecho exigible antes de la sentencia declaratoria de quiebra, y en que a la prestación del fallido no se haya podido o querido dar cumplimiento, se da a lugar para que la contraparte *in bonis* del fallido, alegue la resolución contractual por este hecho de incumplimiento anterior. No será necesario poner en mora al síndico como representante del quebrado, ya que el fallido se ha constituido en mora antes de la declaración de la quiebra.

- Acción resolutoria contra el síndico: Las obligaciones bilaterales con carácter de pendiente se suspenden en virtud de la quiebra. Como consecuencia de la aceleración de sus obligaciones, se hacen exigibles las prestaciones para el acreedor *in bonis*, que de ser bilaterales y pendientes quedarían suspendidas. Una forma de sacar a las obligaciones de su estado de **suspenseo**, es accionando la resolución de la obligación por la parte *in bonis* o por el síndico, en caso que para él también le sea exigible, haciendo que una de las partes obligadas se constituya en mora de cumplir.

Es entonces que el acreedor *in bonis*, debe poner en mora a la administración de la quiebra. José Ramírez explica al respecto: “Si el contratante *in bonis* no se muestra dispuesto a cumplir voluntariamente el contrato, ni los Síndicos a rescindirlo o resolverlo, quedará aquel en suspenseo hasta que la parte *in bonis* ponga en mora a la Sindicatura (...)”⁹⁰.

La resolución es un derecho de la parte que se ve afectada con el incumplimiento, o en caso de la quiebra, con la suspensión que puede dar lugar a la mora, por tanto, no es posible de negar este derecho.

⁹⁰ RENZO PROVINCIALI, Ob. cit. Vol II, p. 314.

Entonces, si hay lugar a la condición resolutoria tácita por parte del contratante *in bonis* que ha cumplido la obligación. Pero a lo anterior hay una excepción, el síndico puede negarse a la resolución de los contratos si cumple la parte correspondiente al fallido, lo que es establecido por el artículo 93, de la Ley de Quiebras: “En los casos a que se refieren los artículos precedentes, el síndico podrá oponerse a la resolución o retención y exigir la entrega de las cosas vendidas o retenidas, pagando la deuda, intereses, costas y perjuicios, o dando caución que asegure el pago.” Este artículo se aplica en analogía y acorde a los principios generales de la quiebra a todos los otros casos de resolución de obligación, salvo las excepciones.

Existen algunas limitaciones propias de ciertos contratos en materia de resolución que las establece la misma Ley de Quiebras que serán desarrolladas más adelante, como la establecida en el artículo 86.

En la quiebra entonces, un acreedor *in bonis* del deudor quebrado tiene como opciones: verificar su crédito, resolver su contrato con el fallido, o no hacer nada en caso de que tanto su prestación como la del fallido se encuentren pendientes, suspendiendo su contrato.

Ahora bien, si la parte *in bonis* verifica su crédito por el monto debido por el fallido, para hacer que se le pague mediante los mecanismos concursales, entonces sería incompatible que pida la resolución del contrato, ya que se estaría instando por el cobro de la misma obligación de la que se quiere resolver.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema ha establecido: “Se ha visto ya que, en principio, un comprador declarado en quiebra y en mora de pagar el precio puede dar pie al vendedor para incoar la acción resolutoria nacida del desacato contractual, empero, se ha expresado también, que nuestro Ordenamiento Jurídico no permite a este último contratante instar por el cumplimiento o pago del precio adeudado en forma paralela a la resolución; situación evidente atendido el antagonismo entre ambas pretensiones y

cuya lógica fluye meridiana si se visualiza que el postulado de cobro del precio se estrella con aquél que persigue extinguir la misma obligación”⁹¹.

Es entonces la resolución, un derecho para aquellos acreedores que no han verificado sus créditos en la quiebra, ya que de haberla realizado, se haría justamente la acción contraria al pedirla, siendo una gran contradicción.

32. OBLIGACIONES BILATERALES PENDIENTES EN CURSO DE EJECUCIÓN PARA LAS PARTES

Las obligaciones en la quiebra, con prestaciones recíprocas y pendientes en curso de ejecución, han tenido poco trato legal, doctrinario y jurisprudencial en el país, por lo cual, no existe una postura única.

El concepto **bilateral**, hace alusión a la existencia de prestaciones recíprocas entre las partes. Estas obligaciones han de tener el carácter de **pendientes**, cuando ninguna de la partes de la relación, ha de haber cumplido íntegramente la prestación que le corresponde. De haber cumplido su prestación, el acreedor *in bonis*, únicamente podrá verificar el crédito en el concurso y acogerse a los mecanismos de la Ley de Quiebras.

El que los contratos se encuentren “en curso de ejecución”, en palabras de los argentinos, Francisco Junyent Bas y Eduardo Chivassa significa:“(…) aquellos que al momento de la presentación concursal ninguno de los contratantes hizo uso de la opción resolutoria, o bien el mismo no se extinguió por mutuo consentimiento.”⁹²

⁹¹ Corte Suprema. Recurso de Casación en la Forma, 12 Septiembre 2011, Coonavicoop c/ Aguacor S.A.

⁹² JUNYENT BAS, Francisco y CHIVASSA, Eduardo. Artículo: Cuenta corriente bancaria y su posible continuación en el concurso preventivo, Tercera comisión del IV Congreso Argentino del Derecho Concursal y IV Iberoamericano sobre la Insolvencia, 2006, Argentina, p. 2.

32.1. Requisitos de las relaciones preexistentes en curso de ejecución, que sean importantes para la quiebra

- Bilaterales:

Las obligaciones bilaterales, son aquellas que establecen obligaciones para ambas partes, siendo deudores y acreedores a su vez. Para que las relaciones preexistentes y pendientes tengan relevancia en la quiebra en esta materia, se requiere que sean bilaterales. De ser las obligaciones unilaterales o bilaterales, cumplidas por alguna de las partes, la solución sería igual para ambos casos, conformándose la regla general de la creación de la masa activa como pasiva.

Por lo tanto, si el obligado a “algo” unilateralmente, es la parte *in bonis*, entonces la masa activa de la quiebra tiene un crédito sobre el que puede exigir. Por otra parte, si es el quebrado el obligado unilateral, entonces la parte acreedora deberá verificar su crédito en la quiebra de querer que se le pague, tratándose de obligaciones susceptibles de ser verificadas.

Las obligaciones bilaterales que son relevantes para la quiebra, son aquellas que no se han cumplido y que son exigibles –por lo menos para la parte *in bonis*- en virtud de la sentencia de quiebra. Por lo cual, se suspenden hasta que se accione su resolución o cumplimiento. Tienen la peculiaridad de que no se harán valer por la automaticidad de los órganos, sino que por la voluntad de ellos, acorde a sus intereses.

- Perfeccionados pero no agotados:

El fallido, al ser víctima del desasimiento, no puede contraer nuevas obligaciones que sean oponibles a la masa de la quiebra en caso de afectar bienes concursales. Razón por la cual, las relaciones relevantes para la quiebra, serán aquellas que se encuentran perfeccionadas anteriormente a su declaración.

Las prestaciones de la obligación no deben agotarse. Han de subsistir hasta la declaración de quiebra, ya que de otra manera, puede suceder que uno de los sujetos que haya cumplido una obligación, tenga un crédito o débito con la masa.

- **Traducible en dinero:**

La obligación, para que pueda ser verificada en la quiebra y pueda ser cometida por los órganos concursales, debe estar estipulada monetariamente. Todos los acreedores –que por *la par conductio creditorum*, los que tienen una prestación de igual naturaleza, deben tener los mismos derechos⁹³- serán pagados en dinero, siendo inoperante el pago en especies del fallido.

En las obligaciones de dar una cantidad de dinero, lo anterior no presenta mayores problemas al ya estar avaluado el monto de la obligación. Pero en las obligaciones de dar una especie o cuerpo cierto, un género, o en las obligaciones de hacer y de no hacer, se requerirá una valuación judicial. Esta valuación se ha de realizar mediante un juicio declarativo, debiendo constar en una resolución que establezca el precio de la cosa o prestación, o el valor de la indemnización si correspondiere.

Este principio de permisibilidad de prestaciones dinerarias, tiene su fundamento legal en el artículo 1° inciso II y artículo 133, de la Ley 18.175. El artículo 1° inciso II, establece: “El juicio de quiebra tiene por objeto **realizar** en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por la ley”.

El artículo 133 de la misma ley, en virtud de la verificación de créditos de los acreedores, reza lo siguiente: “En la solicitud que se presente, los acreedores indicarán, para los efectos del artículo 131, lo que se les deba por concepto de **capital e intereses** y acompañarán los títulos justificativos de sus créditos así como su subordinación, si esta existiese, debiendo entregar en secretaría dos copias simples de

⁹³ Definición entregada por Adolfo Perry respecto de la igualdad de los acreedores (PERRY, Adolfo. Ob. cit. p. 203.)

la solicitud y sus anexos. Se aplicará respecto de las copias de la solicitud lo preceptuado en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 31 del Código de Procedimiento Civil”.

Es una orden legal para los acreedores que verifiquen sus créditos en la quiebra, que únicamente lo hagan de forma dineraria. El presente requisito, tiene como fundamento ético -que se ha contemplado como contrario a la igualdad de los acreedores-, que algunos podrían retirar bienes de la masa yendo en contra del interés de los acreedores. Es por tanto, que la quiebra ha de ser una forma de ejecución para los créditos de dinero y que todos deben reducirse a tal medición, cuando sea posible.

Aun así, cierta doctrina, ha de plantear que el hecho de que a los acreedores del fallido se les pague con moneda concursal, es consecuencia de la insuficiencia patrimonial para satisfacer todas sus cargas y no es consecuencia de la quiebra en sí misma⁹⁴.

32.2. Efectos de la quiebra en las obligaciones bilaterales según su beneficio para la masa

En las relaciones bilaterales, en que el fallido es acreedor y deudor de una obligación que se encuentra pendiente, se deberá de hacer una distinción respecto del beneficio que se le entrega a la masa por el cumplimiento de la misma, sea por parte del fallido y su contraparte.

⁹⁴ Ver Perry. Ob. cit. p. 206.

32.2.1. Obligaciones beneficiosas para la masa

En las relaciones bilaterales, en que a la masa de la quiebra le conviene el cumplimiento de las prestaciones por parte de la contraparte *in bonis*, se cumplen por el síndico, en su calidad de representante del fallido.

Habrá que distinguir, si se encuentra exigible o no la obligación para el contratante *in bonis* del fallido:

a) Si se encuentra exigible la obligación para la contraparte: El síndico, en su papel de representante legal, está facultado para hacer cumplir el contrato, pero siempre que cumpla la obligación a la que se ha obligado el fallido o se allane a hacerlo. De no realizar lo anterior, la contraparte puede eximirse del cumplimiento de su prestación, ya que no estará en mora si el fallido no cumple, pudiendo oponer la excepción de contrato no cumplido (artículo 1.552 del Código Civil).

b) Si no se encuentra exigible la obligación para la contraparte: El vencimiento y exigibilidad de los créditos, únicamente opera en la quiebra para la persona del fallido (artículo 67 de la Ley de Quiebras), más no para sus contrapartes en las obligaciones, como regla general.

Si la prestación de la contraparte, no se encuentra exigible para que la haga valer el síndico -siendo que es beneficiosa la obligación para la masa-, entonces éste, podrá llegar a un acuerdo extrajudicial con la contraparte o esperar que se haga exigible.

Sin perjuicio de lo anterior, no operará la aceleración de la obligación de la parte *in bonis* en virtud de la quiebra de un tercero.

32.2.2. Obligaciones no beneficiosas para la masa

Existen obligaciones que adquiere el quebrado, anteriores de la sentencia declaratoria, que no benefician a la masa y que generaría su cumplimiento altos costos para la masa.

El síndico, se abstendrá de cumplir las obligaciones a nombre del fallido si no resultaren beneficiosas, pudiendo el otro contratante, pedir la resolución de la obligación o cumplir su prestación. La contraparte *in bonis*, sólo podrá oponer la ejecución forzada en ciertos casos específicos, dependiendo del objeto de la obligación.

Se demuestra con lo anterior, que la primera representación de intereses del síndico, es con los acreedores del fallido y no con el fallido mismo. Es el primer fin de la representación del síndico, el llevar a cabo los deseos de los acreedores, repartiendo lo más equitativamente posible el patrimonio del fallido.

33. EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES EN QUE EL FALLIDO ES DEUDOR, CLASIFICADAS SEGÚN SU OBJETO

En palabras del jurista argentino Perry, las obligaciones concursales son: “(...) toda pretensión que, como consecuencia de la quiebra, se convierte en un derecho al dividendo”⁹⁵.

Como se ha anunciado anteriormente, la clasificación más importante de las obligaciones en virtud de los efectos que se provocan en la quiebra, dice relación con su objeto, es decir, si constan en una obligación de dar, hacer o no hacer algo.

⁹⁵ PERRY, Adolfo. Ob. cit. p. 27.

Se describirá a continuación, el efecto de la quiebra en las obligaciones dependiendo de su objeto, en que los acreedores han cumplido su obligación teniendo un crédito contra la quiebra o que se trate de una obligación unilateral donde el único obligado era el fallido.

Existen ciertas variaciones de los efectos de la quiebra en las obligaciones dependiendo de su prestación, y será trascendental, la determinación precisa del carácter de la obligación a cargo de la masa, para establecer como deberá de pagarse.

33.1. Quiebra en las obligaciones de dar dinerarias

Las obligaciones de dar dinerarias, consisten en que la prestación que se debe por una de las partes, reside en la entrega de una suma de dinero a otra parte.

Aquellos acreedores *in bonis* que tengan un crédito de dar cierta cantidad de dinero contra el fallido, con causa o título anterior a la declaración del concurso, podrán verificarlo según lo establecido en los artículos 131 y siguientes, de la Ley 18.175.

33.2. Quiebra en las obligaciones de dar no dinerarias

Con respecto a las obligaciones de dar no monetarias, consistentes en la transferencia de dominio de una cosa fungible o no fungible, aun cuando consten de un título justificativo y sean anteriores a la declaración, deben antes de su verificación, convertir el crédito en una suma determinada de dinero.

El fundamento legal de esta convertibilidad, se encuentra en razón de la verificación de los créditos. El artículo 133 de la Ley de Quiebras, señala: “En la solicitud que se presente, los acreedores indicarán, para los efectos del artículo 131, lo que se les deba

por concepto de **capital e Intereses** y acompañarán los títulos justificativos de sus créditos así como su subordinación, si esta existiese, debiendo entregar en secretaría dos copias simples de la solicitud y de sus anexos. Se aplicará, respecto de las copias de la solicitud y de sus anexos, lo preceptuado en los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 31 del Código de Procedimiento Civil”.

Este artículo 133 es una obligación para los acreedores que han de verificar en la quiebra, siendo que deben señalar únicamente sus créditos en concepto de capital e intereses, no pudiéndose efectuar el pago con los bienes del fallido que son comprendidos en la quiebra.

Es entonces preciso, que los acreedores con créditos de dar no dinerarios, deban antes de verificar sus créditos en la quiebra, acudir a un juicio declarativo que establezca el monto líquido de su obligación, su *aestimatio*. No se produce una conversión automática de estos créditos.

Con respecto a lo anterior, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado respecto de los créditos no dinerarios: “En efecto, al tenor del primer presupuesto aludido aquellos acreedores de obligaciones patrimoniales, no dinerarias, deben previo a su verificación, convertir sus créditos en una suma monetaria determinada (...) Lo anterior además resulta de toda lógica por cuanto no se puede pagar con una suma de dinero una obligación ilíquida. De manera que quienes carezcan de un crédito que reúna tal naturaleza deberán recurrir previamente a un juicio declarativo para ese efecto”⁹⁶.

Por tanto, las obligaciones de dar, no dinerarias, deberán convertirse en una obligación de dar, dineraria. La conversión se realizará, al querer verificarse y pagarse el crédito mediante los mecanismos concursales, lo cual deberá representar el valor del bien del que se trata.

Las obligaciones estipuladas en moneda extranjera, han de ser consideradas de dar una suma de dinero para efectos de la Ley de Quiebras. La convertibilidad de ellas, no

⁹⁶ Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo. 21 de Enero del 2010, Nancucho Nahelhuen Bernardino c/ Sociedad Constructora Cautin.

ha de ser declarada por un tribunal, sino que en virtud del momento de la declaratoria de quiebra.

En cuanto a la sanción para aquel acreedor de obligaciones de dar no dinerarias, que verificó su crédito, sin haber hecho anteriormente el trámite declarativo de su conversión, se debe establecer que el tribunal que conoce la quiebra, no deberá dar lugar a la misma, no pudiendo lograrse la satisfacción del crédito no convertido en moneda, a través de los mecanismos concursales.

Si se le paga al acreedor con un objeto distinto a la moneda concursal, se contravendría con un principio imperativo establecido por el artículo 133 de la Ley de Quiebras, que señala como requisito formal, que los créditos sean dinerarios.

33.3. Quiebra en las obligaciones de hacer

En las obligaciones de hacer en que el fallido sea parte, se debe de distinguir si la prestación perturba o no los bienes afectos de la quiebra, lo cual ayudará a instituir los remedios que puede tener el acreedor ante un eventual incumplimiento del deudor.

La mayoría de las obligaciones de hacer que se relacionan con la quiebra, tienen por prestación, suscribir un documento, que puede o no tener que ver con los bienes comprendidos en el concurso, sea por ejemplo, la suscripción de un contrato de compraventa en que la prestación de hacer se encuentra en un contrato de promesa.

El artículo 1.553, del Código Civil, establece tres posibles remedios ante la mora de una parte para las obligaciones de hacer. Este artículo expresa: “Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1° Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

2° Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

3° Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

Estos remedios, en virtud de la quiebra de una de las partes, han de sufrir variaciones, pudiendo ser o no aplicados dependiendo del caso, para lo cual se debe distinguir si afecta o no la prestación, bienes sujetos al concurso.

33.3.1. Obligaciones de hacer que no afectan bienes sujetos a la quiebra

Cuando la obligación de hacer, no comprende bienes sujetos a la quiebra, entonces el fallido podrá realizarlos por cuenta propia. Por ejemplo, cuando la prestación consiste en la realización de una obra artística, un concierto, un trabajo intelectual, profesional, etc. En estos casos, el síndico no debe de realizar o resolver la prestación en nombre del fallido, ni tampoco debe responder la masa ante tal ejecución.

La representación legal del síndico sobre la persona del fallido, no comprenderá a este tipo de obligaciones, sin perjuicio de que el acreedor del fallido pueda presentar ante la quiebra, un título declarativo que represente el monto de la indemnización de perjuicios proveniente del incumplimiento de este tipo de obligaciones.

Si la obligación de hacer, no compromete bienes de la quiebra, entonces el acreedor podrá ejecutar al fallido mediante algunos de los remedios que constan en el artículo 1.553 del Código Civil.

El acreedor del fallido, podrá activar los siguientes remedios:

- Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido:

En caso de incumplimiento, el acreedor puede compeler al fallido para que ejecute la obligación en virtud de la aplicación supletoria del artículo 1.553, N° 1, del Código Civil en esta materia, pudiéndose llevar a cabo, mediante un juicio ejecutivo de obligaciones de hacer, al no afectar bienes de la quiebra.

- Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor:

Como el quebrado pierde la administración de sus bienes en virtud del desasimio, es imposible que el acreedor pueda ejecutar el acto mediante un tercero a expensas del deudor.

Tampoco es posible hacerlo ejecutar a un tercero a expensas de la masa, ya que es imposible obligarla para que realice este tipo de pagos.

- Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato:

Es posible que el acreedor inicie un juicio declarativo en que se valoricen los perjuicios, comprendiendo daño emergente y lucro cesante provenientes de la no realización de la prestación del fallido.

Sin embargo, en virtud de que el fallido no dispone ni administra sus bienes, el monto de la indemnización de perjuicios entrará en la quiebra y podrá ser verificado como cualquier otro crédito, aun cuando en sus orígenes no comprenda bienes concursales.

33.3.2. Obligaciones de hacer que afectan bienes sujetos a la quiebra

Aquellas obligaciones de hacer que afectan bienes que están sujetos al concurso, han de quedar bajo la administración del síndico.

A los órganos de la quiebra, no se les puede obligar bajo ninguna circunstancia el cumplimiento de las obligaciones de hacer.

Es de extrañar la alteración que produce la quiebra en estas obligaciones, quitándoles toda vinculación imperativa a la parte fallida en virtud de la sola sentencia de quiebra. La razón de esto, se produce como consecuencia de que no se puede obligar a la masa de acreedores y a la quiebra, a velar por aquellos intereses de los terceros que tengan alguna acreencia con el fallido, cuya prestación consista en “hacer algo”.

La masa de acreedores y el síndico, deben velar por los intereses de una justa repartición para el pago de sus créditos, y sería falso establecer que la persona del fallido ha de ser remplazada por la masa y el síndico en su beneficio exclusivo.

En relación a lo explicado, Humberto Navarrini ha señalado: “La masa en efecto, no puede considerarse con la investidura de sucesor del quebrado de modo que venga obligada a asumir sus obligaciones; solamente liquida su patrimonio en su propio interés; no puede ser constreñida a cumplir los contratos echando sobre sí la correspondiente responsabilidad”⁹⁷.

Aun así, existe una excepción legal a esta arbitrariedad de cumplimiento y falta de vinculación del fallido, entregada por el artículo 70, inciso IV, de la Ley de Quiebras, que reza lo siguiente: “Los juicios ejecutivos, cuando haya excepciones opuestas, se seguirán tramitando con el síndico hasta que se dicte la sentencia de término. Los demás se paralizarán en el estado en que se encuentren y los acreedores usarán de su derecho en la forma que establece la ley. Cuando al tiempo de la declaración de

⁹⁷ NAVARRINI, Humberto. Ob. cit. p. 187.

quiebra **hubiere pendiente algún juicio ejecutivo por obligaciones de hacer** y existieren ya **depositados fondos para el objeto**, continuará la tramitación establecida para esta clase de juicios, hasta la total inversión de dichos fondos o hasta la conclusión de la obra que con ellos deba pagarse. En los demás casos, sólo podrá el acreedor continuar o iniciar sus gestiones para que **se considere su crédito por el valor de los perjuicios declarados o que se declaren.**”

Es en virtud del artículo 70, inciso IV de la Ley 18.175, posible ejecutar la obligación de hacer a expensas del fallido, pero con la salvedad de que el juicio sea anterior a la declaratoria y que se hayan depositado fondos para este objeto. Luego de la quiebra del fallido, los acreedores *in bonis* únicamente podrán iniciar juicios declarativos de sus créditos.

El inciso IV, del precepto, es el único artículo en la Ley de Quiebras, que señala la posibilidad del acreedor *in bonis* de cobrar la indemnización de perjuicios para verificarlo en la quiebra en caso de incumplimiento de obligaciones de hacer. Pero esta indemnización, no nace de la sentencia declarativa de quiebra, sino que del incumplimiento posterior del fallido que no ha de poder realizar la prestación.

Los acreedores *in bonis* que tienen una prestación a su favor de “hacer algo” con el fallido, únicamente han de poder accionar el remedio establecido en el numeral 3° del artículo 1.553, del Código Civil, pidiendo en un juicio declarativo, el cumplimiento por equivalencia correspondiente a la indemnización de perjuicios, que comprenderá el daño emergente y el lucro cesante provenientes de la no realización de su acreencia, que podrá ser verificada en la quiebra para que sea pagada con moneda concursal.

33.4. Obligaciones de no hacer en la quiebra

Las obligaciones de no hacer, son aquellas que imponen al deudor una conducta negativa de no desarrollar una actividad, ya sea material o meramente jurídica.

En la quiebra, la parte *in bonis* de la obligación de no hacer, sigue interesada en que el fallido, deudor de la prestación, la cumpla. Pero no es posible obligar a la masa de la quiebra a responder por este contrato, ya que significaría la transmisión a un tercero de la obligación de respetar, ya que la representación del síndico hacia el fallido no alcanza a este tipo de obligaciones.

La masa no es el sucesor del quebrado, sino únicamente, un liquidador de su patrimonio que vela por su propio interés, no pudiendo ser forzada a cumplir esta obligación de garantizar.

De incumplir el síndico en representación del fallido la obligación de no hacer, entonces el acreedor *in bonis*, que se va a ver vulnerado en su crédito, tendrá la posibilidad de pedir la indemnización de perjuicios, que comprende el daño emergente y lucro cesante (artículo 1.555, inciso I, Código Civil), mediante juicio declarativo que valore los montos de los daños.

En cuanto a la acción que dispone el artículo 1.555, del Código Civil, para este tipo de obligaciones, que consiste en **poder destruir la cosa hecha** -lo que es posible de realizar mediante juicio ejecutivo de obligaciones de no hacer (artículo 544 del Código de Procedimiento Civil)-, se hace completamente aplicable el artículo 70, inciso IV, de la Ley 18.175. Si ya se hubiese iniciado el juicio ejecutivo antes de la quiebra y existieran fondos para realizar la destrucción de estos bienes en un juicio ejecutivo pendiente a la hora de declaración de la quiebra, entonces la masa y el síndico no podrán negarse a que esto se cumpla.

34. EFECTOS DE LA QUIEBRA EN LAS OBLIGACIONES PENDIENTES EN LAS QUE EL FALLIDO OSTENTA LA CALIDAD DE ACREEDOR

Aquellas relaciones jurídicas en que se le adeude una prestación exigible al fallido, deberán de ser requeridas en cumplimiento por el síndico, en virtud de representar al quebrado y a los intereses generales de la masa de acreedores.

En caso de que estas acreencias no se encuentren exigibles o vencidas, en la práctica, se llegan a acuerdos extrajudiciales entre el síndico y la otra parte para que se disponga de la prestación para la masa, entregando por lo general, condiciones para el cumplimiento de la parte *in bonis* más favorables que lo pactado.

Lo anterior ocurre, en virtud de lo imperativo de pagar a los acreedores con todos los recursos que el fallido tiene disponible. No sirve una acreencia que se hará exigible en un futuro más lejano que el del pago de los acreedores con el resultado del concurso.

El artículo 27, N° 10, de la Ley de Quiebras, es imperativo al establecer que una de las tareas del síndico es **cobrar los créditos del activo de la quiebra**. Por lo cual, el síndico debe proceder a cobrar estos créditos –aun los no exigibles- que interesan a la masa, en representación del fallido. Puelma al respecto, señala: “(...) el síndico representando al fallido, en interés de la masa, debe proceder a cobrar judicial y extrajudicialmente lo que se le debe al fallido o a ejercer las demás acciones y derechos que le otorga a su representado la legislación común.”⁹⁸

⁹⁸ PUELMA, Álvaro. Ob. cit. pp. 90 y ss.

35. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DE LAS OBLIGACIONES EN LA QUIEBRA

La indemnización de perjuicios “consiste en el derecho que la ley otorga al acreedor para obtener del deudor el pago de una cantidad de dinero equivalente al beneficio pecuniario que le habría reportado el cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de la obligación”⁹⁹.

La indemnización puede ser de dos clases¹⁰⁰:

- Compensatoria: que es la cantidad de dinero a la que tiene derecho el acreedor para repararle el perjuicio que le reportó el incumplimiento total o parcial de la obligación.
- Moratoria: es la que tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el cumplimiento tardío de la obligación.

Con respecto a los daños provocados por el incumplimiento del deudor fallido, la legislación concursal, únicamente se refiere a ellos, en referencia de las obligaciones de hacer y no hacer algo, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1.553 N° 3 y 1.555 del Código Civil, y del artículo 70, inciso IV, de la Ley 18.175.

Pero a la hora de establecer, como regla general, cuáles son aquellos daños que podrán ser verificados en la quiebra, existe un completo silencio. Para analizar el tema en cuestión, se debe distinguir el momento en que se origina el daño y el momento en que es reconocido por los tribunales.

⁹⁹ RAMOS PAZOS, René. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1999, Chile, p. 235.

¹⁰⁰ Ibid. p. 237 y ss.

35.1. Preámbulo: Diferencia entre la *aestimatio* y los daños

La “*aestimatio*”, es la institución proveniente de Roma, que fija la cuantía del objeto del juicio, sea de manera contractual o judicial. En la quiebra, aquellas obligaciones de dar, hacer o no hacer que no estén estipuladas monetariamente, deberán cuantificarse y sacarse la *aestimatio* de la prestación, a la época de la sentencia que declara la quiebra, lo cual es diferente y proviene de un título completamente distinto a la indemnización de daños y perjuicios.

Perry señala, en consideración a lo anterior: “El acreedor que no pueda obtener la prestación en forma específica, insinuará en el pasivo un crédito equivalente al valor de la prestación a la fecha de la sentencia declarativa por la *aestimatio* de la cosa debida”¹⁰¹.

En la legislación concursal, la *aestimatio* es un derecho que no puede ser negado a ningún acreedor del fallido, ya que la quiebra, no distingue de la proveniencia del crédito, sino que únicamente que sea real y traducible en dinero.

35.2. Indemnización de perjuicios declarada por sentencia o solicitados judicialmente antes de la declaratoria de quiebra

Aquellas sentencias de indemnización de perjuicios en contra del fallido, que sean anteriores a la declaración de la quiebra, sí constituyen un crédito que puede ser verificado.

Aun cuando únicamente se haya reconocido el derecho de indemnizar perjuicios, sin establecerse la cuantía de la obligación, al tener una causa anterior a la quiebra han de poder ser insinuados en el pasivo. El desconocerlo, sería vulnerar el artículo 2° de la

¹⁰¹ PERRY, Adolfo. Ob.cit. p. 206.

Ley de Quiebras, siendo que no se comprenderían en el concurso todas las obligaciones del fallido.

Aquellas peticiones de indemnización de perjuicios que han sido entabladas, pero aún no declaradas por el tribunal al momento de la declaratoria de quiebra, también han de poder ser verificadas en el concurso, en virtud de tener una causa anterior a la declaratoria, y al que la acción de indemnización, es meramente declarativa.

Al respecto el profesor Osvaldo Contreras señala: “Estimamos, atendida la forma como la Ley de Quiebras autoriza la demanda de perjuicios y el cobro de intereses, que pueden verificarse y pagarse en la quiebra todos los créditos por perjuicios derivados de responsabilidad contractual del fallido cuya **causa sea anterior al día de la declaratoria**, solución que, además, respeta el efecto de la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores”¹⁰².

Adolfo Perry, expresamente está de acuerdo con esta postura al expresar: “Del mismo modo debe considerarse que deba afectar a la quiebra el crédito por daños, aun cuando la acción por resarcimiento haya sido solamente entablada antes de la declaratoria de quiebra y todavía no sentenciada por el magistrado”¹⁰³.

35.3. Indemnizaciones cuya causa es anterior a la quiebra, pero que no se han reclamado hasta su declaración

En la quiebra, son permisibles aquellas indemnizaciones de perjuicios que tengan una causa anterior a su declaración. En el caso de que así sea, pero que no se hayan reclamado ante tribunal competente hasta el momento de la quiebra, el acreedor *in bonis* que ha sido víctima del daño, requerirá de una declaración judicial que establezca el monto de estos perjuicios para poder verificarlos en la quiebra.

¹⁰² CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. Ob. cit. p. 169.

¹⁰³ PERRY, Adolfo. Ob. cit. p. 211.

Los órganos de la quiebra, no están facultados para establecer la cuantía de los daños provocados por los incumplimientos o retardos de las obligaciones, que anteriormente a su quiebra, hubiese contraído el fallido.

La sentencia que establezca la responsabilidad por daños y perjuicios, al tener únicamente un carácter declarativo, reconoce una situación jurídica preexistente otorgándole una cuantía para que puedan ser verificados y pagados por los mecanismos concursales.

35.4. Daños cuya causa se encuentra en la misma quiebra

Para que sea permisible que se indemnice por daños y perjuicios en virtud del incumplimiento de una obligación, es necesario un daño que sea **imputable**.

Controvertido es el asunto, de cuando se entiende que hay un incumplimiento posterior a la quiebra que tenga este carácter de ser imputable.

La quiebra en sí misma, no encierra un incumplimiento sino que una **imposibilidad de cumplir de facto** para el fallido en virtud de su impotencia patrimonial, siendo tal, que se le inhiben las facultades de administración y disposición de sus bienes mediante el desasimiento.

La pérdida de las facultades de administrar y disponer los bienes del fallido, no es imputables a su persona, sino que es una consecuencia jurídica de la declaratoria de quiebra, y que como tal, impiden al fallido obrar con culpa imputable en el retardo o incumplimiento de sus obligaciones.

Una hipótesis de daño imputable, cuya causa se encuentre en la misma quiebra y que sea posible de indemnizar, es aquella en que el síndico, en representación del fallido, haga un hecho imputable que merezca que responda la masa pasiva por el daño causado, y no el síndico con su patrimonio.

El síndico responde por culpa levísima, que según el artículo 44, inciso IV, del Código Civil: “(...) es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado”. Por tanto, la masa de la quiebra no se hará responsable por sus posibles daños con los acreedores, sino que la responsabilidad recaerá en el síndico que deberá de responder con su patrimonio.

Sin perjuicio de lo anterior, la única posibilidad en que nace la obligación de indemnizar en la declaratoria de quiebra, es cuando hay dolo por parte del fallido, es decir, sabía de su insolvencia y aun así contrató con un tercero suficientemente razonable, engañándolo y ocultándole su estado, lo cual da lugar a su responsabilidad que le es imputable desde que se declare la quiebra.

En este supuesto, la masa pasiva deberá de responder por el daño provocado por el fallido, pero aun así, esta causa que produce el daño indemnizable, sería anterior a la quiebra, exactamente, del mismo momento en que se ha contratado con el dolo del fallido.

Es entonces la regla general, que en la quiebra misma no hay posibilidad de incumplimiento imputable que haga nacer una obligación de indemnizar para la masa, salvo que hayan existido transacciones o un dolo anterior a la quiebra del fallido y que se desencadene con la declaratoria de quiebra.

Sin perjuicio de lo anterior, la suspensión de las obligaciones producto de la quiebra, ha de provocar la mora del fallido o del síndico en representación de éste. Según su definición: “(...) la mora es el retardo culpable en el cumplimiento de una obligación, unido al requerimiento de parte del acreedor”¹⁰⁴. Por tanto, la imputabilidad del fallido y su correspondiente mora, sólo es posible de encontrarla en el mismo momento de la dictación de la sentencia declaratoria de quiebra.

¹⁰⁴ SOMARRIVA, Manuel y ALESSANDRI, Arturo. Ob. cit. p. 208.

35.5. Análisis del artículo 70, inciso IV parte final, de la Ley de Quiebras, en relación a la indemnización de perjuicios en las obligaciones de hacer y no hacer

El inciso IV, del artículo 70, de la Ley 18.175 establece: “Los juicios ejecutivos, cuando haya excepciones opuestas, se seguirán tramitando con el síndico hasta que se dicte sentencia de término. Los demás se paralizarán en el estado en que se encuentren y los acreedores usarán de su derecho en la forma que establece la ley. Cuando al tiempo de la declaración de quiebra hubiere pendiente algún juicio ejecutivo por obligaciones de hacer y existieren ya depositados los fondos para el objeto, continuará la tramitación establecida para esta clase de juicios, hasta la total inversión de dichos fondos o hasta la conclusión de la obra con ellos deba pagarse. **En los demás casos, sólo podrá el acreedor continuar o iniciar sus gestiones para que se considere su crédito por el valor de los perjuicios declarados o que se declaren.**”

La parte final del artículo 70 inciso IV, señala lo que sucederá en “los demás casos” en las obligaciones de hacer, que es posible de equiparar a las obligaciones de no hacer. También indica, que el acreedor podrá pedir la valoración de los perjuicios.

Se deben hacer dos análisis de esta parte del artículo citado, siendo que el primero de ellos, debe hacer referencia a: ¿Cuáles son los demás casos? El segundo análisis, corresponde al fondo del asunto, siendo que habrá que dilucidar el verdadero alcance de lo que se establece como: “(...) sólo podrá el acreedor continuar o iniciar sus gestiones para que se considere su crédito por el valor de los perjuicios declarados o que se declaren”. Llama mucho la atención, que el acreedor pueda **iniciar gestiones** para pedir el cobro de perjuicios.

En cuanto al primer punto a analizar, los **demás casos** que establece el artículo son:

- Vencimiento de la obligación, anterior a la declaratoria de quiebra, en que se hayan o no incoado acciones por el acreedor para cobrar perjuicios, y que no se hayan depositado fondos para la ejecución forzada: No cabe duda, que al ser la causa del incumplimiento anterior a la quiebra, entonces el acreedor podrá mediante juicio declarativo, avaluar el objeto de su prestación y además, pedir la indemnización por daños que se le hayan provocado.

- Vencimiento de la obligación producto de la declaratoria de quiebra: Sólo entrega derecho a la *aestimatio* de la obligación por parte del tribunal, pero no hay posibilidad de que exista un incumplimiento imputable, que en virtud de la quiebra, dé lugar a perjuicios. No implica un incumplimiento en sí mismo sino una imposibilidad fáctica de cumplir para el fallido, por lo cual, resulta extraño que la ley parezca facultar el “pedir los cobros de perjuicios”, si no hay un incumplimiento imputable que dé lugar a ellos.

En cuando al análisis del segundo punto, de indagar el fondo del artículo 74, inciso IV parte final, debemos diferenciar:

- El acreedor podrá **continuar** sus gestiones para que se considere su crédito por el valor de los perjuicios declarados o que se declaren: Si el acreedor de una obligación de hacer o no hacer quiere verificar su crédito en la quiebra del fallido, entonces deberá traducir su obligación en dinero mediante un procedimiento declarativo.

Siendo el incumplimiento anterior a la quiebra, puede el acreedor ya haber iniciado o no este juicio declarativo y además, haber pedido indemnización de perjuicios. Una vez que se tenga la sentencia ha de poder verificarla en la quiebra para que se le pague con moneda concursal.

- El acreedor podrá **iniciar** sus gestiones para que se considere su crédito por el valor de los perjuicios declarados o que se le declaren: Cuando se señala en este artículo que el acreedor puede **iniciar** gestiones para que se le declaren los perjuicios, únicamente se hace cargo, de aquellos acreedores que tienen un incumplimiento imputable anterior a la quiebra y que no iniciaron gestiones hasta que esta se declaró. Pero al ser el juicio de valuación y el de indemnización, de carácter meramente

declarativos, es permisible que puedan accionarlos cuando deseen, para luego, con la sentencia en mano, verificar correctamente el crédito en la quiebra.

36. INTERESES DE LAS OBLIGACIONES EN LA QUIEBRA

La quiebra es una institución, que tiene por objeto el pago íntegro de los créditos del fallido con sus acreedores.

Es importante señalar qué es lo que se entiende por pago íntegro para esta institución, es decir, si se limita únicamente al capital que es debido, o también, comprende los intereses devengados por los créditos.

El Código Francés de 1887, resuelve este problema y marca la pauta para todas las otras legislaciones mundiales. Siendo que la quiebra, es un mecanismo para que el deudor se libere de sus obligaciones con su patrimonio impotente. Por lo cual, para liberar al deudor de sus antiguas obligaciones contraídas, es necesario que se contabilicen dentro de ellas, sus intereses y los gastos que esto conlleve.

37. LA SOLIDARIDAD EN EL CONCURSO

37.1. Concepto Civil

El artículo 1.511 del Código Civil, señala en su inciso I, que es lo que se entiende por solidaridad en las obligaciones, en contraposición de aquellas relaciones jurídicas simplemente conjuntas, estableciendo: “En general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores en el segundo, solo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito”. Y en su inciso II señala: “Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley, puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *insoludum*”.

Es a raíz de este artículo, que se puede definir las obligaciones solidarias como aquellas, en las que la prestación es un objeto divisible y existe pluralidad de deudores o acreedores, que cada codeudor se obliga a la totalidad de la deuda, pudiendo exigirla el acreedor, a cualquiera o a todos indistintamente (solidaridad pasiva), o por otra parte, cuando hay pluralidad de acreedores, cada acreedor puede recibir el pago de la deuda por parte del deudor indistintamente, salvo que un acreedor haya demandado el pago (solidaridad activa).

Las fuentes de la solidaridad, han de ser establecidas por el mismo artículo 1.511 recién citado, pueden ser únicamente, la convención, el testamento o la ley. Sin ellas no puede existir, ni presumirse esta institución.

La solidaridad es excepcional, lo cual se desprende del artículo 1.511, inciso III, del Código Civil, que indica: “La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establezca la ley”.

La solidaridad no se presume; al ser excepcional, de derecho estricto y de interpretación restringida, únicamente puede existir de así expresarse en el contrato por las partes, o establecerlo la ley o el testamento. Razón de este carácter excepcionalísimo de la solidaridad, es que quién la alega, debe ser capaz de probarla.

37.2. Clases de solidaridad

a) Solidaridad activa, pasiva o mixta:

- **Activa:** Comprende la relación de solidaridad de los acreedores del deudor.

El deudor, para realizar el pago de la deuda, puede dirigirse indistintamente a cualquiera de los acreedores, salvo que alguno de ellos haya demandado judicialmente la prestación, en cuyo caso deberá pagársele a él.

Su utilidad radica en entregar facilidades de pago para el deudor.

- **Pasiva:** Dice relación con la solidaridad entre los codeudores.

Es la garantía personal, que adquiere el acreedor, de una obligación con multitud de deudores, pudiendo dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos o contra todos de manera conjunta, por el total del monto, sin que los codeudores puedan oponer los beneficios de excusión o de división.

- **Mixta:** Aquellas obligaciones bilaterales en que las partes se componen por pluralidad de acreedores y de deudores, en que existe solidaridad tanto activa como pasiva proveniente de la misma convención.

b) Solidaridad legal o voluntaria:

- **Voluntaria:** Es aquella proveniente de la convención o del testamento.

- **Legal:** Aquella en que el legislador ha establecido la solidaridad, en virtud de interpretar la voluntad de las partes. Por ejemplo, en caso de delito o cuasidelito civil, que si hay varios autores, se harán solidariamente responsables (artículo 2.317, del Código Civil) o para entregar una mayor garantía al acreedor, como en el artículo 419 del Código Civil que establece la responsabilidad solidaria cuando existen varios guardadores responsables del pupilo.¹⁰⁵

37.3. Solidaridad activa

La solidaridad activa tiene como elementos: a) La pluralidad de acreedores; b) Cualquier acreedor puede demandar la totalidad de la obligación; c) Si se extingue la obligación por un acreedor, lo hace también respecto de todos los demás acreedores y; d) Es transmisible a los herederos.

“Se caracteriza porque junto con existir varios acreedores de una obligación con objeto divisible, cualquiera de ellos puede exigir su pago total, de manera que, cumplida en esa forma, se extingue la obligación”.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ver apartado 210. SOMARRIVA, Manuel y ALESSANDRI, Arturo. Curso de Derecho Civil, Redactado por Antonio Vodanovic, Tomo III, De las Obligaciones, Editorial Nascimento, 1941, Chile.

¹⁰⁶ RAMOS PAZOS, René. Ob. cit. p. 85.

37.4. Solidaridad pasiva

Son obligaciones solidarias pasivas, aquellas en que existen varios deudores y que se obliga a cada uno al pago de la misma prestación por el total, sin que puedan oponer cada uno el beneficio de excusión o de división.

En palabras de Manuel Somarriva: “La solidaridad pasiva constituye indudablemente la más eficaz de todas las garantías personales, ya que el acreedor podrá hacer efectivo el derecho de prenda general en tantos patrimonios cuantos sean los deudores solidarios, sin que a estos les sea lícito oponer los beneficios de división y de excusión.”¹⁰⁷

Los elementos de la solidaridad pasiva son: a) La pluralidad de deudores; b) Unidad de prestación de una cosa divisible; c) Fuente de la solidaridad; d) El pago de cualquier deudor extingue la obligación; e) El acreedor puede accionar en contra de cualquier deudor y f) No es transmisible a los herederos.

37.5. Naturaleza jurídica de la solidaridad

Existen dos teorías para explicar la naturaleza jurídica de la solidaridad:

a) Teoría Romana:

Siguiendo esta teoría, en la solidaridad activa, cada acreedor es mirado como propietario exclusivo de la totalidad del crédito, lo que explica que cada uno pueda cobrar el total o extinguir íntegramente la obligación por cualquier modo, oneroso o gratuito¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SOMARRIVA, Manuel. Tratado de las Cauciones, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1943, p. 39.

¹⁰⁸ Ver RAMOS PAZOS, Ob. cit. p. 85.

En la solidaridad pasiva, esta teoría implica que cada codeudor es considerado como único deudor, de manera que puede realizar aquellos actos que perjudiquen o beneficien a los demás codeudores.

b) Teoría francesa o del mandato tácito y recíproco:

Esta teoría, aplicada a la solidaridad activa, implica que cada acreedor es dueño sólo de su cuota en el crédito, y respecto de las otras cuotas, actúa como mandatario de los demás acreedores. El mandato es tácito, porque no lo establecen las partes expresamente, y es recíproco, porque cada acreedor tiene un mandato de cada uno de los demás.

Aplicada la teoría francesa a la solidaridad pasiva, cada codeudor es dueño únicamente de la cuota de la deuda, y para las demás cuotas, actúa mediante el mandato tácito y recíproco. Es decir, cada deudor representa, por el sólo ministerio de la ley, a los otros codeudores solidarios.

- **En Chile:**

La solidaridad activa es explicada por la tesis romana, lo cual se desprende de las notas de Don Andrés Bello en el proyecto del Código Civil, que expresamente señala seguir esta teoría. Además, el artículo 1.513, inciso II, del Código Civil que señala “La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado ya al deudor.” Por tanto, si a alguno de los codeudores se le extingue la deuda por estos modos, entonces a los otros también, por ser todos propietarios de la misma prestación.

En cambio, para la solidaridad pasiva, el Código Civil se acoge a la teoría francesa del mandato tácito y recíproco, en que cada deudor representa a los otros codeudores.

Se basa en que los comentarios de Andrés Bello, siendo que en el artículo 6°, del Título VIII, del proyecto del Código Civil, sólo era atingentes para la solidaridad activa. Así se ha establecido, unánimemente, por la jurisprudencia¹⁰⁹ que la teoría seguida en Chile para la solidaridad pasiva, es la del mandato tácito y recíproco.

37.6. Solidaridad en la quiebra

La solidaridad en la quiebra es un tema conflictivo, en virtud de la escasa regulación que se le entrega y porque los efectos propios de la quiebra, muchas veces chocan con esta institución. Se tratará de desentrañar a continuación, cuál es el comportamiento de la solidaridad en la quiebra.

37.6.1. Aceleración de créditos del deudor solidario fallido

La quiebra de un codeudor solidario, únicamente acelera su obligación, más no las obligaciones de los otros codeudores. Se fundamenta en lo siguiente:

a) La Ley de Quiebras debe ser interpretada de manera restrictiva: La Ley 18.175, no indica como regla general, la aceleración de los créditos de los codeudores. Sino

¹⁰⁹ Manuel Somarriva, en el tratado de las Cauciones, Ob. cit, p. 53 establece: “Nuestra jurisprudencia ha acogido sin reserva la doctrina del mandato tácito y recíproco. En sentencia de 8 de abril de 1919, la Corte Suprema dijo: “(...)el deudor representa por el ministerio de la ley a sus codeudores solidarios”. Después el mismo tribunal en fallo de 10 de julio de 1920, considerando 2°, manifestó: “Que las obligaciones solidarias producen diversos efectos que se encuentran determinados en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, conforme a los cuales los actos ejecutados por uno de los deudores favorecen o perjudican a los demás, estableciendo de este modo una representación recíproca entre ellos en sus relaciones con el acreedor, que hace que el acto de uno produzca los mismos efectos que si se hubiere ejecutado personalmente por los otros”. Finalmente insistió en la misma idea al decir en el considerando 4° de una sentencia del 24 de septiembre de 1929: “Que en el examen de esta cuestión procede observar desde luego que la solidad produce ciertos efectos secundarios como son los indicados en los artículos 1.521 y 2.519 del Código Civil, que no podrían explicarse satisfactoriamente sin admitir, como lo admite la doctrina y la jurisprudencia, una mutua representación entre los co-deudores”.

que únicamente, el artículo 67, inciso final, establece como excepción, la aceleración de la obligación solidaria para los otros codeudores, en caso de existir en las letras de cambio o los pagarés del fallido.

b) El Código Civil en general y el artículo 1.512 del mismo cuerpo en particular, tienen el carácter de supletorio para la legislación de quiebras: Se permiten diversos modos en las obligaciones solidarias (plazos, condiciones, etc.), y no es posible que un estado excepcional, como lo es la quiebra en la persona, afecte los modos de los otros codeudores acelerando sus créditos. Por tanto, si los codeudores deben la prestación solidaria a un plazo distinto, o bajo otra condición, y uno cae en quiebra, entonces se deberá de seguir respetando la modalidad, con la que contrajeron los otros codeudores *in bonis* la obligación solidaria.

c) El artículo 67, inciso I, de la Ley de Quiebras expresa: “En virtud de la sentencia de quiebra, quedan vencidas y exigibles **respecto del fallido**, todas sus deudas pasivas, para el solo efecto de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra y percibir los dividendos que correspondan al valor actual de sus respectivos créditos con más los reajustes e intereses que les correspondan, desde la fecha de la declaratoria”.

Es por el carácter excepcional de la quiebra, que no es posible que queden vencidas y exigibles las obligaciones de los codeudores que no estén en calidad de fallidos. La aceleración, es una medida especial consecuente de la quiebra, que sólo habrá de operar para la persona del fallido, salvo que la ley indique lo contrario. No es posible extrapolar el sentido de la norma, hasta dar alcance a la aceleración de créditos de terceros, aun cuando sean codeudores solidarios conjuntamente con el fallido. Como establece Perry: “(...) la exigibilidad operada por el auto declarativo de quiebra no tiene otro objeto que facilitar la distribución de los bienes que forman su activo, entre los diversos acreedores y colocarles bajo el pie de la más estricta igualdad”¹¹⁰.

¹¹⁰ PERRY, Adolfo. Ob. cit. p. 51.

La quiebra tiene por objeto realizar el pago de las obligaciones del fallido mediante sus propios mecanismos, teniendo únicamente efectos entre el fallido y su masa de acreedores, más no respecto de los otros codeudores.

d) No hay fundamento alguno que justifique privar a los codeudores del término estipulado, ya que la quiebra de uno de los coobligados, es un hecho ajeno a ellos. Esto contrariaría a los principios generales del Derecho.

e) En virtud de la autonomía de la voluntad, es posible pactar como condición en la convención donde se establece la solidaridad, la aceleración de la obligación de los créditos de los codeudores, en caso de quiebra de alguno de ellos.

37.6.2. Acreedor de codeudor solidario fallido

El acreedor de un codeudor solidario fallido, cuya obligación se ha acelerado por el total del monto de la obligación, puede verificar el crédito en la quiebra haciéndose parte de la masa. El acreedor, no podrá exigir el crédito a los otros codeudores en el caso que se encuentre pendiente para ellos, debiendo para esto, esperar el vencimiento de su crédito o el cumplimiento de la condición que se haya impuesto.

Las obligaciones solidarias, al permitir el legislador que tengan distintas modalidades entre los codeudores, permiten oponer a cada codeudor aquellas excepciones que emanen de su propio vínculo jurídico. Así lo ha reconocido el artículo 1.520, inciso I, del Código Civil, que señala: “El deudor solidario demandado puede oponer a la demanda todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación, y además todas las personales suyas”.

En caso de que la obligación solidaria sea exigible, tanto para aquellos codeudores *in bonis* como para el codeudor fallido, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de ellos. En el supuesto de que el que el acreedor se dirija contra algún codeudor que no se encuentre en estado de quiebra, entonces éste, haciendo uso de las reglas

generales del Código Civil, se subrogará en los derechos del acreedor, más no en la solidaridad y podrá repetir contra los otros codeudores y contra el codeudor fallido por sus cuotas.

Lo anterior es una consecuencia del inciso I, del artículo 1.522 del Código Civil, que dispone: “El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda”.

37.6.3. Artículos 144, 145 y 146 de la Ley de Quiebras

La Ley Concursal, ha previsto los efectos que se provocan por las quiebras de todos los codeudores solidarios para los acreedores, sean estos, concursos simultáneos o sucesivos.

La utilidad práctica de estos artículos, se encuentra en las hipótesis de la quiebra de las sociedades colectivas mercantiles y en comandita, en que acarrea la quiebra de los socios solidarios como predispone el artículo 51 de la Ley de Quiebras.

- **Artículo 144 de la Ley de Quiebras**

Dispone este artículo: “El acreedor por obligaciones suscritas, endosadas o garantizadas solidariamente por personas fallidas, podrá presentarse en todas las quiebras sean simultáneas o sucesivas, por el valor nominal de sus créditos, hasta su completo pago, y participar de los dividendos que dé cada una de ellas”.

El artículo 144, reafirma lo establecido por el artículo 1.511, inciso II y 1.514 del Código Civil, ya que es propio de la solidaridad que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de los codeudores por el total del monto de la obligación.

El precepto se fundamenta en la regulación de la solidaridad en las quiebras, ya sean simultáneas o sucesivas, de los codeudores.

De no existir esta norma, los efectos de la quiebra sobre las obligaciones solidarias variarían de lo establecido. Debiendo separar los efectos entre las quiebras simultáneas y sucesivas:

Si no existiera el artículo 144, en el supuesto de quiebras simultáneas de los codeudores solidarios, el acreedor que haya verificado su crédito en alguna de las quiebras de los coobligados, no podría volver a verificar esta obligación solidaria en alguna quiebra de otro de ellos. El dividendo entregado en moneda de quiebra hubiera sido equivalente al crédito, y se debería de considerar a la masa elegida, como única deudora, de esta opinión era Manuel Obarrio y Sacarry¹¹¹.

De no existir el artículo citado, en las quiebras sucesivas, el acreedor que haya verificado su crédito en una de las masas, podrá verificarlo posteriormente en la masa de otro coobligado, deduciendo las sumas percibidas de la quiebra precedente. Es la postura adoptada los Ordenamientos Jurídicos comparados que se silenciaron al respecto, y así lo explican los autores Dupuy de la Serre y Porthier.¹¹²

Entonces, el artículo 144, pone en sintonía el Código Civil con la Ley de Quiebras, no afectando el crédito de los acreedores solidarios, ni su garantía personal.

Es en virtud de no menoscabar la solidaridad como garantía, el que la mayoría de las legislaciones concursales occidentales del globo, tienen establecido un artículo que les entrega la posibilidad a los acreedores, de verificar por entero el crédito solidario en

¹¹¹ Ver Perry, Adolfo. Ob. cit. p. 57.

¹¹² Ver Perry, Adolfo. Ob. cit. p. 57.

todas las quiebras de los coobligados, sean estas sucesivas o simultáneas. Lo anterior ha sido recogido en Chile desde la creación de la Ley de Quiebras N° 4.558 de 1929.¹¹³

Este artículo 144, de la Ley de Quiebras, permite a los acreedores percibir su crédito “hasta su completo pago” y no es posible que el acreedor pretenda recibir un exceso de éste. En palabras del profesor Rafael Gómez Balmaceda: “Lo que no puede conseguir el acreedor, es pretender percibir el pago del crédito en exceso, porque el sobrante carecería de causa y habría lugar a la acción “*in reverso*”, para reclamar su restitución, de acuerdo al cuasicontrato del pago de lo no debido, según los artículos 2.295 y siguientes del Código Civil, y de ahí la frase final del artículo 144, que establece “Hasta su completo pago”¹¹⁴.

Existe una discusión que se plantea respecto del artículo 1.515 del Código Civil con el artículo 144 de la Ley de Quiebras, respecto de las quiebras sucesivas. Se dispone en el artículo 1.515: “La demanda intentada por el acreedor contra alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación solidaria de ninguno de ellos, **sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado**”. Entonces, cabe hacerse la pregunta respecto de las quiebras sucesivas de los coobligados, en que el acreedor percibe parte del crédito solidario mediante el pago en moneda concursal: ¿El acreedor en las otras quiebras de los coobligados, verificará por el total de la obligación o hará los descuentos del pago de la quiebra anterior?

Para responder esta pregunta, se debe confiar en el principio de especialidad, y por tanto es la Ley de Quiebras, en el artículo 144, la que deberá de entregar la solución.

El artículo indica, que el acreedor podrá presentarse en todas las quiebras de los coobligados, por el **valor nominal** de su crédito, debiendo establecerse el alcance de este término para saber si existe sincronización entre Código Civil y la Ley de Quiebras en esta materia.

A falta de significado legal, **valor nominal**, es una palabra técnica perteneciente a las ciencias económicas y financieras. Significa la cuantía que han asignado las partes

¹¹³ Ver 58° sesión de la comisión redactora de la Ley de Quiebras.

¹¹⁴ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. Artículo: La solidaridad en la quiebra. p. 8.

en el contrato oneroso, título o valor y cuyo importe figura escrito en él. Puede ser distinto al **valor real** al no incluir intereses, descuentos, pagos parciales u otros factores, es decir, que si se pactó una obligación solidaria por \$50 en el contrato, se deberá verificar los mismos \$50.

Es por esto, que los acreedores de una obligación solidaria, deberán verificar en las quiebras sucesivas, el valor que se establezca en el documento que origina la obligación. No se descontarán las partes que hubieran sido satisfechas en las quiebras anteriores, por establecerlo expresamente este artículo 144.

Lo anterior, de haberse silenciado la ley de esta manera, se hubiera tomado en cuenta el “valor real” de la obligación, en la que sí debiesen realizarse los descuentos de los dineros concursales percibidos en las otras quiebras de los coobligados.

Los fundamentos de esta excepcionalidad al derecho común, son: a) de origen práctico: deducidos en interés del acreedor para que no corra riesgo de no poder cobrar la totalidad de su crédito; b) en virtud de la equidad: ya que por la solidaridad, el acreedor ha querido asegurar el pago de su crédito y que se respeten sus intenciones, siendo que cada codeudor es parte interesada directa de la obligación. Al respecto Humberto Navarrini ha señalado: “(...) el legislador ha acogido muy probablemente tal regla impelido por el solo propósito práctico de hacer posible al acreedor que perciba la integridad de su crédito, posibilidad de la cual, de otro modo, podría quedar excluido”¹¹⁵.

¹¹⁵NAVARRINI, Humberto. Ob. cit. pp. 171 y ss.

- **Artículo 145 de la Ley de Quiebras**

Reza este artículo, en su inciso I: “Las masa de los codeudores o fiadores **no tienen derecho** para demandarse entre si **el reembolso** de los dividendos que cada una de ellas hubiere dado, a no ser que los dividendos pagados **excedan** de la cantidad a que asciende el crédito.” Y el inciso II, señala: “En este caso, la suma excedente se aplicará según el orden y la naturaleza de las obligaciones, a las masas de los codeudores o fiadores, en conformidad a las reglas generales, tengan derecho a repetir contra los otros”.

El precepto legal señalado, toca dos temas importantes: a) La no existencia de reembolso de los dividendos que cada masa hubiese dado y b) La distribución de los excedentes de lo pagado, en caso de que existieren, de acuerdo a las reglas generales.

Con respecto al planteamiento legal de la no procedencia de los reembolsos por las cuotas que se hubiesen pagado en las quiebras de los coobligados, al no existir derecho de repetición entre ellos por lo que hayan pagado, se modifican las relaciones internas de la solidaridad entre los codeudores.

La consecuencia de la prohibición de reembolso entre distintas masas, es de suma lógica, ya que de permitirse, se admitiría por segunda vez, el todo o parte de dicho crédito que ya fue pagado. Sería equivalente a verificar un mismo crédito dos veces en la misma quiebra.

En cuanto al inciso II, del artículo 145, de la legislación concursal chilena, se señala una excepción a esta prohibición de repetición o reembolso cuando el acreedor haya recibido excedentes de la quiebra, los cuales se repartirán de acuerdo a las reglas generales entre las masas activas de los coobligados.

Ahora bien cabe hacerse la pregunta ¿Cuáles son estas reglas generales?

Las reglas generales, son las que entrega el artículo 1.522, inciso I, del Código Civil que establece: “El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda”. El inciso II señala: “Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.”

Las reglas generales por tanto, que han de regir la entrega del excedente en las quiebras de los otros codeudores, han de mirar las relaciones internas dentro de la solidaridad, en las que habrá que distinguir el interés de los codeudores en la obligación.

En un primer supuesto, se podrían encontrar a todos los coobligados fallidos con un interés directo en la obligación, por lo que todos deberán soportar la obligación.

Por ejemplo¹¹⁶, en el supuesto de una obligación cuya prestación es 900, que contrajo una sociedad colectiva mercantil en quiebra y en que sus socios se obligaron solidariamente, que son “X”, “Y” y “Z” quienes también han caído en falencia en virtud del artículo 51 de la Ley 18.175.

Mediante los mecanismos concursales: la sociedad no paga nada; “X” paga 200; “Y” paga 500 y “Z” paga 700 de la obligación, quedando un excedente para el acreedor de 500. ¿Cómo se restituye el excedente?

Se deberá de restituir 350 al concurso de “Z” y 150 al concurso de “Y”, de manera que ambos coobligados hayan de pagar 350 al acreedor. No se harán restituciones al concurso de “X”, al no alcanzar a pagar su respectiva cuota.

¹¹⁶ El ejemplo es modificado, pero cuya idea es sacada de: TONÓN, Antonio. Derecho Concursal, Tomo I, Instituciones Generales. Editorial Depalma, 1988, Argentina, pp. 157 y ss.

En un segundo supuesto, la obligación solidaria no debe de ser soportada por todos los codeudores, sino que sólo por algunos de ellos. Somarriva y Alessandri indican al respecto: “Esta situación es posible, porque la solidaridad constituye una verdadera garantía o caución. Puede acontecer que los 300 que me deben Pedro, Juan y Diego, solo hayan aprovechado a Pedro, y Juan y, Diego se han obligado solidariamente con él como prestando una caución”¹¹⁷. En este caso, de haber sido pagada la obligación mediante el concurso de coobligados sin interés en la obligación, deberá restituírseles a ellos el excedente y será soportada por los que tengan interés.

Por ejemplo, en una obligación de 1000, que tenga interés únicamente “X” y que como garantía a ella se hayan coobligado solidariamente “Y” y “Z”, y los tres cayeron en quiebra. Siendo que “X” pagó 500, “Y” pagó 300 y “Z” pagó 300, quedando un excedente para el acreedor de 200, deberán de devolverse 100 a “Y” y 100 a “Z”, no existiendo reembolso para “X” por ser el directo beneficiado de la obligación.

- **Artículo 146 de la Ley de Quiebras**

Señala este artículo en su inciso I: “El acreedor de obligaciones solidarias que hubiere recibido alguna cantidad a cuenta de su crédito, antes de que ninguno de los codeudores o fiadores se encuentre en quiebra, figurará en las masas de quiebras de estos últimos que posteriormente se declararen sólo por la suma que se le quedare debiendo.” El inciso II del mismo artículo, expresa: “El fiador que haya verificado el pago parcial entrará a la quiebra por la suma a que asciende ese pago, y el codeudor, por la cantidad que exceda a la parte que le correspondía soportar en la deuda, y en ambos casos, con los intereses que haya lugar hasta la fecha de declaración de quiebra.”

El artículo 146 de la Ley, es una excepción a la verificación del acreedor de deudas solidarias, en las quiebras de los codeudores por el **valor nominal**, siendo que deberá

¹¹⁷ SOMARRIVA, Manuel y ALESSANDRI. Ob. cit. p. 151.

verificar por el valor que se le deba, siempre y cuando lo percibido de su crédito se haya realizado antes de la quiebra de los codeudores. Es una aplicación directa del artículo 1.515 del Código Civil.

Es de completa lógica esta excepción al artículo 144 y la aplicación del artículo 1.515 del Código Civil. Lo que se le resguarda al acreedor de una obligación solidaria, es justamente el que se le respete la garantía dentro de las quiebras de sus codeudores, pero todo aquello que ocurra fuera de ella, deberá de regirse por los principios del Derecho Común.

37.6.4. Sobreseimiento definitivo por el artículo 165, ¿Pone fin a la solidaridad de una obligación?

El artículo 165, en su inciso final, de la Ley de Quiebras, establece que con la concurrencia de ciertos requisitos, se dictará el sobreseimiento definitivo, que extinguirá las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas.

Reza este artículo: “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 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,

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.”

Existen dos posturas contrapuestas para resolver la inquietud, sobre si realmente se extinguen las obligaciones solidarias mediante el sobreseimiento definitivo del artículo 165.

Postura I:

El sobreseimiento del artículo 165, de la Ley 18.175, extingue los saldos insolutos de las obligaciones del fallido, contraídas con fecha anterior a la declaración de la quiebra.

La obligación solidaria es una sola, y a pesar que el artículo 165 se pronuncia sobre las obligaciones **del fallido**, no es posible que se extinga la obligación para un sólo codeudor solidario sin afectar a todos los demás.

Si se extingue esta única obligación frente al deudor principal, por ordenarlo así la ley, no puede ser considerado que subsista la obligación para todos los otros fiadores y codeudores solidarios.

Es así, que se vería el artículo 165, como un modo diferente de extinguir las obligaciones, a los que establece el Código Civil.

Postura II:

El artículo 1.514 y 1.515 del Código Civil, son los fundamentos de esta postura.

El artículo 1.514, establece que el acreedor puede dirigirse contra todos los codeudores solidarios o contra cualquiera de ellos. La demanda intentada contra

alguno de los deudores solidarios, no extingue la obligación de ninguno de los otros, sino en la parte en que hubiere sido satisfecha por el demandado.

El artículo 1.520, del Código Civil, señala que el deudor solidario puede oponer todas las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y todas las personales suyas. Por tanto, el sobreseimiento del artículo 165, de la Ley de Quiebras, no tiene la naturaleza de modo de extinguir las obligaciones, sino que es una excepción personal del fallido, que extingue sus obligaciones precedentes a la declaratoria de quiebra y los saldos insolutos, alcanzando únicamente las obligaciones del mismo.

La obligación solidaria tiene carácter múltiple, por estar impuesta a varios deudores. El sobreseimiento, no es ninguna excepción que afecte este carácter de la obligación, sino únicamente una especial extinción y excepción, respecto de uno de los acreedores.

Desde el punto de vista de obligación a la deuda, sólo el pago o la extinción de ésta por algunos de los medios equivalentes, extinguen la responsabilidad de los codeudores solidarios.

Seguir esta teoría, significa desconocer el sobreseimiento del fallido como un modo de extinción de las obligaciones de los demás codeudores, ya que únicamente, operará respecto del fallido, extinguiendo las obligaciones que lo aten a la obligación solidaria.

37.6.5. Novación de obligaciones solidarias en los Convenios Judiciales

En caso de que se nove la obligación solidaria a través de un convenio concursal - simplemente judicial o judicial preventivo-, se da término a la solidaridad, salvo expresa voluntad de los demás codeudores.

La novación hace perder las garantías de los créditos, y al ser la solidaridad una garantía personal, se inutiliza por este mecanismo, ya que se extingue la obligación anterior y se crea una nueva. Así también lo ha de considerar el artículo 1.519 del Código Civil, que dispone: “La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros a menos que estos accedan a la obligación nuevamente constituida”.

38. LA FIANZA

La fianza se encuentra regulada en el Título XXXVI del Código Civil y en el Título XVI del Código de Comercio.

El artículo 2.335, inciso I, del Código Civil, la define como: “La fianza es una obligación accesoria, en virtud de la cual una o más personas responden de una obligación ajena, comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o parte, si el deudor principal no la cumple.”

Entonces, esta institución es una garantía, en la cual, por medio de un contrato, un tercero denominado fiador se obliga a pagar una cantidad de dinero –y no otra cosa– en caso de que el obligado principal no lo haga.

Su utilización más corriente, consiste en garantizar una obligación ajena al fiador, siendo así una garantía personal sumamente utilizada en la vida comercial y civil.

Sus características más importantes son:

- Es un contrato consensual pero que suele ser solemne.
- Es un contrato, por lo general, gratuito: ya que al obligarse el fiador con el acreedor para el beneficio de un tercero, los gravámenes de la obligación, únicamente recaen en la persona del fiador. Aun así, el fiador puede pactar remuneración con el deudor o con el acreedor.

- Es un contrato accesorio: tiene por finalidad procurar al acreedor una garantía y por tanto, tiene como requisito la existencia de una obligación principal, lo que trae por consecuencia: a) La extinción de la fianza en caso de la extinción de esta obligación principal (artículo 2.314 del Código Civil con la excepción del artículo 2.354 del mismo Código); b) Que el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que derivan de la naturaleza de la obligación principal; c) Que la obligación del fiador no puede ser más gravosa en cuantía, condición, tiempo, modo, etc. que la del deudor principal (artículo 2.343 y 2.344 del Código Civil) y; d) Que las modalidades de la obligación principal pasarán a la fianza (artículo 2.340 del Código Civil).

- El fiador puede obligarse de manera más beneficiosa que el deudor principal con el acreedor (artículo 2.344 del Código Civil).

- Puede existir una fianza a favor del fiador, es decir, un subfiador que se someterá a las mismas disposiciones que el fiador (artículo 2.335 del Código Civil)

38.1. Clasificaciones de la fianza

38.1.1. Fianza legal, judicial y convencional

- **Legal:** Es aquella que proviene del texto expreso de la ley (artículo 89, 374 y 376 del Código Civil). La fianza legal, no goza del beneficio de excusión (artículo 2.358 N° 3 del Código Civil). Puede sustituirse por una prenda o hipoteca, al igual como ocurre en la fianza judicial (artículo 227 del Código Civil).

- **Judicial:** Debe apoyarse en un texto expreso de la ley, como ocurre con los propietarios fiduciarios.

- **Convencional:** Es aquella a la que libremente accede el fiador de acuerdo a una obligación principal y de acuerdo a la autonomía de la voluntad.

38.1.2. Fianza personal, hipotecaria o prendaria

- **Personal:** El fiador se obliga con su patrimonio.

- **Prendaria o hipotecaria:** Además de obligarse el fiador con su patrimonio, se constituye una prenda o hipoteca con el objeto de garantizar la obligación principal. El acreedor dispondrá de una acción real además de la acción personal contra el fiador, pudiendo pagarse preferentemente con los bienes prendados o hipotecados para el objeto de esta obligación (artículo 2.430, inciso III, Código Civil). Si el acreedor ejercitare la acción real contra el fiador, este no podrá oponer el beneficio de excusión (artículo 2.429, inciso I y 2.430, inciso II, del Código Civil). Tampoco podrá oponer el beneficio de división, en virtud de la naturaleza indivisible de la prenda o hipoteca que lo impide (artículo 1.526 N°1, 2.405 y 2.408 del Código Civil).

38.1.3. Fianza limitada o ilimitada

- **Limitada:** Se produce cuando se determinan las obligaciones concretas del fiador, o cuando se establece una cuantía fija de dinero a la que responder, respecto de la obligación principal. En caso de incumplimiento del deudor principal, solamente se responderá por lo estipulado (artículo 2.367 inciso III del Código Civil).

- **Ilimitada:** Es aquella fianza en la que no se determinan las obligaciones que garantiza el fiador, ni la cuantía por la que responderá. Únicamente, tiene el límite natural, de no poder extenderse más allá de la obligación principal (artículo 2.343 y 2.344 del Código Civil).

38.1.4. Fianza simple o solidaria

- **Simple:** Es aquella en que el fiador cuenta con defensas frente el acreedor, mediante el beneficio de excusión y de separación.

- **Solidaria:** Aquella pactada expresamente, en que el fiador, además de contraer la fianza, se obliga solidariamente con el deudor principal, siendo así que se priva del beneficio de excusión. Si son varios los fiadores, además se quedarán sin beneficio de división.

38.1.5. Excepciones que puede oponer el fiador

- **Beneficio de excusión:** Es una excepción de la naturaleza de la fianza. Se puede definir como la facultad que tiene el fiador para exigir al acreedor, que primero, se haga efectivo el crédito en el patrimonio del deudor principal antes que en su persona (artículo 2.357 del Código Civil).

Sin embargo, hay casos en que los fiadores no gozan del beneficio de excusión, como ocurre en aquellos que plantea el artículo 2.358 del Código Civil.

Sus efectos son: a) es una excepción dilatoria; b) una vez alegado, si el acreedor es negligente y el deudor principal, entretanto, cae en insolvencia, entonces el fiador únicamente responderá sobre lo impago que excede de los bienes que hubiere señalado; c) en caso de que el beneficio de excusión sea exitoso, se extingue la deuda por el monto que se extinga la obligación principal.

- **Beneficio de división:** Es la excepción establecida en el artículo 2.367 del Código Civil. Consiste en que, por regla general, cuando existen más de dos fiadores, se habrá de entender la deuda dividida en partes iguales para todos ellos, es decir, se obligan de manera simplemente conjunta.

- **Excepción de subrogación:** Consiste en que se le rebaje al fiador, todo o parte del monto que él hubiera podido obtener del deudor principal y de los otros fiadores si existieren, por medio de la subrogación legal (artículo 2.355 y 2.358 del Código Civil).

- **Excepciones reales y personales:** El artículo 2.354, establece que el fiador podrá oponer al acreedor las excepciones reales y personales suyas.

38.2. La fianza en la quiebra

Al ser la fianza, al igual que la solidaridad, una garantía personal sumamente utilizada en la vida comercial, se entrará a analizar su comportamiento para efectos de la quiebra, cuando existe la quiebra del fiador, la del deudor de la obligación personal o la quiebra de ambos.

38.2.1. Con la quiebra del deudor principal ¿Se acelera la fianza?

A diferencia de la solidaridad, la fianza es un contrato accesorio que sigue la suerte de la obligación principal entre un deudor y un acreedor.

En caso de que quiebre el deudor de la obligación principal, se debe dilucidar si el fiador puede oponer excepciones personales, para ver si lo afecta la aceleración de créditos que establece el artículo 67 de la Ley de Quiebras.

En virtud del artículo 67, se debe establecer que no es posible la aceleración de la fianza en caso de que el deudor principal quiebre. Esto se debe a que el vencimiento y exigibilidad de las deudas, únicamente opera y trae efectos para el fallido. A los otros sujetos, que ostenten obligaciones accesorias con el fallido, no los alcanzará la aceleración.

Es por esto, que el fiador podrá en caso de quiebra del deudor principal, oponer como excepción personal, la inoponibilidad de la quiebra del obligado inicial, siendo que se le deberán respetar los plazos para poder el acreedor hacer exigible la fianza.

38.2.2. Quiebra del deudor de la obligación principal

En el caso de que la fianza sea exigible y el obligado principal se encuentre en quiebra, hay una alteración respecto de las excepciones que puede oponer el fiador al obligado principal y el acreedor, siendo que el beneficio de excusión se verá dejado sin efecto.

Como la quiebra se desarrolla por medio de un juicio, que compromete a todos los bienes del fallido salvo las excepciones legales, claramente no regirá el beneficio de excusión para el fiador, debiéndose hacer cargo de la obligación afianzada.

Lo anterior se fundamenta, en la insuficiencia declarada de bienes del obligado principal, que impide al fiador oponerse al pago de la obligación por medio de la excusión.

En contra del deudor principal, se podrá subrogar el fiador en todos los derechos del acreedor contra el fallido, pudiendo verificar en la quiebra, todo lo pagado en virtud de la fianza.

38.2.3. Quiebra únicamente del fiador

La fianza es un contrato accesorio, y por lo mismo, sigue la suerte de la obligación principal, más a la inversa, el contrato principal no sigue la suerte del contrato accesorio.

Ante la quiebra del fiador, no es posible que se acelere la obligación afianzada que no haya de ser exigible en ese momento. Esto sucede, en virtud del carácter accesorio de la obligación y por depender de la obligación principal.

El acreedor, ante la quiebra del fiador, perderá su garantía personal, salvo que la fianza sea exigible desde antes del concurso, caso en el cual, podrá verificar el monto en la quiebra.

38.2.4. Quiebra del deudor principal y del fiador

El único artículo de la Ley de Quiebras que trata la materia, es el artículo 145. Señala la imposibilidad del fiador fallido de repetir en el concurso del obligado principal.

El artículo 144 de la Ley 18.175, únicamente es aplicable a la solidaridad y no a la fianza¹¹⁸. Al ser la Ley de Quiebras de carácter especial y constituir un estado excepcional en la persona, es que ha de interpretarse restrictivamente. No es posible equiparar los efectos de la solidaridad en los efectos de la fianza en el concurso.

Se deberán establecer los efectos, mediante los mecanismos que establece el Código Civil a través de la interpretación de la ley. Para esto, se debe distinguir si se trata de quiebras sucesivas o simultáneas del fiador y del obligado principal:

¹¹⁸ Artículo 144: El acreedor por obligaciones suscritas, endosadas o garantizadas solidariamente por personas fallidas, podrá presentarse en todas las quiebras, sean simultáneas o sucesivas, por el valor nominal de sus créditos, hasta su completo pago, y participar de los dividendos que de cada una de ellas.

- En caso de quiebras simultáneas del obligado principal y del fiador, el acreedor que haya verificado su crédito en la quiebra del deudor principal, no podrá volver a verificarlo en la del fiador. El dividendo entregado en moneda de quiebra será equivalente a su crédito y a su cumplimiento siendo que se extinguiría la fianza por este simple motivo.

- Si el acreedor verifica su crédito en la quiebra del fiador, se repite esta regla, no pudiéndola verificar en la del deudor principal. Excepción a esto, sucede cuando la obligación afianzada es por un monto menor que el de la obligación principal, pudiendo verificar en la quiebra de dicho deudor, la diferencia de estos montos.

- En caso de quiebras sucesivas entre el fiador y el obligado principal, y que la obligación sea exigible, el acreedor que verifica su crédito en la masa del primer sujeto que quiebra, podrá verificarlo después en la masa del otro, deduciendo las sumas percibidas del primer concurso.

El artículo 145, establece que se prohíbe el derecho de reembolso del fiador con la masa del deudor principal. Como establece el Profesor Gómez Balmaceda “No se perjudica a cada quiebra, al no sumarse el crédito del acreedor con el del codeudor que se subroga u del otro que, al no subrogarse el deudor en la acción del acreedor, se evita que el mismo deudor le disputa, a su vez, el derecho al cobro al propio acreedor, porque de otro modo la quiebra tendría que concurrir al pago de ambos créditos, esto es, el del acreedor y el del codeudor que lo subroga por lo que ya pagó”¹¹⁹.

¹¹⁹ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. Artículo: La solidaridad en la Quiebra, p. 10.

38.2.5. Fianza solidaria ¿Se rige por lo establecido en el artículo 144 de la Ley de Quiebras?

La fianza solidaria combina dos cauciones: la fianza y la solidaridad pasiva. Para vislumbrar los efectos de la fianza solidaria en la quiebra, se debe primero establecer si se regirá por las reglas de la fianza o por las de la solidaridad.

El Código Civil, no es claro a la hora de resolver este problema. La doctrina se encuentra dividida; pero ha establecido en su mayoría, que el fiador solidario ha de regirse por las normas de la fianza¹²⁰. Así, Leopoldo Urrutia ha señalado: “No debe confundirse al deudor solidario con el fiador solidario. El fiador solidario es fiador de toda la obligación principal, el codeudor solidario se obliga directamente por el todo; el que se obliga como fiador solidario, se obliga subsidiariamente por el todo”¹²¹.

De mirarse la fianza solidaria con la misma naturaleza jurídica que la fianza, entonces no es aplicable el artículo 144 de la Ley de Quiebras, pero de establecerse que tiene la naturaleza jurídica de la solidaridad, entonces se podría hacer aplicable.

En caso de que se estipule como caución personal, que se es tanto codeudor y fiador solidario, claro está que se regirá por las normas de la solidaridad.

¹²⁰ Los autores que siguen esta línea, son, entre otros: Manuel Somarriva, Leopoldo Urrutia, Colin et Caputant, Bonnacasse, Laurent, Huc´Fpunier, Volmet de Santerre y Troplong. Datos sacados de SOMARRIVA, Manuel. Tratado de las cauciones Op. cit. pp. 126 y ss.

¹²¹ Citado por Somarriva. Manuel. Tratado de las Cauciones. Ob. cit. p. 127.

CAPITULO IV: EFECTOS DE LA QUIEBRA EN ALGUNOS CONTRATOS PREEXISTENTES

El presente capítulo, se dedicará a establecer cuáles son las consecuencias de la quiebra sobre ciertos contratos, que han de ser elegidos según su importancia para la vida actual y según el interés del autor.

Los efectos de la quiebra en algunos contratos, se encuentran especialmente normados por la Ley 18.175, por leyes especiales que lo regulen, o en su defecto, se deberá atender a las reglas generales que rigen a las obligaciones preexistentes y pendientes en que el fallido sea parte.

39. CONTRATOS INTUITO PERSONAE

Los contratos *intuitu personae*, son interesantes para la quiebra, en virtud de que sus efectos dirán relación con la terminación o no de la credibilidad del deudor fallido.

La Ley de Quiebras, guarda un absoluto silencio respecto a lo que sucede con este tipo de contratos. Pero es en razón de algunas disposiciones en otros cuerpos legales - como en el Código Civil y Código de Comercio que regulan casos especiales-, que se debe establecer la terminación, por el sólo ministerio de la ley, de los contratos con carácter personalísimo.

El legislador presupone en este tipo de contratos, que con la quiebra, ha de terminar el crédito del fallido, razón por la cual es improbable que puedan continuar ejecutándose y produciendo efectos las obligaciones con él.

Los contratos *intuitio personae* son aquellos en que las partes que los componen son irremplazables, siendo que sólo ellas pueden realizar las prestaciones que se expresen en ellos. Ahora bien, es por la misma falta de permutabilidad de estos contratos, que en caso de que una de las partes quiebre -y por ende que pierda la administración de sus bienes en virtud del desasimiento-, van a tener que terminar y concluirse de pleno derecho, siendo que los órganos de la quiebra no pueden reemplazar al fallido.

En materia de quiebra, se presenta especial interés sobre lo que debe entenderse por el concepto *intuitio personae*. La Nueva Enciclopedia Jurídica, señala respecto de ello: “Las personas en la relación contractual pueden desempeñar una posición más o menos destacada, según la especial naturaleza del contrato. En muchos de ellos la figura personal del contratante se desdibuja y es jurídicamente indiferente. En otros, en cambio, la consideración a esta determinada persona fue lo que movió a la otra a contratar, y ahí se desprende la importancia que desempeña en la relación obligacional. Estos contratos son los llamados *intuitui personae* [sic], en atención al especial relieve que el elemento personal desempeña en los mismos”¹²². Esta definición, ha sido tomada desde un punto de vista **subjetivo**.

Sin perjuicio de lo anterior, existe otro concepto de contrato *intuitio personae* que tiene una mayor cabida en el Derecho moderno. Según esta nueva acepción, en la quiebra, los contratos *intuitio personae*, desde un punto de vista **objetivo**, son aquellos en que alguna de las partes no puede ser remplazada por sus órganos, porque presentaría una variación de lo sustancialmente pactado. Bajo este alero, no se considerarían contratos *intuitio personae* para efectos de la quiebra, todos aquellos contratos que el fallido desasido o los órganos de la quiebra podrían seguir cumpliendo.

En razón de que con la quiebra se da término a todos los contratos *intuitio personae*, es que se debe esclarecer cuál va a ser el significado que se le dará al vocablo. Se cree, que debe apuntarse a lo objetivo, en virtud de que los contratos que se puedan cumplir por el fallido desasido o por los órganos de la quiebra, no deben ser

¹²² Cita sacada de RAMOS OREA, Tomas. El principio *Intuitio Personae* como configurador del contrato de matrimonio, Boletín N° 1.451, España. p. 833, (Cita: Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo V. Preparado por Buenaventura Pellisé Prats, Francisco Seix, 1953, España. pp. 314 y 315).

comprendidos en este carácter personalísimo. Sin embargo, de acuerdo a las normas del mandato, es posible de extraer que el sentido entregado, es subjetivo.

En adelante, se analizarán los principales contratos *intuito personae* que han de jugar un rol en la economía moderna.

39.1. Mandato

39.1.1. Concepto civil

El artículo 2.116, del Código Civil, define este contrato en su inciso I: “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”; agrega el inciso II: “La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta, apoderado, procurador, y en general, mandatario”.

El mandato es un contrato de servicio muy utilizado en la economía moderna y es un contrato de confianza, en el cual la ley la asume recíprocamente entre las partes, siendo por esto, un contrato de carácter *intuito personae* desde un punto de vista subjetivo.

El objeto del mandato, es la realización de uno o más negocios, los que pueden tener la calidad de actos jurídicos o realizar actividades económicas por cuenta ajena, entregando al mandatario algún grado de autonomía.

En cuanto al negocio que realiza el mandatario, se realiza por cuenta y riesgo del mandante, y por tanto todos los efectos, derechos y obligaciones que surjan por el cumplimiento del encargo, serán atribuidos a la persona del mandante.

Es el más consensual de todos los contratos, admitiéndose su oferta y aceptación por cualquier medio, incluso tácitamente (artículo 2.123 y 2.124 del Código Civil). Pero en ciertos casos, la ley exige solemnidades para su perfeccionamiento, como por ejemplo, en el mandato judicial (artículo 6º, del Código de Procedimiento Civil) o el mandato para celebrar matrimonios (artículo 103, del Código Civil).

El mandato tiene naturalmente el carácter de contrato bilateral, generando obligaciones al mandatario de cumplir los negocios, y al mandante las obligaciones establecidas por el artículo 2.158 del Código Civil de: proveer al mandatario lo necesario para la ejecución del mandato; reembolsar los gastos razonables causados por la ejecución del mandato; pagar remuneración estipulada o usual; indemnizarle de la pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato. Excepcionalmente, tendrá el carácter de unilateral si es gratuito y no hay obligaciones que surjan para el mandante.

Las causales de terminación de este contrato, están expuestas en el artículo 2.163 del Código Civil, y manifiesta en su numeral 6º, que **el mandato termina por la quiebra o insolvencia del mandatario o mandante.**

39.1.2. Concepto mercantil

Se trata legalmente al mandato comercial, en el título VI del Código de Comercio. El artículo 233, lo define como: “El mandato comercial es un contrato por el cual una persona encarga la ejecución de uno o más negocios lícitos de comercio a otra que se obliga a administrarlos gratuitamente o mediante una retribución y a dar cuenta de su desempeño”.

El artículo 234, del mismo Código, señala que hay tres especies de mandato comercial: la comisión, el mandato de factores y mancebos o dependientes de comercio, y la correduría. Estos tres tipos de contratos, son al igual que en sede civil,

contratos que descansan en la confianza depositada entre las partes. Cabe hacer notar que la correduría no constituye mandato, sino una empresa de mediación que actúa entre distintas personas, de carácter oneroso y aleatorio al depender la remuneración de si se cumple la condición.

Julio Olavarría, tiene como postura que un mandato mercantil se diferencia con el civil, en razón con su objeto, señalando: “(...) creemos que debe atenderse al acto encomendado pero no respecto del mandante exclusivamente sino de ambas partes, porque el mandato puede ser un acto mixto o de doble carácter. Puede, por tanto, ser mercantil para ambos o ser mercantil para el mandante y civil para el mandatario”¹²³.

Con respecto a aquello que no se encuentre regulado por el Código de Comercio, se hace aplicable supletoriamente el Código Civil al mandato comercial. Por tanto, le son aplicables las causales de terminación del mandato civil, y habrá de terminar, entre otras causas, por la quiebra tanto del mandante como del mandatario (artículo 2.163 N° 6 del Código Civil).

39.1.3. Efectos de la quiebra en el contrato de mandato

Para analizar cuáles son los efectos que trae la quiebra respecto del contrato de mandato, se estudiarán separadamente los efectos de ella para el mandatario y el mandante.

¹²³ OLAVARRIA, Julio. Manual de Derecho Comercial, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, Impreso en Barcelona, 1970, España, p.184.

39.1.3.1. Quiebra del mandatario

El mandato, al ser un contrato *intuitio personae* que se celebra en razón de la confianza recíproca entre las partes, se resuelve de pleno derecho en virtud de la quiebra.

La ley, va a prever la voluntad de las partes; en el sentido que si una persona no ha sido capaz de administrar satisfactoriamente sus propios negocios cayendo en quiebra, no va a ser considerada digna para encargarse de los negocios ajenos.

Además, la prestación a la que se obliga el mandatario, es de carácter personalísima, por tanto, por mucho que en la quiebra del mandatario exista un interés en la continuación del contrato, el fallido mandatario es irremplazable por cualquiera que pudiere designar el síndico en su lugar.

Fernando Gualda Zamorano, ha expresado al respecto: "(...) siendo el contrato de confianza e empicando (sic) la quiebra un estado que inspira recelo al mandante, no se ve cómo podría el mandatario fallido administrar bienes para cuya cautela se requiere una diligencia que el fallido no ha sido capaz de demostrar, tratándose de sus propios negocios"¹²⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, el mandante puede otorgar un nuevo mandato al fallido, dándole una muestra de confianza persistente aún después de la quiebra. Osvaldo Contreras expone al respecto: "Sin embargo, no obstante que la quiebra del mandatario pone fin al mandato, no se divisa razón legal que impida que el mandante, insistiendo en una muestra de confianza hacia su mandatario, pueda renovar el mandato, confiriéndole uno nuevo después de declarada la quiebra".¹²⁵

¹²⁴ GUALDA ZAMORANO, Fernando. Algunos Efectos Especiales de la Declaración de Quiebra (en materia precontractual y contractual civil y mercantil), Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad de Chile. 1921, Chile, p. 56.

¹²⁵ CONTRERAS, Osvaldo. Ob, cit. p. 170.

39.1.3.1.1. Sobre la finalización del mandato, por la quiebra del mandatario

La quiebra y su desasimiento no producen incapacidad en el fallido, sino que una inhibición de derecho en la administración y disposición de sus bienes. En caso de que el fallido pueda contratar con un tercero, sin afectar los bienes de la quiebra, entonces ha de poder actuar, siendo completamente válido para todos, el contrato o acto jurídico de que se trata; por ejemplo: realizar un testamento.

De lo anterior, en caso de la quiebra del mandatario, resulta extraño el que la ley haya previsto la voluntad de las partes y haga finalizar el mandato, cualesquiera sean sus condiciones.

Muchas veces, los mandatos son gratuitos y reportan únicamente beneficios para el mandante. La terminación *ipso jure* del mandato en virtud de la quiebra del mandatario, podría gravar al mandante, siendo que su quiebra en muchos casos, no terminaría con la confianza entre las partes¹²⁶.

Existen dos argumentos principales para establecer la terminación del mandato en virtud de la quiebra del mandante, los que se pasarán a rebatir a continuación:

1°.- El mandato, por su condición personalísima, ha de terminar con la quiebra del mandatario, por ya no ser merecedor de la confianza que el mandante ha depositado en él.

Con respecto a este argumento, puede suceder que el mandatario fallido, siga siendo de absoluta confianza del mandante. Habrá que distinguir entre la confianza económica –crédito- y la confianza subjetiva entre los sujetos. Claramente en ciertos contratos de mandato, como la comisión mercantil, han de terminar en virtud de la quiebra, lo que se debe al fundamento que los envuelve, que es la confianza económica sobre la que descansan. Pero existen otros tipos de mandatos que

¹²⁶ La confianza depositada por el mandante hacia el mandatario, muchas veces no es de carácter económica, sino que personal. Las confianzas personales no han de terminar por la quiebra de una de las partes.

requieren una confianza de carácter subjetivo entre los sujetos, sin que necesariamente se vea afectado el vínculo por la quiebra del mandatario, ya que el objeto del mandato no altera los bienes sujetos a concurso.

2°.- Si el mandatario no ha sido capaz de administrar sus propios negocios satisfactoriamente, menos aún podrá administrar los negocios ajenos.

Con respecto al segundo argumento, se establece como fundamento para la terminación del mandato, la falta de capacidad de administración de los bienes propios del fallido.

El Profesor Ricardo Sandoval, considera a la quiebra como causal de la pérdida de confianza al fallido, expresando: “(...) la confianza del mandante desaparece al ser declarado en quiebra el mandatario, porque revela que si no ha sido capaz de administrar con éxito sus propios bienes, mal puede encargarse de negocios ajenos”¹²⁷.

Los profesores Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre señalan al respecto: “(...) como quiera que con ello se demuestra que no ha sido capaz de administrar convenientemente desde luego los suyos propios, con lo que menos podría intervenir en la gestión de los negocios ajenos”¹²⁸.

El desasimiento, es el efecto de la quiebra que únicamente alcanzará al fallido respecto de sus bienes concursales, más **no alcanzará los bienes ajenos de los que el fallido podría administrar**. Por lo tanto, el argumento de que el fallido no puede administrar bienes ajenos, no tiene ningún asidero legal, e incluso está permitido en virtud de no existir prohibición legal al respecto.

En los casos que el mandato es oneroso, a la masa de la quiebra del mandatario le puede convenir que siga en curso este contrato, en virtud de que lo único que se puede conseguir para la masa, son beneficios de la remuneración a cargo del mandante y

¹²⁷ SANDOVAL, Ricardo. Ob. cit. p. 109.

¹²⁸ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. Ob. cit. pp. 300 y ss.

sólo ante un incumplimiento, se podría generar la obligación de indemnizar generándoles un costo.

La ley prevé la revocación del mandato (artículo 2.163 N°3 del Código Civil), lo cual en, estos días, no es exacto. Antiguamente, la quiebra obedecía a un carácter punitivo que al estar asociado a delito, justificaba la pérdida de confianza. Es en este sentido que el Código Civil previó la voluntad para aquella época, más no para la actualidad. Como ya se ha explicado, existen muchos negocios en los que no importa la calidad y estado de los propios negocios del mandatario, por tanto su quiebra, no es necesariamente una razón de pérdida de confianza.

Como posición al respecto, se estima que la ley no debiese exponer como causal de terminación del mandato, la quiebra del mandatario.

No tiene sentido que el mandante confiera un mandato nuevo en caso de que no termine la confianza. Si se ha de perder la relación de confianza con el mandatario en virtud de la quiebra, bastaría con que el mandante expresará unilateralmente el término del contrato, sin que la masa del mandatario pudiese hacer nada al respecto, al no serle oponible esta decisión, por su naturaleza, irremplazable.

Los mandatos que sí debieran terminar por el sólo ministerio de la ley, son únicamente, aquellos en que se afectan bienes de la quiebra; tales como la comisión mercantil, en que los supuestos del negocio sí se podrían verificar en el patrimonio del comisionista fallido.

39.1.3.2. Quiebra del mandante

El Código Civil, establece la finalización del contrato de mandato, en caso de la quiebra o insolvencia del mandante, que además de la pérdida de confianza que presupone, sucede en razón del desasimiento.

Por la sola declaración de quiebra del mandante, este va a perder la administración y disposición de sus bienes, siendo que si él no puede disponerlos, menos podrá hacerlo un tercero no señalado por la ley. El único sujeto que contará con las facultades de administración, va a ser el síndico.

Al no distinguir la ley, han de terminar también aquellos mandatos que no afectan bienes de la quiebra del mandante, lo cual no impide que el fallido pueda volver a otorgarlo. Ej. Mandato solemne para contraer matrimonio.

No es necesario que la ley señale la terminación del mandato en virtud de la quiebra del mandante cuando se afectan bienes comprendidos en la quiebra, ya que por el sólo desasimio, se hace imposible la continuación de este contrato.

39.1.3.3. Momento en que se extingue el mandato, en virtud de la quiebra

39.1.3.3.1. Quiebra del mandante

En cuanto a cuál es el momento en que ha de terminar el contrato de mandato en virtud de la quiebra del mandante, habrá que dirimir si su terminación es una consecuencia directa o no del desasimio y si se ha de encontrar comprendido en ella.

Si el contrato de mandato tiene por objeto una **cosa distinta a los bienes comprendidos en la quiebra** -como por ejemplo, el caso del mandato solemne para contraer matrimonio-, entonces se aplicarán las reglas generales, entregadas principalmente por el artículo 38 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 54 de la Ley de Quiebras. En razón de estos artículos, el mandato terminará en virtud de la notificación de la quiebra por aviso en el Diario Oficial, que ha de servir de anuncio a todos los interesados en ella.

Al respecto, Ricardo Sandoval López señala: “La terminación del mandato se produce, en este caso, respecto del mandatario, desde que se notifica por aviso en el diario oficial la quiebra del mandante”¹²⁹.

Se reafirma esta teoría en:

- Artículo 38 del Código de Procedimiento Civil, que señala: “Las resoluciones judiciales **sólo** producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella”.
- Artículo 64 de la Ley de Quiebras señala que la sentencia declaratoria de quiebra produce el desasimio de pleno derecho. Por lo tanto, a contrario sensu, los otros efectos de la sentencia declaratoria de quiebra exigirán notificación.
- Artículo 54 de la Ley de Quiebras señala: “La sentencia que declare la quiebra se notificará al fallido, a los acreedores y a terceros por medio de un aviso”.

Sin embargo, cuando el mandato tiene por objeto alguna **cosa que involucre bienes comprendidos en la quiebra**, puede concebirse el término del mandato como una consecuencia directa del desasimio.

En este caso, el mandato terminaría sin necesidad de notificación de la sentencia declaratoria de quiebra, ya que se le aplicaría como regla, el artículo 64 de la Ley 18.175 que señala en su inciso I: “Pronunciada la declaración de quiebra, el fallido queda inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes. Salvo aquellos inembargables”.

La razón para que el mandato termine de plano, esto es, sin necesidad de notificación, es que el término del contrato de mandato, en virtud de la quiebra del mandante, es una consecuencia directa y se encuentra comprendido en el desasimio, ya que el mandante pierde la administración y disposición de sus bienes de pleno derecho, y por tanto, menos podrá disponer un tercero – que no sea el síndico

¹²⁹ SANDOVAL, Ricardo. Ob. cit. p. 108.

o la masa de acreedores- de los propios bienes del fallido que se encuentran desasidos.

39.1.3.3.2. Quiebra del mandatario

En caso de quiebra del mandatario, para que se produzca el efecto señalado en el artículo 2.163 N° 6 del Código Civil, debe existir conocimiento del mandante *in bonis*. Esto es consecuencia de que no es posible encuadrar el término del mandato como una consecuencia del desasimiento, ya que el mandatario estaría administrando bienes ajenos o realizando hechos en beneficio de otra persona diferente.

Se terminará el mandato en virtud de la sentencia declaratoria de quiebra, en virtud de la notificación establecida en el artículo 54 de la Ley de Quiebras, esto es, por aviso en el Diario Oficial.

39.2. Contrato de Comisión

Se puede definir la comisión, como el contrato, en que una parte -el comisionista- se obliga a realizar una actividad consistente en uno o más actos mercantiles individualmente determinados a cuenta de otro -el comitente-, pudiendo obrar a nombre propio o a nombre de su comitente.

El contrato de comisión es una especie de mandato comercial (artículo 234 del Código de Comercio) que presenta ciertos efectos propios en la quiebra, los cuales son entregadas por la Ley 18.175.

El artículo 235 del Código de Comercio dispone: “El mandato comercial toma el nombre de comisión cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles

individualmente determinadas”, y el artículo 3° de este mismo código, señala que es un acto de comercio en su numeral 4°.

Por tanto, son presupuestos para la comisión: a) El que verse sobre una o más operaciones mercantiles y b) Que tales actos sean individualmente determinados.

Es propio de la comisión, que tenga por objeto la realización de los actos de comercio enumerados en el artículo 3°, del Código de Comercio, ya que si se llegasen a encomendar actos civiles, entonces sería un mandato civil y no una comisión propiamente tal.

La Corte Suprema, ha sido contradictoria sobre el punto anterior, así el año 2010 ha señalado: “Y para calificar de comercial o civil la comisión, es preciso atender la **naturaleza mercantil o civil del acto encomendado** que constituye el objeto de ella, ello según las reglas del artículo 3 del Código de Comercio. Así, pues, si el acto que se encarga es alguno de los enumerados en la norma antes indicada, la comisión tendrá el carácter de acto mercantil, y en caso contrario será simplemente civil”¹³⁰,

En cambio el año 2007, la Corte Suprema tuvo otro razonamiento, centrando el carácter de mercantil en la persona del comisionista y no en el acto de comercio que desarrolla, estableciendo: “Así toda **actividad de los comisionistas** será mercantil, **aunque el encargo no lo sea**, porque es objeto del derecho comercial la vida de los comisionistas profesional. Lo que es mercantil es la comisión, que por definición legal versa siempre sobre operaciones comerciales individualmente determinadas, en tanto actividad típicamente mercantil; donde participe un comisionista en el desarrollo de esa actividad hay acto de comercio. Cuando se observan las reglas comunes a los comisionistas se advierte que la comisión mercantil se centra en el mandatario o comisionista.”¹³¹

La segunda característica propia del contrato de comisión, dice relación con las operaciones sobre las que recaen, las cuales deben ser determinadas y no genéricas,

¹³⁰ Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo, 22 de Septiembre del 2010, Sociedad Agrícola Padre Hurtado Ltda. Y otro c/ Dole Chile S.A.

¹³¹ Corte Suprema. Recurso de Casación en el Fondo. 11 de Septiembre del 2007, Contreras Medina, Raúl c/ Banco Sud Americano.

ya que de otra manera nos encontraríamos frente a un mandato mercantil y no ante un contrato de comisión.

El artículo 236, del Código de Comercio, nos indica que hay cuatro clases de comisionistas: para comprar; para vender; de transporte por tierra, lagos, ríos o canales navegables; y para ejecutar operaciones de banco.

39.2.1. La comisión en la quiebra

El contrato de comisión, al ser una especie de mandato, se regirá por las normas que ya han sido señaladas en el apartado 39.1 de este capítulo, por tanto, la comisión, también terminará por el solo motivo de la quiebra del comisionista (mandatario) o del comitente (mandante), haciéndose aplicable las normas del Código Civil supletoriamente.

La finalización del contrato de comisión en virtud de la quiebra, se debe al carácter personalísimo en su carácter objetivo de la relación, en que el comisionista debe realizar los encargos del comitente por su persona sin poder delegar, salvo los casos señalados por la ley (artículo 261 y siguientes del Código de Comercio).

Los contrato de comisión de venta y de compra, sufren en la quiebra, variaciones diferentes a las sufridas en el mandato, en virtud de disposiciones especiales de la Ley 18.175.

39.2.1.1. Efectos de la quiebra del comisionista en el contrato de comisión de venta

En caso de quiebra de un comisionista que venda, se terminará el contrato.

El comisionista que vende por cuenta del comitente, adopta una posición de mediador en la transferencia de la propiedad de las mercancías encargadas entre el comitente y un tercero. No llega a adquirir previamente la propiedad de la cosa en cuestión, sino que únicamente actúa según su mandato para poder disponer de la cosa para la venta.

En este contrato, se aplicará el artículo 83, de la Ley 18.175, que en virtud de la reivindicación dispone, en su inciso I: “Podrán ser también **reivindicadas**, en todo o en parte, mientras puedan ser identificadas, las mercaderías consignadas al fallido a título de depósito, comisión por venta o a cualquier otro que no transfiera dominio.”; el inciso II del mismo artículo señala: “Vendidas las mercaderías, el propietario de ellas podrá reivindicar el precio o la parte del precio que, al tiempo de la declaración de quiebra, no hubiere sido pagado o compensado entre el fallido y el comprador”. En adelante, se tratará de dilucidar la acción reivindicatoria otorgada al comitente en la quiebra.

El artículo 889, del Código Civil, define la acción de dominio o reivindicatoria con las siguientes palabras: “La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”.

Resulta extraño que la Ley de Quiebras, señale el **derecho de reivindicación** del comitente sobre las mercaderías del fallido comisionista.

El comisionista, nunca estuvo en dominio de las mercaderías, ya que sólo era un intermediario entre el comitente y un tercero para la adquisición de un bien por este último, representando al comitente y por tanto reconociendo el dominio ajeno.

Es por lo anterior que se debe establecer cuál es el alcance de la Ley de Quiebras al respecto.

La primera opción, es que la Ley de Quiebras haya seguido la doctrina clásica respecto de la naturaleza jurídica del contrato de comisión. Esta consistía, en el caso de un encargo de venta, que el comitente traspasaba la posesión al comisionista, para luego ser traspasado a un tercero.

El planteamiento anterior, debe ser desacertado en materia comercial, tanto por la falta de practicidad para poder llevarlo a cabo, como por además, por no existir un indicio histórico o legislativo al respecto.

Como segunda opción, se debe plantear que el artículo 83, de la Ley de Quiebras, no establece una acción reivindicatoria –en su sentido jurídico civil- para el comitente. El vocablo reivindicación utilizado por el legislador en la Ley N° 18.175, dice relación con su sentido natural y obvio.

Para el Diccionario de la Real Academia Española, reivindicar significa: “Reclamar algo a lo que se cree tener derecho”. En el caso concreto, significaría entregarle el derecho al comitente para recuperar las cosas que estén en manos del fallido comisionista. En este sentido, el artículo 83 de la Ley de Quiebras, tendría como función, el respetar al derecho de propiedad del comitente de una turbación diferente que la falta de posesión.

Las mercaderías en cuestión, se encontrarían físicamente en la masa de bienes del fallido comisionista, más jurídicamente, no pertenecerán a la masa activa de la quiebra. Al respecto, Guillermo Le-Fort, ha establecido: “La masa no podría alegar que el dueño de las mercaderías era el fallido, ya que solo frente a terceros pudiera tener tal carácter, ante el comitente es un simple mandatario. Es por eso que la ley hace soportar el caso fortuito al comitente y no al comisionista, y es bien sabido que las cosas producen y perecen para su dueño”¹³².

¹³² LE-FORT, Guillermo. Ob. cit. p. 288.

El artículo 83, inciso I y II, no entrega al comitente la calidad de acreedor de la quiebra, sino que le mantiene su calidad de dueño de la cosa. Simplemente, admite recuperar la tenencia material de las mercaderías de dominio del comitente, que se encontraba en manos del comisionista fallido. De no poder recobrar las mercaderías, se permite recuperar en su defecto, el precio de ellas.

Ahora bien, para la permisión de esta “reivindicación”, se ha de establecer cuál es el objeto y alcance que se le entrega al artículo 83.

El precepto, indica que las “mercaderías” consignadas al fallido comisionista, deben ser “**identificadas**”. La jurisprudencia ha señalado al respecto: “(...) no habiendo definido la ley lo que debe entenderse por “mercaderías”, debe tomarse esta palabra en su sentido natural y obvio, o sea toda cosa mueble vendible o susceptible de valor comercial”¹³³.

El alcance de esta reivindicación, incluye a todas aquellas cosas que cumplan los siguientes requisitos copulativos: a) Susceptibles de comercializar; b) Que el comitente haya entregado al comisionista para vender; c) Que las mercaderías no se hayan transferido a un tercero; y d) Que sean “**identificables**”, es decir que tengan las características especiales que el comitente ha establecido para ellas: su marca, embalaje, características de naturaleza y sustanciales. En el caso de no presentar este carácter y de confundirse con otras mercaderías, además de no poder reivindicarse, tampoco podrá recuperarse el precio.

En cuanto al inciso III, del artículo 83, que reza: “No se entiende pagado el precio por la simple dación de documentos de crédito, firmados o transferidos por el comprador a favor del fallido; y si existieren tales documentos en poder de éste, el propietario podrá reivindicarlos, siempre que acredite su origen o identidad.”; se establecen como requisitos, para que opere la reivindicación del precio de las mercaderías, la acreditación del origen e identidad de éstas, no siendo suficiente la dación de documentos de crédito. Esto protege a la masa de acreedores de la

¹³³ Corte de Apelaciones de Iquique, 30 de Mayo 1922, G., 1922. 1.er sem., N° 128, p. 506. Citado de Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, escrito por Jorge Ugarte Vial. p. 53.

posibilidad de pagar un crédito con dineros que podrían pertenecer a la quiebra, por un título distinto y por mercaderías diferentes a las que son objeto de la comisión.

En cuanto a la posibilidad de reivindicar aquellos bienes inmateriales, tales como los derechos de llave de un negocio, patentes, software, etc., al ser también entendidas como mercaderías por ser susceptibles de ser vendidas, pueden ser reivindicadas por el comitente.

La ley de Quiebras por tanto, parte del supuesto que en el contrato de comisión, el comisionista no es dueño de las cosas y que debe ser respetado el derecho de propiedad del comitente. Al respecto Le-Fort ha expresado: “La ley permite al comitente recuperar de la quiebra del comisionista las mercaderías pertenecientes a aquél, primero, como un respeto al derecho de propiedad y, segundo, porque como las mercaderías se encuentran en poder de un comisionista profesional, los terceros suponen o presumen que ellas no pertenecen al comisionista. Se reivindique el precio, (que representa las mercaderías), o las mercaderías, en uno u otro caso, el objeto no se ha confundido con el activo de la quiebra”¹³⁴.

39.2.1.2. Efectos de la quiebra en el contrato de comisión de compra

La comisión de compra, consiste en el contrato cuyo encargo principal es que el comisionista adquiera ciertas mercancías de un tercero, para luego entregarlas al comitente que las ha encargado.

Si el comisionista actúa a nombre propio, existe una discusión respecto que si adquirirá para sí el dominio de las mercancías objeto del encargo, o, si se entenderán desde el momento de la compra, adquiridas por el comitente.

¹³⁴ LF-FORT, Guillermo. Ob. cit. p. 287.

De entenderse que el comisionista que actúa en nombre propio, adquiere el dominio de las mercancías¹³⁵ en el intertanto en que debe traspasarlas al comitente, los bienes que son objeto de la comisión y que no se encuentran transferidos, no existirían para el concurso del comitente fallido. Esta teoría debe ser desechada por ser contraria a lo establecido por el artículo 298 del Código de Comercio.

Si en cambio, se entiende que el dominio de las cosas que son objeto de la venta por el contrato de comisión, se transfiere directamente del tercero al comitente, podrá el comisionista, mientras no se le pague el precio, negarse a entregarle las mercaderías, oponiendo el derecho real de retención o pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

39.2.1.2.1. Efectos de la quiebra del comitente en el contrato de comisión de compra

En cuanto a los efectos que produce la quiebra del comitente en la comisión de compra, la Ley 18.175 ha establecido ciertos efectos especiales.

Dispone el artículo 91, de la Ley 18.175: “El comisionista que ha pagado o se ha obligado a pagar con sus propios fondos las mercaderías compradas y remitidas por orden y cuenta del fallido, puede ejercitar las mismas acciones concedidas al vendedor por el artículo 87”.

¹³⁵ Al respecto expresa Priscila Egas de Castro: “Pero si el comisionista actúa en nombre propio, adquirirá para sí el dominio de las mercancías compradas, y no se concibe un derecho de garantía sobre las cosas propias. Si actúa a nombre del comitente, cabrá concebir el derecho de retención que le permitirá al comisionista negarse a la entrega de las mercancías al comitente mientras éste no satisfaga los créditos del comisionista” (EGAS DE CASTRO, Priscila. Artículo: Contrato de Comisión, Revista Jurídica, de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Tomo 4, 1991, Ecuador, p. 57 y ss).

Roberto Goldschmidt, respecto a la adquisición de dominio de las mercancías, también señala: “En caso de comisión de compra, si no existiese una disposición legal al respecto, la propiedad debería pasar primero al comisionista con el cual trata el tercero y el comisionista debería transferir luego la propiedad adquirida al comitente.” (GOLDSCHMIDT, Roberto, Curso de Derecho Mercantil, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008, Venezuela, p. 225).

Respecto del artículo 87 de la Ley de Quiebras, reza en su inciso I: “Mientras estén en camino las cosas muebles vendidas y remitidas al fallido, el vendedor no pagado podrá **dejar sin efecto la tradición, recuperar la posesión y pedir la resolución de la compraventa.**” El inciso II del mismo artículo establece: “El vendedor podrá también **retener las cosas vendidas** hasta el entero pago de su crédito”.

Entonces el comisionista que ha obrado a nombre propio, puede ejercer las mismas acciones que el vendedor, en caso de que no se le haya pagado el precio de las mercancías, pudiendo: dejar sin efecto la tradición; obtener la posesión; pedir la resolución del contrato de comisión o, retener las mercaderías hasta que se le pague su precio.

El **derecho de retención** consagrado en la Ley de Quiebras, de que goza el comisionista sobre las mercaderías, no es más que un reconocimiento a lo establecido en el artículo 300 del Código de Comercio, que indica: “El comisionista goza del derecho de retención que sanciona el artículo 284, aun respecto de las mercaderías que se encontraren en tránsito al tiempo de la quiebra de su comitente.”, lo cual, es reafirmado por los artículos 284 y 287, del Código de Comercio y por el artículo 2.475, del Código Civil.

39.2.1.2.2. Efectos de la quiebra del comisionista en el contrato de comisión de compra

Si el comisionista cae en quiebra y ha comprado las mercaderías con sus propios fondos antes de la sentencia declaratoria de quiebra, entonces, el síndico en su representación, podrá exigir el pago de éstas al comitente.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 298 del Código de Comercio, el comitente es dueño de las mercancías, por lo cual, debe de respetársele su derecho de propiedad sobre ellas. En caso de pagarlas, podrá reivindicar las mercaderías del patrimonio del

fallido –incluso de un tercero si el comisionista las hubiere vendido-, siempre y cuando sean reconocibles.

Las mercancías no pueden ser confundidas con el activo de la quiebra ya que el comisionista no tiene posesión sobre ellas. Por tanto, el comitente en este caso, no será tratado como un acreedor concursal y pagado con moneda de quiebra, sino que podrá recuperar la totalidad de las mercaderías que se encuentren bajo la custodia del fallido comisionista, siempre y cuando, pague el precio de ellas y sean identificables.

En caso que el comitente no pague el precio de las mercaderías, entonces, el síndico en representación del comisionista podrá retener las mercaderías en su patrimonio, y al ser asimiladas por el artículo 546 del CPC a la prenda o hipoteca, se permite su realización por el síndico para que se le pague lo que garantiza.

Reza el artículo 546 del CPC: "Los bienes retenidos por resolución ejecutoriada serán considerados, según su naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan".

39.3. Contrato de Cuenta Corriente Mercantil

La cuenta corriente mercantil, se encuentra regulada en los artículos 602 y siguientes del Código de Comercio. Este contrato, nace en virtud de las necesidades del comercio, y específicamente, de la relación existente entre dos comerciantes que se remiten dinero, mercaderías u otros títulos de valores. Todas estas operaciones que realicen los comerciantes, deberán de ser incluidas en una cuenta común; se inscribirán como anidaciones del "debe" o del "haber", para así evitar liquidaciones particulares de cada operación.

La cuenta común, se realizará hasta el vencimiento del plazo que se acuerde y, llegada esta época, se sumarán las cifras anotadas en cada columna del debe o del

haber. En ese momento, se deberán de compensar las sumas, haciéndose exigible el saldo final a una de las partes, que tendrá el carácter de deudor, para que le pague al otro comerciante que tendrá el carácter de acreedor.

Es por tanto, un contrato de aplazamiento de la exigibilidad de los créditos y de la liquidación de los mismos, hasta un plazo determinado que haya sido acordado para que opere la compensación.

La cuenta corriente mercantil simplifica las relaciones económicas, al unificar los créditos provenientes de numerosas operaciones que pueden tener lugar entre dos personas.

El artículo 606 del Código de Comercio, indica: “La cuenta corriente es un contrato bilateral y conmutativo por el cual una de las partes remite a otra o recibe de ella en propiedad cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un empleo determinado ni obligación de tener a la orden una cantidad o un valor equivalente, pero a cargo de acreditar al remitente por sus remesas, liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta concurrencia del débito y crédito y pagar el saldo.”

El artículo 611 del Código de Comercio, dispone que una de las causas del término de la cuenta corriente, sea la quiebra de alguno de los contratantes.

La cuenta corriente mercantil, presenta el carácter de ser un contrato de tracto sucesivo o ejecución continuada. Antonio Tonón, define los contratos de ejecución continuada como: “(...) son aquellos en los cuales el cumplimiento de la prestación no se agota en determinado o determinados momentos, sino que se prolonga durante toda la duración del contrato, como en el contrato de concesión, o se repite periódicamente en función de una necesidad en cierto modo permanente de otra parte, como el contrato de suministro”¹³⁶.

¹³⁶ TONÓN, Antonio. Ob. cit. p. 200.

Este contrato, se desarrolla mediante una serie de operaciones sucesivas en un determinado lapso de tiempo, sin agotarse en un solo instante coetáneo o posterior a la celebración del contrato.

39.3.1. Efectos de la quiebra en el contrato de cuenta corriente mercantil

La quiebra de uno de los contratantes de la cuenta corriente, ha de poner término a este contrato de pleno derecho, en virtud de su carácter *intuito personae* y de que la parte fallida ha de perder la administración de sus bienes como efecto del desasimio. Es necesario en este contrato, la aptitud de las partes de administrar los bienes para operar la cuenta.

Con la declaración de quiebra de una de las partes del contrato, se cerrará la cuenta de pleno derecho, y se efectuará su respectiva liquidación y compensación de manera automática.

Siendo característico de este contrato, la pérdida de individualidad de los créditos y valores que han de señalarse en la cuenta, entonces no es posible que opere la reivindicación que se señala y se ha expuesto de los artículos 82 y 83 de la Ley de Quiebras; ya que los créditos y deudas que son parte de la cuenta corriente mercantil son imposible de reconocer, en virtud que han perdido su individualidad.

En caso que al operar la compensación al momento de la sentencia declaratoria de quiebra, corresponde establecer quiénes y cómo se debe realizar la liquidación de esta misma. Guillermo Le-Fort indica al respecto: "El derecho a exigir la liquidación de la cuenta corriente pertenece tanto al corresponsal *in bonis* como a los acreedores del fallido, representados éstos por el Síndico. Los acreedores pueden tener interés en la liquidación de la cuenta corriente mercantil, debido a que esta puede arrojar un saldo

favorable al fallido; como asimismo puede tenerlo el contratante *in bonis*, porque de la liquidación de la cuenta puede llegar a determinarse un crédito a su favor”¹³⁷.

De existir un saldo para alguna parte, posterior a la compensación de la cuenta, se debe establecer que éste no es parte del contrato de cuenta corriente mercantil, sino que constituye un crédito novado. El saldo, correspondería a un crédito diferente y **novado** de las operaciones anteriores que han sido señaladas en la cuenta corriente mercantil¹³⁸. Es por esto, que si la parte *in bonis* tiene un crédito resultante del saldo de la cuenta corriente, este crédito deberá de extraerse del patrimonio del fallido y por tanto, únicamente, ha de poder verificar su crédito en la quiebra y esperar el pago de este en moneda concursal.

Ahora bien, si la parte *in bonis* -al compensarse la cuenta corriente- queda debiendo un saldo a la parte fallida, y por ende a la masa, es preciso determinar si es el artículo 67 de la Ley de Quiebras, operable para el caso. Es decir, si el vencimiento y exigibilidad, opera solamente para el fallido, o si va a tener que pagar el saldo en el momento de la finalización de la cuenta corriente mercantil.

Por el principio de especialidad, que se desprende de la regulación del Código de Comercio respecto de la cuenta corriente mercantil en sus artículos 606 y siguientes, es que se debe establecer que la parte *in bonis*, habrá de pagar inmediatamente el saldo a petición de los organismos de la quiebra, no operando el artículo 67, de la Ley 18.175. Además, el artículo 611 del Código de Comercio, es tajante al establecer que por la quiebra de una de las partes, “La cuenta corriente se concluye (...)”, sin distinguir a quien se afectará por el término del contrato.

¹³⁷ LE-FORT, Guillermo. Ob. cit. p. 301.

¹³⁸ De no aceptarse la novación de este saldo en la cuenta corriente mercantil con respecto de las operaciones que se hayan ejecutado en este contrato, entonces el resultado sería completamente diferente, pudiendo aplicarse la reivindicación señalada en los artículos 82 y 83 de la Ley de Quiebras.

Se entendería que en la cuenta corriente mercantil no se pierde la individualidad final de las operaciones y por tanto, no se traspasa el dominio de los valores y créditos, sino que únicamente la parte que tuviese en poder de dineros o activos que le corresponden a la otra, sería el mandatario de ella con respecto de esos bienes.

39.3.1.1. Excepción al impedimento de compensación en la quiebra

Al cierre de la cuenta corriente mercantil producida por la quiebra, la compensación operaría como consecuencia del mismo contrato. Es la doctrina la que tradicionalmente acepta esta compensación. Obedece a lo que la ley explica como **obligaciones conexas**.

Al respecto, la española María Linacero de la Fuente, señala “Tradicionalmente se ha mantenido la compensabilidad de los créditos llevados en cuenta corriente mercantil como una de las **excepciones a la prohibición de compensación** en el concurso.”; continua explicando: “La opinión doctrinal mayoritaria que defiende dicha tesis sostiene que la declaración de quiebra determina el cierre de la cuenta y la compensación de abonos y adeudos de la cuenta, de manera que será solamente el saldo resultante de la cuenta el que se inscriba en el pasivo o activo de la quiebra”¹³⁹.

Al tener las operaciones de la cuenta corriente mercantil una causa única, es permisible que opere la compensación al momento de su cierre por la quiebra como excepción del artículo 69, de la Ley 18.175.

39.4. Contrato de Cuenta Corriente Bancaria

El artículo 1º, inciso I, del D.F.L. 707, que regula la Cuenta Corriente Bancaria y los cheques, la define como: “La cuenta corriente bancaria es un contrato a virtud del cual un banco se obliga a cumplir las órdenes de pago de otra persona hasta concurrencia de las cantidades de dinero que hubiere depositado en ella o del crédito que se haya estipulado.”

¹³⁹ LINACERO DE LA FUENTE, María. Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Editorial Reus S.A., 2005, Madrid, España (cita pie de página N°271 párrafos II y III), p. 127.

A diferencia con la cuenta corriente mercantil, en este contrato, una de las partes, siempre será un banco; el cual va a obedecer a las órdenes de la persona natural o jurídica que sea el titular de la cuenta corriente, a cambio de comisiones y otro tipo de beneficios.

Las remesas de la cuenta no son recíprocas, sino que únicamente a cargo de la persona titular, en dinero y para que estén a su disposición.

El contrato en cuestión, es de carácter *intuitio personae*, por lo que los bancos para otorgar cuentas corrientes a personas, deben tener los mayores antecedentes del cliente para evitar la suplantación de identidad, por lo cual, se le pide documentos, tales como, fotografía reciente, huella digital, firma del titular en caso de persona natural o del representante legal en caso de persona jurídica. Además, los bancos reúnen los antecedentes financieros de la persona que desea abrir una cuenta, para asegurar el origen lícito de los fondos que deposite el titular y para analizar su capacidad de pago.

El contrato de cuenta corriente bancaria, es bilateral y oneroso, siendo que ambas partes tienen derechos y obligaciones para poder tener utilidades del contrato. El banco puede cobrar comisiones acordadas con el cliente que se cargarán a la misma cuenta corriente o gastos de funcionamiento.

En cuanto al funcionamiento de las cuentas corrientes, hay dos operaciones características de este contrato; el giro y los depósitos. Para los depósitos, que se realizan en la cuenta, no existen montos mínimos o máximos y es posible de realizar a través de un cheque, dinero en efectivo, por documento de otro banco o transferencias electrónicas, siendo que el dinero que se deposite se podrá disponer por el titular de la cuenta corriente bancaria.

Para que el titular pueda disponer del dinero efectivo que se encuentra en la cuenta corriente bancaria, realizará giros, en que el banco obedecerá la orden que entregue el titular.

39.4.1. Efectos de la Quiebra en la cuenta corriente bancaria

El artículo 9º, de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y de Cheques, hace aplicable al contrato en cuestión, el artículo 611 del Código de Comercio, siendo que su inciso II, señala que la quiebra de cualquiera de las partes, hará terminar la cuenta corriente mercantil. Por tanto, finalizará el contrato en cuestión de pleno derecho, tanto por la quiebra del banco, como por la del titular de la cuenta corriente bancaria.

Al igual que en la cuenta corriente mercantil, la fundamentación de la terminación del contrato, es la pérdida de confianza que se supone de la quiebra. Es de la esencia de este contrato, el que ambas partes se encuentren en una situación financiera estable, por lo que la confianza estaría sumamente ligada al aspecto económico de la persona o del banco que guarda los dineros del titular de la cuenta, es decir, se trataría de una confianza de carácter objetiva.

39.4.2. Quiebra del titular de la cuenta

En razón de la quiebra del titular de la cuenta, ha de cerrarse la cuenta corriente bancaria, siendo que el dinero que estuviese depositado en ella, será ingresado en la masa activa de la quiebra.

39.4.2.1. ¿Opera la compensación?

Ahora bien, ante la quiebra del titular, si hay un crédito a favor del banco y fondos disponibles en la cuenta, resulta problemático establecer, si es o no posible, que opere la compensación en caso de quiebra.

El artículo 9º, del D.F.L. 707, hace aplicable al contrato de cuenta corriente bancaria, los artículos 611, 612, 613, 614, 615 y 617 del Código de Comercio.

Especial interés para el tema, presenta lo dispuesto en el artículo 613: “La conclusión definitiva de la cuenta corriente fija invariablemente el estado de las relaciones jurídicas de las partes, produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, **la compensación del íntegro monto del débito y crédito hasta la cantidad concurrente** y determina la persona del acreedor y deudor.”, por lo cual, habría de suponer que en caso de quiebra, podría operar la compensación entre lo debido al banco y las sumas de dinero depositadas. Esto operaría antes de ingresar los dineros depositados a la masa activa de la quiebra.

En la práctica de las quiebras, la compensación es realizada unilateralmente por los bancos, siendo pagados antes que todos los acreedores por aquellas deudas que se tengan, tanto de mantención, como de sobregiro.

El problema se presenta cuando la entidad bancaria, ha entregado un crédito al titular de la cuenta o existe un sobregiro, que es diferente al contrato de cuenta corriente bancaria, pero que en caso de la quiebra del titular de la cuenta, lo compensa con los fondos depositados en ella. En este caso, ya no existe una causa idéntica en las operaciones para que el Banco obre compensando sus créditos, sino que habrían dos causales: el crédito entregado al titular de la cuenta y el contrato de cuenta corriente bancaria. Por tanto, si en este caso se compensara –como ocurre en la práctica- se le pagaría al banco antes que a los otros acreedores, impidiendo el debido cumplimiento del principio de la *par conditio creditorum*.

Aun cuando se haga aplicable el artículo 613, del Código de Comercio, se ha de preferir el artículo 69, de la Ley de Quiebras por su especialidad. Por tanto, en el caso de créditos o sobregiros que se le adeuden al banco, al no tratarse de obligaciones conexas, derivadas de un mismo contrato, o de aquellas que describe el inciso II del mismo artículo 69, es que no se debería permitir este tipo de compensación que se realiza en la práctica, ya que son posteriores a la declaratoria de quiebra.

Toda compensación que realiza el banco de estos sobregiros y créditos con los depósitos del fallido durante el **periodo sospechoso**, debiera poder dejarse sin efecto en virtud de las acciones concursales. El síndico o los acreedores, podrían accionar la reintegración de estos dineros a la masa activa, porque va en directo desmedro del principio de la *par conditio creditorum*, además de resultar una situación que está fuera de la legalidad concursal, al no ser posible de considerar como obligaciones conexas por obedecer estas compensaciones a causas completamente distintas a la del contrato de cuenta corriente bancaria.

María Linacero de la Fuente explica: “Lo cierto es que en estos casos con independencia de cómo opere la compensación, las compensaciones realizadas por los bancos, que son los principales beneficiarios, compensando deudas contra saldo disponible, producirán un daño a la masa del concurso e implican la infracción de la *par conditio creditorum*, razón que justifica la utilización en estos casos de los mecanismos de reintegración, si tales compensaciones se realizaron durante el período sospechoso”¹⁴⁰.

39.4.3. Quiebra del Banco

A fines de 1981, una fuerte crisis económica azotó al país, lo que obligó a liquidar e intervenir numerosos bancos y debiendo el Estado asumir las deudas de estas instituciones financieras.

En 1986, se comienza a modificar sustancialmente la Ley General de Bancos, con el objeto de establecer una serie de indicadores que señalen la salud de la banca y brindar seguridad al sistema financiero.

¹⁴⁰ LINACERO DE LA FUENTE, María. Ob. cit. p. 128.

Se generan entonces, una serie de medidas y remedios para que operen en el caso de desajustes financieros en las instituciones bancarias. La Ley General de Bancos, con sus modificaciones correspondientes, establece como remedios:

- La capitalización preventiva (artículo 118 de la Ley General de Bancos), que supone una inestabilidad financiera, pero sin llegar a suponer una cesación de pagos de la institución
- Propositiones de Convenio, que se puede realizar bajo tres situaciones: a) cuando al capital básico se le restan las pérdidas del ejercicio y el resultado inferior al 2% de activos netos exigidos al banco; b) Cuando la diferencia del Capital básico en relación con las pérdidas del ejercicio es inferior a 5% de los activos netos exigidos al banco pero ponderados por riesgo; y c) Cuando el banco ha pedido créditos de urgencia y no cumple en el pago, en conjunto con un informe negativo SBIF. Se excluye en esta materia la regulación supletoria de la Ley 18.175;
- La liquidación forzada;
- La quiebra de la institución bancaria.

Las modificaciones de la Ley General de Bancos, tienen como objetivo –entre otros- que no vuelva a ocurrir en Chile la quiebra de las instituciones bancarias, existiendo una serie de remedios que se van a accionar, ante la más mínima muestra de desajuste económico.

Esto se demuestra con las bajas posibilidades de la quiebra de las instituciones bancarias, que únicamente procederá cuando estas se hallen bajo liquidación voluntaria, lo cual la hace ilusoria (artículo 120 de la Ley General de Bancos).

39.5. Contrato de Agencia Mercantil

La agencia mercantil, es un contrato de intermediación comercial, a través del cual, una de las partes denominada “agente”, a cambio de una remuneración, se obliga a la promoción de los negocios del “agenciado” dentro de una zona geográfica determinada, por un cierto tiempo y sin relación de subordinación.¹⁴¹

Este contrato ha sido desarrollado principalmente en el Derecho Anglosajón. En el que la doctrina lo ha definido como: “Agency is the relationship that exists between two persons when one, called the Agent, is considered in law to represent the other, called the principal, in such a way as to be able to affect the principal's legal position in respect to strangers to the relationship by the making of contracts on the disposition of property”.¹⁴²

En Chile, este es un contrato innominado, de poco tratamiento doctrinal y jurisprudencial.

Su carácter *intuitio personae*, deriva de la confianza recaída en el agente, que goza de gran autonomía e independencia para desarrollar una actividad económica con la calidad de intermediario.

Los márgenes de la agencia mercantil, no están delimitados completamente, ya que existe controversia respecto de los elementos de la esencia y de la naturaleza de este contrato. Por ejemplo, en Chile, así como en Colombia y Argentina, es de la esencia de la agencia mercantil que se ejecute por tracto sucesivo, en que se promuevan y concluyan una serie de negocios paulatinamente; no así en Gran Bretaña, que se aceptan agencias que se agoten en un sólo acto.¹⁴³

¹⁴¹ RODRIGUEZ VELARDE, Contratación empresarial, IV parte, sección III, Editorial RODHAS, 1998, Perú. Libro con plataforma en internet:

http://www.rodriquerzvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap4.pdf

¹⁴² FRIEDMAN. “The Law of Agency”. 7 ed. Citado en: KAY, Maurice. Artículo: Agency in Commerce, Inglaterra. p. 1.

¹⁴³ MORALES ARIAS, Luis Guillermo. Artículo: El contrato de Agencia Mercantil. Análisis comparativo entre el Derecho Colombiano y el Derecho Anglosajón. Colombia. p. 47.

Respecto de la importancia que el negocio se efectúe por cuenta de otro, esta característica, tanto en Chile y Colombia, también constituiría un elemento de la esencia del contrato, pero en Gran Bretaña, se han distinguido dos tipos de agencias mercantiles: el “factor” y el “bróker”, siendo que en el primero, el agente recibe la posesión de los bienes del agenciado para la realización del negocio, lo cual disimula este carácter.¹⁴⁴

En este contrato, el agente se compromete con el principal agenciado a ocuparse de las operaciones comerciales y a desarrollar su actividad de acuerdo a las indicaciones obtenidas de éste, ocupando su nombre y por tanto, recibiendo las sugerencias y reclamos de terceros, pero llevando una contabilidad independiente.

El principal o agenciado por su parte entrega toda información necesaria al agente para que desarrolle sus funciones, le comunica las operaciones comerciales que lo puedan involucrar en un plazo oportuno y le entrega una remuneración o comisión acordada.

El agente puede desarrollar su actividad actuando en nombre propio o a nombre del principal, puede ser por un tiempo determinado o indeterminado y su remuneración puede ser fija o por comisión. Generalmente, el agente realizará la función encomendada en una zona geográfica delimitada, pudiendo o no tener exclusividad sobre los clientes. Además se le entrega libertad al agente para organizar la actividad bajo sus propios criterios.

La agencia mercantil es diferente a la agencia de negocios. En la agencia mercantil, el agente goza con una independencia mucho más amplia para el desarrollo de los negocios en intermediación del agenciado, no existiendo una situación de subordinación entre los sujetos o relación de mandato, sino entregándosele la libertad para la mejor realización de los negocios. En cambio en la agencia de negocios, el agente debe realizar únicamente los encargos en la forma que hayan sido ordenados por el agenciado, como en el caso de inversión de dineros en ciertos fondos de valores, o en el corretaje de bienes.

¹⁴⁴ MORALES ARIAS, Luis Guillermo. Artículo: El contrato de Agencia Mercantil. Análisis comparativo entre el Derecho Colombiano y el Derecho Anglosajón. Colombia. p. 47.

39.5.1. Quiebra en el contrato de agencia mercantil

En Chile, el contrato de agencia mercantil, al fundarse en la confianza económica existente entre las partes, tiene como efecto que la sentencia de quiebra que constituya como fallido al agente o al agenciado, provoca el término a este contrato de pleno derecho. Al respecto Rafael Gómez Balmaceda y Gonzalo Eyzaguirre Smart explican; “Habría que aplicar el mismo criterio respecto de las demás derivaciones de la comisión, como son la agencia mercantil (...) Todas estas modalidades de la comisión mercantil descritas se fundan en la confianza que las partes se depositan para ejecutar esta clase de negocios y por lo mismo la quiebra es indudablemente causal de término de este tipo de contratos”¹⁴⁵.

Entonces, de ser tomado como una modalidad del contrato de comisión, ante la quiebra del agente, el principal tendría la opción de recuperar y reivindicar todo lo de su propiedad que se encuentre en poder del agente en virtud del 83 de la Ley de Quiebras.

39.5.1.1. Quiebra del principal

Ahora bien, con respecto a la quiebra del principal o agenciado en el contrato de agencia mercantil, la doctrina internacional es casi unánime al establecer que trae por efecto el término de este contrato. Esto ocurre en virtud de que la pérdida de confianza con el agente en materia económica, impide que pueda seguir sus órdenes e instrucciones y menos aún seguir representarlo, siendo que se encuentra desasido y no tiene en su poder la administración de sus bienes.

¹⁴⁵ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. Ob. cit. tomo II, pp. 301-302.

Cabe dilucidar, que es lo que ocurre durante el periodo sospechoso con los contratos que celebre el agente a nombre del principal, siendo que no tiene por qué haberse enterado del mal estado de sus negocios.

En Estados Unidos de América se encuentra la jurisprudencia más autorizada a este respecto que ha servido de base para otros ordenamientos mundiales. En el caso “Drew v Nunn” de 1879 se trata este tema¹⁴⁶, estableciendo que la quiebra de la empresa del principal pone fin a la agencia, pero señala que respecto a los actos que han sido cometidos por el agente en el periodo sospechoso y sin que tenga conocimiento del estado de los negocios del agenciado, son válidos. Por tanto, al agenciado se le libera de responsabilidad y de las consecuencias por su actuación en la agencia en esas condiciones.

Al respecto del caso señalado, se expresa: “An agency is terminated by an act of bankruptcy committed by the principal, if he is later adjudicated bankrupt upon a petition presented within three months after the bankruptcy, provided that it is followed within three months by a successful petition. Despite this general rule, however, every act done or contract made by the agent before the receiving order is valid in favour of a third person dealing with him for value and without notice of an act of bankruptcy, and is also valid in favour of the agent in the sense that he is freed from personal liability if, at the time of acting, he had no notice of an available act of bankruptcy”.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Drew v Nunn (1879) 4 QBD 661.

¹⁴⁷ Cheshire, Fifoot & Furmston's. Law of Contract, 15th ed, Oxford University Press, 2006, UK, p. 641.

39.5.1.2. Quiebra del agente

Al tener el contrato comentado un carácter personalísimo, en el derecho chileno – aun cuando la ley se silencie en el tema- y comparado, se acepta que tanto con la quiebra del principal como la del agente, se termina el contrato de agencia de pleno derecho¹⁴⁸.

En general, las reglas en caso de quiebra del agente, se encuentran involucradas en el contrato mismo, pero en caso de que nada se diga, se debe establecer:

a) En virtud del deber de información del agente con el principal: Antes de la declaración de quiebra, cuando los negocios no están funcionando bien para el agente, este debe de informárselo al principal, so pena de considerarse imputable la omisión de esta información.

En algunos contratos de agencia, se pacta que el principal decidirá los pasos a seguir en caso de insolvencia del agente. Como ejemplo de lo anterior, en casos internacionales, el principal o agenciado puede decidir si el agente se someterá al Chapter 11 o Chapter 13 de Estados Unidos, si se tomará alguna medida extralegal o si se esperará algún tiempo para que se revierta la situación, lo cual debe estar completamente reglado en el contrato.

¹⁴⁸ En el **Derecho argentino**, el artículo 147 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras señala: "Contratos con prestación personal de fallido, de ejecución continuada y normativos. Los contratos en los cuales la prestación pendiente del fallido fuere personal e irremplazable por cualquiera que puedan ofrecer los síndicos en su lugar, así como aquellos de ejecución continuada y los normativos, quedan resueltos por la quiebra. Los contratos de mandato, cuenta corriente, agencia y concesión o distribución, quedan comprendidos en esta disposición."

En el **Derecho español**, la Ley 12/1992, sobre Contrato de Agencia, en su artículo 26 señala: "Excepciones de las reglas anteriores.

1. Cada una de las partes de un contrato de agencia pactado por tiempo determinado o indefinido podrá dar por finalizado el contrato en cualquier momento, sin necesidad de preaviso, en los siguientes casos:

a. Cuando la otra parte hubiere incumplido, total o parcialmente, las obligaciones legal o contractualmente establecidas.
b. Cuando la otra parte hubiere sido declarada en concurso.

2. En tales casos se entenderá que el contrato finaliza a la recepción de la notificación escrita en la que conste la voluntad de darlo por extinguido y la causa de la extinción."

b) **Carácter personalísimo:** Los contratos con este carácter, se extinguen de pleno derecho en virtud de la sentencia de quiebra, razón por la cual, la agencia se termina con la quiebra del agente.

Más, en el derecho anglosajón en general, se ha permitido la continuación de la agencia en caso de quiebra del agente. Al respecto Dennis Campbell señala: “In contrast to the principal’s bankruptcy, the initiation of bankruptcy proceedings against the agent’s estate does not terminate the agency contract automatically. Rather, it gives the principal a reason for immediate termination. If the principal choose this option, he is entitled to separate and recover all of his property from the agent’s estate”¹⁴⁹. Se da entonces la opción al principal, de continuar el contrato con los órganos de la quiebra en sustitución del fallido desasido o de disolverlo a su voluntad.

Por lo anterior, si se siguiera esta doctrina anglosajona, se debiera deducir que el vínculo que une el agente con el principal no es de calidad personalísima en carácter objetivo, sino que puede ser reemplazado por la masa de quiebra.

40. TÍTULOS DE CRÉDITO REPRESENTATIVOS DE DINERO: LETRA DE CAMBIO, PAGARÉ Y CHEQUE

El artículo 67, inciso I, de la Ley 18.175, plantea una regla general respecto de las deudas del fallido, siendo que quedarán vencidas y exigibles por la sola declaración de su quiebra, para que los acreedores puedan intervenir y percibir los dividendos que le correspondan. Esto, se encuentra en completa sintonía con lo señalado por el artículo 1.496 N°1 del Código Civil.

El artículo 67, es una regla general para las deudas del fallido, pero en su inciso VII se indican excepciones que extrapolan los derechos de los acreedores sobre sus

¹⁴⁹CAMPBELL, Dennis. International Agency and Distribution Law, General Editor, Firth Edition, 2007, USA, p. 124.

créditos aún hasta fuera de la misma quiebra, pudiéndose hacer vencer y exigir las deudas a terceros distintos al fallido.

Existen tres excepciones al respecto: a) La quiebra del aceptante de una letra de cambio; b) La quiebra del librador de una letra no aceptada y c) La quiebra del suscriptor de un pagaré.

40.1. Letra de Cambio

La Ley 18.092, es la encargada de regular la letra de cambio en su Título I.

El artículo 1° de la ley en cuestión, establece cuales son las formalidades que debe contener la letra.

La letra de cambio, es un título de crédito consistente en un documento literal, por medio del cual una persona, denominada librador o girador, ordena incondicionalmente al librado aceptante, el pago de una determinada o determinable cantidad de dinero en una fecha determinada o determinable, a favor de un tercero beneficiado.

El pago de la letra de cambio, se puede realizar en favor del librador o de un tercero que se denomina beneficiario, tenedor o tomador.

Además del librador, librado y beneficiario, pueden intervenir como sujetos en la letra de cambio:

- Endosante: Es el que endosa o transmite la letra a un tercero.

El artículo 17 de la Ley de Letra de Cambio y Pagaré, define el endoso expresando: “(...) es el escrito por el cual el tenedor legítimo transfiere el dominio de la letra, la entrega en cobro o la constituye en prenda.”;

- Endosatario: Es la persona a cuyo favor se endosa la letra de cambio;

- Avalista: Es la persona que garantiza el pago de la letra de cambio mediante el otorgamiento de un aval.

El inciso I del artículo 46 lo define: “El aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, es una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza, en todo o en parte, el pago de ella.”

La letra de cambio debe ser pagada por el librado que da su aceptación en el documento. La aceptación, es la declaración del librado que se contiene en la letra de cambio y por la que asume la obligación de pagar, convirtiéndose en el obligado principal y directo.

Si no hay aceptación por parte del librado, este seguirá siendo un extraño a la letra de cambio y entonces no quedará obligado a su pago. El beneficiario podrá dirigirse en contra del librador para reclamarlo o en contra de el/ los endosante.

Álvaro Puelma define la aceptación, expresando: “(...) es el acto escrito del librado, estampado con su firma en el anverso de la letra de cambio, en que manifiesta su voluntad de aceptar el giro o libramiento y en cuya virtud se transforma en el principal obligado al pago del documento”¹⁵⁰.

En cuanto al vencimiento de la letra de cambio, debe indicarse de manera expresa en el documento, pudiendo ser: a un día fijo y determinado; a un plazo de la fecha de giro; a la vista o un plazo de la vista.

En caso de falta de aceptación, de falta de fecha de aceptación o falta de pago, se puede hacer protestar la letra de cambio para acreditar estos hechos como medida conservativa de los derechos del beneficiario.

¹⁵⁰ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Letra de Cambio y pagaré: Ley 18.036, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Chile, p. 36.

40.1.1. Características de la letra de cambio

a) Es un acto de Comercio:

La letra de cambio, en el artículo 3° N° 10 del Código de Comercio, es señalada como un acto de comercio y por tanto ha de aplicársele la Ley Mercantil.

b) Es una operación y no un contrato:

La letra de cambio es una operación mercantil, un acto de comercio. Este acto no encierra un contrato causal que cree obligaciones entre las partes para una determinada finalidad, sino que contiene una orden literal emitida por el librador hacia el librado que puede aceptar o no. Los actos cambiarios son unilaterales.

c) Es un título de valor:

Se incorpora en la operación, un derecho o crédito para el portador, por la suma establecida en ella.

d) Es un título formal:

La letra de cambio, debe contener todas las enunciaciones que establece el artículo 1° de la Ley 18.092, so pena de que no valdrá como letra de cambio sino que como otro documento (artículo 2° de la Ley), sin perjuicio de las menciones esenciales y de menciones facultativas de la misma.

e) Es un título completo:

La operación en sus enunciaciones, contendrá la amplitud de derechos y obligaciones para las partes que participen en ella.

f) Conformada por actos abstractos, independientes y unilaterales:

- Unilaterales: porque para perfeccionarse requieren únicamente la voluntad del obligado manifestada en la forma determinada por la ley¹⁵¹;

- Independientes entre sí: lo que deriva de su carácter unilateral (artículo 7° de la Ley 18.092) y que en todo giro, endoso o aval que provenga del documento, no existirá una causalidad definida como un contrato, sino que responde a actos que pueden tener diferentes causas;

- Abstractos: Luis Ubilla Grandi explica esta característica, en el sentido de que al ser un acto jurídico, debe tener causa para su validez. Sin perjuicio, que al poseer el carácter de “abstracta”, dicha causa carece de relevancia jurídica¹⁵². Explica al respecto: “Se comprende, entonces, que del carácter abstracto de la obligación cambiaria surja el principio de inoponibilidad de excepciones, que consiste en que, a la inversa de lo que sucede en la cesión de créditos ordinaria, el demandado de pago no puede oponer las excepciones que nazcan del negocio causal en que no ha sido parte el portador de la letra. Sólo puede oponer al portador las excepciones que surjan del título mismo y las personales suyas en contra de dicho portador (...) De lo que hemos dicho se deduce que para que opere el principio de inoponibilidad es necesario que existan “anteriores portadores”¹⁵³.

¹⁵¹ PUELMA, Álvaro. Ob.cit. p. 37.

¹⁵² UBILLA GRANDI, Luis Eugenio. Teoría General de la Letra de Cambio y Pagaré en la Ley 18.092, Editorial Jurídica de Chile, 1990. Chile. p. 73.

¹⁵³ Ibid. p. 74 y ss.

40.1.2. Efectos de la quiebra en la letra de cambio

La exigibilidad anticipada de las obligaciones, únicamente rige para aquellas obligaciones en que el fallido es el deudor, pero no en aquellas que se sitúa como acreedor o que afectan a terceras personas que han garantizado dicha obligación. Ahora, bien, es el mismo artículo 67, de la Ley 18.175, que en su inciso final, establece excepciones a esta exigibilidad de las obligaciones únicamente del fallido, lo cual se relaciona con la letra de cambio y pagaré.

Expresa el artículo 67 en su inciso final: “No obstante que **la exigibilidad de que trata este artículo se refiere sólo al fallido**, si éste fuere aceptante de una letra de cambio, librador de una letra no aceptada o suscriptor de un pagaré, **los demás obligados pagarán inmediatamente**”.

Con respecto de la letra de cambio, se tratan en el transcrito artículo 67 inciso final, únicamente dos cuestiones como excepción a la exigibilidad únicamente del fallido en relación con la quiebra, que son: a) Si el fallido fuere aceptante de una letra de cambio y; b) Si el fallido fuere librador de una letra no aceptada.

Además de estas excepciones, existen las que se contemplan en la Ley 18.092, sobre letra de cambio y pagaré.

Se pasará a analizar a continuación, las consecuencias de la quiebra en la letra de cambio con respecto de la quiebra librado y librador.

40.1.2.1. Quiebra del librado aceptante de una letra de cambio

En caso de que el librado haya aceptado la letra de cambio y sea declarado en quiebra antes de su vencimiento, el artículo 67, inciso final, prevé que este título de crédito se volverá exigible no solamente para el fallido, sino que también para los otros obligados de manera inmediata.

Los demás obligados son: el librador, los endosantes y los avalistas que existieren y constaren en la letra de cambio.

Es controversial el hecho de necesitar o no, el protesto de la letra de cambio en caso de quiebra del librador. Por una parte, el artículo 78 establece “El portador **no queda dispensado de la obligación de protestar la letra por la quiebra**, interdicción o muerte del librado”, dando a entender claramente, el deber del beneficiario de protestar la letra apenas enterado de la quiebra del librado para hacerla exigible.

Pero luego, el artículo 79, inciso II señala: “Si no se realiza en tiempo y forma el protesto por falta de pago, caducarán las acciones cambiarias que el portador pueda tener en contra del librador, endosante y los avalistas de ambos. No obstante, **no caducarán estas acciones en caso de quiebra** del librado o aceptante ocurrida antes del vencimiento, o de haberse estampado en la letra la cláusula “devuelta sin gastos” o “sin protesto”.

De este último artículo transcrito, se desprende que la falta de protesto no afectará ni hará perder las acciones del beneficiario contra el librado, lo cual muestra una clara inexactitud en relación con el anterior artículo.

Álvaro Puelma, es de la opinión que no es necesario el protesto de la letra en caso de quiebra del librado, para que el tenedor pueda cobrarla a los demás obligados, y establece: “En resumen, si los únicos obligados son el aceptante y su avalista (caso de la letra no endosada, en que librador y beneficiario se confunden) o el suscriptor de un pagaré y avalista, y quiebra tal aceptante y suscriptor, no será necesario judicialmente

el protesto, en ningún caso (...) Tampoco es necesario el protesto por falta de aceptación, pues puede ejercerse la acción de cobro anticipado, en caso de quiebra del librado o suscriptor, sin necesidad de protesto, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 81, N° 2. Además, no es necesario el protesto por falta de pago, aun si existen otros obligados en virtud de la regla del artículo 79, inciso 2°, ya explicado.¹⁵⁴

Ahora bien, la opinión de la doctrina mayoritaria, es que la letra de cambio, para poder cobrarla anticipadamente en caso de quiebra del librado, debe ser protestada por el tenedor, ya que el artículo 79 no lo dispensa de esta obligación, sino que sólo señala que no caducarán las acciones en caso de quiebra del librado o aceptante ocurrida antes del vencimiento. Dicho artículo, no faculta expresamente al acreedor para cobrarla a los demás obligados, como son el librador, endosantes y avalista en caso de no estar protestada.

40.1.2.2. Quiebra del librado no aceptante de una letra de cambio

El librado que ha aceptado la letra de cambio, es el obligado principal a su pago, por lo cual la quiebra de este, haya o no aceptado la letra, produce el vencimiento anticipado del documento y permite cobrarla al tenedor. Esto tiene su fundamento, en otorgar la fuerza necesaria a la letra en la vida de los negocios.

En caso de que el librado de una letra de cambio caiga en quiebra y todavía no la haya aceptado, entonces, en virtud del desasimio que le impide la administración de sus bienes, no podrá aceptarla. Por tanto, el portador deberá de cobrarla al librador, endosantes y avalistas de ellos, siendo que anteriormente, deberá protestar la letra de cambio, apenas tenga noticias de la quiebra.

El derecho del tenedor o beneficiario, de cobrar la letra antes de su vencimiento, se encuentra regulado en el artículo 81, N° 2, de la Ley N° 18.092, que pone como

¹⁵⁴ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Ob. cit. Letra de Cambio y Pagaré, p. 104-105.

supuesto“(...) la quiebra del librado o cualquiera de los librados conjuntos, hayan o no aceptado la letra”.

40.1.2.3. Quiebra del librador de una letra de cambio no aceptada

El artículo 82, N° 3, de la Ley 18.092, establece que el beneficiario de la letra puede ejercer su acción y cobrarla antes del vencimiento, por la quiebra del librador de una letra no aceptada, ya que lo más probable es que esa letra no sea pagada a su vencimiento.

Si la letra no ha sido aceptada por el librado, entonces se entrega una seguridad menor para el tenedor respecto de la posibilidad que tendrá de cobrarla, y más aún, si quiebra el librador de la letra, entonces cada vez se ven más opacas las posibilidades de tener un pago íntegro del documento.

En caso de que no existan más coobligados al pago, entonces el beneficiario o tenedor, únicamente podrá cobrar la letra en moneda de quiebra, luego de verificar su crédito que tendrá la categoría de valista o quirografario.

40.1.2.4. Quiebra del librador de una letra aceptada

La quiebra del librador de una letra aceptada, no produce su aceleración, en virtud de que el principal obligado al pago es el librado que se encuentra *in bonis* y que ha aceptado pagar la letra de cambio.

40.2. Pagaré

El pagaré, es un título de crédito, que por sí mismo, es consistente en un acto de comercio.

Es un documento escrito, por el cual una persona se obliga a pagar a otra, una determinada o determinable cantidad de dinero en una fecha acordada previamente.

Es una operación sumamente similar a la letra de cambio, pero a diferencia de esta, el pagaré es emitido por el propio deudor y no es girado.

Los sujetos que intervienen en el pagaré son:

- El suscriptor: es quien se obliga a pagar la suma de dinero que se expresa en el documento.
- Beneficiario o tomador: es aquella persona a cuya orden se debe hacer el pago de la suma de dinero expresada en el pagaré
- Avalistas: aquellos sujetos que garantizan el pago del pagaré mediante el otorgamiento de un aval.
- Endosantes: son quienes transfieren la propiedad del pagaré a un tercero (endosatario), lo entregan en cobro o lo constituyen en prenda.

Las enunciaciones que deben ser contenidas en el pagaré, están señaladas en el artículo 102 de la Ley 18.092, sin perjuicio que para todo lo que no se contradiga con el Título II de dicha ley, se aplica lo señalado respecto a la letra de cambio.

40.2.1. Efectos por la quiebra del suscriptor de un pagaré

A diferencia de lo ocurrido con la letra de cambio, no existe la aceptación de este título de crédito. El pagaré es una confesión de una deuda en sí misma, que hace el suscriptor del documento.

Cuando se produce la quiebra del suscriptor del pagaré antes del vencimiento de documento, trae como consecuencia la aceleración del pagaré, pudiendo el portador del documento cobrarlo a los demás obligados -avalistas o endosantes si los hubiere-. Esto es consecuencia del inciso final del artículo 67 de la Ley de Quiebras, que indica que la declaración de quiebra del suscriptor trae aparejada la exigibilidad anticipada de la obligación.

40.3. Cheque

El cheque está normado en el D.L. N° 707, y en lo no regulado, se aplican las normas de la letra de cambio de la Ley 18.092, por expresa disposición del artículo 11 del D.L. 707.

El artículo 10 del D.L. 707, define a este documento con los siguientes términos: “El cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que éste pague, a su presentación, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente.” El inciso segundo de este mismo artículo señala: “El cheque es siempre pagadero a la vista. Cualquiera mención contraria se tendrá por no escrita. El cheque presentado al cobro antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación”. El último inciso explica “El cheque puede ser a la orden, al portador o nominativo”.

A diferencia con la letra de cambio, el cheque siempre debe de ser girado contra un banco y pagadero a su presentación, exigiéndose provisión de fondos en la cuenta corriente del girador. Además, el cheque siempre es un instrumento de pago, lo que limita su circulación.

40.3.1. Efectos de la quiebra sobre el cheque

a) La quiebra como forma de eximir la responsabilidad penal del librador:

Según el artículo 611, inciso II, del Código de Comercio, la quiebra pone término al contrato de cuenta corriente mercantil y también a la cuenta corriente bancaria por aplicársele supletoriamente este artículo (artículo 9° del D.L. 707).

Humberto Franzani Soto, ha descrito una situación sumamente especial que se puede dar con respecto de los delitos que establece el artículo 22, del D.L. 707 y la declaración de quiebra, en que puede eximir penalmente al fallido que ha cometido el delito de giro doloso de cheque.

El artículo 22, impone la obligación para el librador de un cheque, de: mantener fondos disponibles suficientes en la cuenta corriente del banco librado; que no retire los fondos después de haber expedido el cheque y de mantener abierta la cuenta corriente. De no cumplir estas obligaciones, el librador se arriesga a las penas que impone el artículo 467 del Código Penal.

Para evitar este delito, el librador que no ha de disponer de fondos necesarios en la cuenta corriente, puede pedir que se declare su propia quiebra. Así Franzani explica: "(...) lo mejor que puede hacer quien ha girado un cheque contraviniendo a lo que la ley dispone en el art. 22, es pedir la declaración de su propia quiebra, quedando de este modo exonerado de la responsabilidad penal (...) ella se prestaría a manejos no

limpios en las actividades comerciales; hacerla triunfar sería perder la noción de la ética en lo jurídico. La quiebra no exonera al delincuente”¹⁵⁵.

De lo anterior, la opinión de la jurisprudencia¹⁵⁶, es que el fallido librador, no tendría ninguna posibilidad de disposición o administración de sus bienes, por tanto ya no sería su responsabilidad el pago del cheque sin fondos, sino que pasaría a ser tarea de la quiebra. En razón a lo expuesto, no podría configurarse el delito de “giro doloso de cheque”, en virtud de la falta de sujeto para lograr tipificarlo.

Arturo Prado Puga, se ha pronunciado contrario respecto a esta exención del delito de giro doloso de cheque en virtud de la quiebra del librado, estableciendo “Si la declaración de quiebra se constituyere en la práctica como una suerte de eximente de responsabilidad penal para el girador del cheque, éste, ya sea por sí mismo o en calidad de representante legal de una sociedad podría dolosamente dedicarse a girar cheques en forma contumaz, para luego provocar la declaración o bien solicitar su propia quiebra y así quedar en la más absoluta impunidad (...) El propio artículo 22 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques no distingue el motivo por el no pago, con lo cual y siguiendo los criterios de interpretación jurídica que provee el Código Civil, la extensión que cabe asignar al precepto que emana de su genuino sentido, que no puede ser ampliado o restringido por muy odiosa que resulte llevar a efecto su aplicación ante una situación como la descrita”¹⁵⁷.

Se cree que la jurisprudencia de los tribunales superiores, debiera terminar la exoneración de la responsabilidad del delito de giro doloso de cheque en virtud de la quiebra del librado. Es finalidad de la quiebra el pago de los acreedores y no el escondite a delincuentes, por lo cual, al ser el cheque un documento pagadero a la vista, se debilitaría esta institución, en virtud de la posición que se está tomando por los tribunales de eximir a los quebrados del delito de giro doloso de cheque.

¹⁵⁵ FRANZANI SOTO, Humberto. Influencia y efectos de la quiebra en la letra de cambio y el cheque, Memoria de licenciados, Universidad de Chile, 1953, Editorial Jurídica de Chile, p. 226.

¹⁵⁶ Ver: Corte Suprema. 29 de Agosto del 2000, Rol 3.170-2000; Corte Suprema, Rol 4.077-04; Corte Suprema, Recurso de Amparo, 21 de Agosto de 1996, “Marchant Herrera y Otros” y; RDJ. N° 2-1996, Mayo, p. 178-180.

¹⁵⁷ PRADO PUGA, Arturo. Artículo: El Cheque ante la Quiebra, Gaceta Jurídica N° 297, Marzo 2005, p. 24.

b) Quiebra del librador de un cheque:

Más allá de la situación de eximente penal, ante la quiebra del librador, habrá que distinguir si existen o no más obligados.

De existir más obligados –sean endosantes o avalistas para el pago-, y al ser el cheque un documento que ha de ser pagadero a la vista, entonces el beneficiario podría por este simple motivo, dirigirse contra cualquiera de ellos luego de protestarlo.

Pero de no existir más obligados que el librador fallido, deberá el portador o beneficiario protestarlo, para luego poder verificar en la quiebra el monto del cheque que no se ha podido cobrar.

Habrá que hacer también una distinción, si el cheque fue cobrado en el banco antes o después de la declaración de quiebra del girador.

Si el cheque se hubiese cobrado antes de la sentencia de quiebra y se hubiese pagado dentro del periodo sospechoso, entonces, se cumple lo señalado por el artículo 77 de la Ley de Quiebras, el pago sería inoponible a la masa y debería el beneficiario devolver la suma que se ha pagado.

Más, si la cuenta bancaria del librador no tiene fondos suficientes para el pago del documento y se hubiese tratado de cobrar en el periodo sospechoso, el beneficiario deberá protestarlo por falta de pago y la notificación deberá realizarla al librador, de querer llevar en contra del deudor un proceso penal por el delito de giro doloso de cheques.

Ahora bien, si se ha de tratar de cobrar el cheque en la cuenta bancaria del librador una vez declarada la quiebra, entonces se debe volver a distinguir si se giró el cheque ya declarada la quiebra o antes de aquello.

Si se giró el cheque una vez declarada la quiebra, el acto, además de ser inoponible para la masa (artículo 42 de la Ley 18.175), hace caer al fallido en el delito establecido en el artículo 22, del D.L. 707. Esto ocurre como consecuencia de tener la cuenta

corriente bancaria cerrada, ya que por la sola declaración de quiebra del librador, este contrato termina.

Si se giró el cheque antes de la quiebra y se ha de tratar de cobrar una vez declarada, entonces no podría configurarse el delito establecido en el artículo 22, del D.L. 707 y, sólo cabría al beneficiario o portador, protestar el cheque que debe notificarse al síndico, para luego verificar su crédito en la quiebra para que sea pagado en moneda concursal.

c) Quiebra o liquidación forzada del banco librado:

En caso de que la quiebra o la liquidación forzada del banco, se efectúe antes del cobro de un cheque, se debiera de cerrar la cuenta corriente bancaria por un hecho ajeno al librador, lo que impediría el pago del documento.

Sin perjuicio de lo anterior, el inciso III, del artículo 132 de la Ley General de Bancos, en caso de liquidación forzada del banco librado, plantea como solución al caso: “El liquidador podrá transferir las cuentas corrientes y demás depósitos a la vista a otro banco, el que se hará cargo de la operación de dichas cuentas y del pago de los depósitos en calidad de sucesor legal, hasta concurrencia de los fondos entregados con tal objeto”.

Por el artículo 132 transcrito, el beneficiario del cheque podrá cobrar la suma estipulada en otro banco en el que se haya transferido la cuenta corriente del librador. No existe jurisprudencia para este caso, en virtud de que desde el momento que se modificó la Ley General de Bancos y se ha agregado esta garantía hasta la época, no se ha producido la liquidación forzada de ningún banco en Chile.

Respecto si el artículo 132 de la Ley General de Bancos, es aplicable en caso de la quiebra del banco librado, nada se establece. La Ley General de Bancos, ha sido cautelosa al regular los efectos de la quiebra en estas instituciones, en virtud de que es un remedio que el legislador no mira con buenos ojos para los bancos.

No debiera ser posible aplicar el remedio entregado por el artículo 132 de la Ley General de Bancos para los casos de quiebras de estas instituciones, en virtud de que tanto la Ley General de Bancos como las normas relativas de quiebra, obedecen a la mantención del orden público económico y por tanto deben ser interpretadas restrictivamente.

40.4. Fundamentos del artículo 67, inciso final, de la Ley de Quiebras

Llama la atención el trato especial que entrega el legislador a los títulos de crédito comentados, siendo que la quiebra en ciertas ocasiones ya explicadas, afectará a los demás obligados del título de crédito, teniendo que pagar inmediatamente.

Si se comparan las consecuencias de la quiebra con los demás obligados en las garantías personales, como la fianza o la solidaridad, claramente los obligados *in bonis* de la letra de cambio y el pagaré, reciben un trato especial ante la quiebra del librado, librador o girador, que a primera vista, es difícil dilucidar los motivos que tuvo el legislador para darlo.

Adolfo Perry, trata de explicar la situación con las siguientes palabras: “Cada firmador accesorio puede ser considerado **fiador**, no sólo del pago al vencimiento sino también del **mantenimiento hasta esa fecha de la solvencia del deudor principal.**”¹⁵⁸ Por tanto, en la letra de cambio y pagaré, es de la naturaleza que en caso de quiebra del obligado principal, deban pagar los otros obligados.

¹⁵⁸ PERRY, Adolfo. Ob. cit. p. 31.

41. CONTRATO DE PROMESA

La promesa, es aquel contrato por el cual las partes denominadas promitentes, acuerdan celebrar un contrato determinado en un plazo cierto o cuando se cumpla una condición, cumpliendo los requisitos legales.

René Abeliuk, señala respecto de este contrato: “Para la definición nos parece que lo único importante es dejar en claro que por el contrato de promesa se conviene en la celebración de otro contrato en el futuro. Insistimos desde ya en este concepto: lo que caracteriza a la promesa es que por ella las partes quedan obligadas a otorgar en una época posterior un nuevo contrato, que es el realmente buscado por ellas. No pudiendo o no queriendo otorgar éste de inmediato, mientras tanto se comprometen a hacerlo.”¹⁵⁹

Uno de los fundamentos, que le da la importancia actual a este contrato, es la pérdida de confianza que existe en la palabra de las partes. De querer los sujetos provisionarse de cierta certeza respecto de la celebración y cierre de futuros negocios, incurren a perfeccionar el contrato de promesa.

Los requisitos de la promesa, son enunciados taxativamente en el artículo 1.554 del Código Civil, ya que es el propio enunciado el que expone que “La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurren las circunstancias siguientes (...)”.

El objeto del contrato de promesa, únicamente puede encerrar obligaciones de hacer, siendo que es posible en caso de incumplimiento, la aplicación del artículo 1.553 del Código Civil, o el cobro de una cláusula penal que por lo general está expuesta en el mismo contrato.

¹⁵⁹ ABELIUK MANASEVICH, René. El contrato de Promesa, Editores Lopez-Viancos Distribuidores, 1971, Chile, p. 21.

41.1. Efectos que produce la quiebra respecto del contrato de promesa

La promesa de celebrar un contrato, genera la obligación de hacer consistente en otorgar el contrato prometido, so pena, de la aplicación del artículo 1.553 del Código Civil o de que se haga exigible a la parte incumplidora la cláusula penal estipulada en el contrato.

El síndico y la masa de acreedores, pueden desconocer el contrato de promesa, por no ser parte de los negocios jurídicos del quebrado. Así Provincialli expresa: “(...) la quiebra se limita a desconocer (mejor: a ignorar) determinadas relaciones creadas por el quebrado, en cuanto no son oponibles a los terceros”¹⁶⁰.

El contrato de promesa más común, consiste en la promesa de celebrar un contrato de compraventa. Este es el contrato que se analizará a continuación y, se deberá distinguir si es el promitente vendedor o el promitente comprador el que cae en quiebra.

a) Quiebra del promitente comprador:

Si es el promitente comprador el que ha de caer en quiebra, entonces el cumplimiento de la obligación de la promesa sería sumamente difícil. Lo que sucede como consecuencia, de que la prestación del contrato corresponde a una obligación de hacer que afecta a los bienes del concurso de manera negativa.

Las obligaciones de hacer que afectan bienes sujetos al concurso, han de salir de la esfera de administración del fallido en virtud del desasimiento y quedarán bajo la administración del síndico.

No es posible constreñir al síndico –en representación del fallido- a cumplir este tipo de obligaciones, quedando bajo la voluntad de la quiebra y de sus órganos, la

¹⁶⁰ PROVINCIALI, Renzo. Ob. cit. p, 292.

posibilidad de cumplirlo. No se puede obligarlos a velar por intereses de terceros, siendo que ya se está velando por los intereses de la masa de acreedores y de una justa repartición en respeto de la *par conditio creditorum*.

El promitente vendedor *in bonis*, entonces tendrá como única opción, reclamar ante el tribunal conecedor de la quiebra, la indemnización de perjuicios resultante de la infracción del contrato de promesa (artículo 1.553 N° 3 del Código Civil) o exigir ante la quiebra, el cumplimiento de la cláusula penal si se hubiese estipulado por las partes, para lo cual podrá verificar su crédito en la calidad de acreedor valista y ser pagado en moneda de quiebra.

Sin perjuicio de lo anterior, el síndico, si estimara beneficioso el cumplimiento del contrato prometido para la masa, podrá cumplirlo.

b) Quiebra del promitente vendedor:

Cuando existan al momento de la quiebra, contratos de promesa pendientes, en los cuales el fallido tenga la calidad de promitente vendedor, se debe estimar que generalmente resulta beneficioso para la masa el que se hagan exigibles – y así no pagar las multas asociadas a cláusulas penales que pudieren estar estipuladas, o las indemnizaciones correspondientes-.

Resulta muchas veces, más beneficioso la realización del contrato prometido que la resolución o suspensión de la promesa, por lo que en estos casos, la masa lo hará suyo y pedirá su cumplimiento. Esto sucede en virtud de la necesidad que surge de la quiebra de realizar los bienes del fallido para que se le pague a los acreedores con el producto.

Pero puede darse el caso, de que el fallido ante la desesperación por su estado crítico patrimonial, haya celebrado un contrato principal que supone un menoscabo para la masa. Esta acción es conocida como un **arbitrio ruinoso**, que le podría

permitir al fallido conseguir dinero de una manera simple pero en perjuicio de otros acreedores que tienen interés en su patrimonio.

La quiebra y el síndico, no están obligados a respetar este tipo de promesas, ya que al igual que en el caso anterior, las obligaciones de hacer, pueden no cumplirlas.

42. CONTRATO DE COMPRAVENTA

Por la enorme importancia que envuelve a este contrato, es que recibe tan extensa regulación en el Código Civil, ocupando el Título XXIII y regulado desde el artículo 1.793 al 1.896 del Código Civil.

El artículo 1.793 del Código Civil, define este contrato con las siguientes palabras: “La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquélla se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida, se llama precio.”

Son dos las prestaciones principales que envuelve este contrato. Por una parte, para el vendedor, el dar una cosa y por la otra, para el comprador, pagar una suma de dinero por ella.

En cuanto a los elementos de la compraventa, existen los esenciales, los de naturaleza y los accidentales. Los elementos esenciales son dos: el precio y la cosa; que sin ellos no podría existir este contrato o se desvirtuaría en uno diferente.

Los elementos de la naturaleza de la compraventa, son aquellos que se entienden incorporados a ella, sin mención especial por los contratantes. Esto ocurre como consecuencia de que dichos elementos están entregados por la ley, que suple, en ciertos casos, la voluntad de las partes. Enrique Barros indica al respecto: “Las obligaciones de saneamiento de la evicción y de los vicios redhibitorios son elementos de la naturaleza; sólo se entienden incorporadas al contrato en los términos que señala

la ley, en la medida que las partes no manifiesten lo contrario; las partes pueden modificarlas en sus propios términos. Lo mismo vale para la acción resolutoria, los riesgos y en general, para las reglas del título sobre la compraventa y las generales del derecho de los contratos que por su sentido sean de orden público”¹⁶¹.

Los elementos accidentales en la compraventa, son aquellos que ni natural ni esencialmente le pertenecen y que las partes han de pactar libremente en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a las buenas costumbres, a la moral y al orden público.

42.1. Efectos de la quiebra en el contrato de compraventa

La Ley de Quiebras, ha regulado los efectos de la falencia de alguno de los contratantes de la compraventa. El artículo 86, de la Ley de Quiebras, dispone: “El contrato de compraventa **podrá resolverse** por falta de cumplimiento de las obligaciones del comprador fallido, **salvo cuando se trate de cosas muebles que hayan llegado a poder de éste.**” Por este artículo, se debe hacer primeramente, una distinción entre los efectos de la quiebra en la compraventa de bienes muebles e inmuebles.

Los artículos posteriores, señalan únicamente los efectos de la quiebra en la compraventa de bienes muebles, más no en la de inmuebles, dando a entender que para ellos rigen las reglas generales.

La quiebra de alguno de los contratantes, no produce por sí misma la resolución del contrato de compraventa. Resulta que hay normas especiales en la legislación de quiebra, respecto de si la contraparte *in bonis* del contrato de compraventa, tiene o no derecho a pedir la resolución del mismo y también respecto de sus otros derechos.

¹⁶¹ Apuntes del contrato de compraventa, tomados por la ayudante Sandra Benedetto, sobre la base de las explicaciones dadas por el profesor Enrique Barros en Derecho Civil III del año 1992, p. 1.

42.1.1. Compraventa de bienes muebles

Se deberá de distinguir quién es el sujeto de la obligación que cae en quiebra y si el fallido es el comprador o el vendedor para establecer cuáles serán los efectos.

42.1.1.1. Quiebra del comprador

La Ley 18.175, regula algunos supuestos para el caso de que el comprador caiga en falencia. Hace distinción de diferentes casos: a) Que la cosa mueble comprada por el fallido haya llegado a poder de éste (artículo 86); b) Que las cosas muebles compradas y remitidas al fallido, estén en camino (artículo 87 inciso I); c) Las cosas muebles se encuentran todavía en poder del vendedor *in bonis* (artículo 87 Inciso II); y d) Las cosas muebles hayan sido vendidas durante su tránsito a tercero de buena fe (artículo 88).

42.1.1.1.1. Que la cosa mueble, comprada por el fallido, haya llegado a su poder antes de la declaratoria de quiebra

El artículo 86, de la Ley de Quiebra, impide al contratante del fallido, bajo este supuesto, resolver el contrato por falta de cumplimiento, que en este caso sería el no pago del precio acordado.

De no permitirse la resolución de la compraventa, a la contraparte *in bonis* únicamente le quedaría la opción de poder reclamar el precio impago a la quiebra a través de los mecanismos concursales, debiendo verificar su crédito y cobrarse mediante moneda concursal.

El fundamento de la imposibilidad de la resolución para la parte *in bonis*, se encuentra en la protección del principio de la *par conditio creditorum* y en motivos prácticos.

De permitirse la resolución de la compraventa en este caso, podrían reivindicarse las cosas muebles vendidas, lo que iría en perjuicio de los acreedores concursales que quedarían privados del bien de la masa. Además, estos bienes pertenecen al fallido a pesar de no haber pagado el precio (artículo 1.874 del Código Civil).

Como razón práctica, los bienes comprados pueden estar sujetos a prenda de algunos acreedores, por lo cual, la reivindicación no sería posible en su totalidad, al sujetarse al bien un derecho real que lo persigue independiente del sujeto que sea dueño.

También es posible, que el fallido haya vendido a un tercero de buena fe los bienes impagos, que es lo que podría ocurrir con mercaderías fungibles, lo que también imposibilitaría la reivindicación.

En materia civil, la resolución es posible de pedir para el vendedor que no ha sido pagado por el comprador, ya que la compraventa, al ser un contrato bilateral y oneroso, lleva envuelta la condición resolutoria tácita.

Sin perjuicio de lo anterior, en caso de que el vendedor *in bonis* haya pedido la resolución del contrato de compraventa antes de la declaratoria de quiebra, se debe establecer que se encontrarían en pugna los artículos 66 y 86 de la Ley de Quiebra, lo cual, se pasará a explicar a continuación.

El artículo 66 de la Ley de Quiebras, contiene uno de los principios fundamentales en materia del concurso, explicando que la sentencia declaratoria, fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían el día de su pronunciamiento, sin perjuicio de los casos especialmente previstos por la ley. De ser así, el acreedor *in bonis* que esté ejerciendo su pretensión –que envuelve su derecho de resolver el contrato antes de la sentencia declaratoria de quiebra, debería de poder hacerlo y continuar el procedimiento de resolución.

Más, en caso de que el acreedor *in bonis* esté tratando de resolver un contrato de compraventa de bienes muebles, siendo que las cosas se encuentran en poder del fallido, el artículo 86 dispone que no podrá resolverse, no haciendo distinción de ninguna índole respecto del momento en que se pidió la resolución por la parte *in bonis*.

Razón de lo anterior, se debe establecer que este artículo 86 podría configurar una excepción al artículo 66, siendo un caso especialmente previsto por la ley que impide la resolución, aun cuando se haya pedido con anterioridad a la sentencia declaratoria de quiebra.

El repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena explica al respecto: “Y la disposición no distingue, para que operen sus efectos, si la demanda en que se pide la resolución ha sido notificada antes o después de la declaratoria de quiebra del comprador. Por consiguiente, no puede sostenerse que por el hecho de que el vendedor notifique su demanda antes de la declaratoria de quiebra del comprador, conserva su derecho a obtener la resolución del contrato”¹⁶².

42.1.1.1.2. Que las cosas muebles compradas y remitidas al fallido, estén en camino al momento de producirse la quiebra

Para el presente supuesto, ha de regir lo establecido en el artículo 87 de la Ley de Quiebras, que reza: “Mientras estén en camino las cosas muebles vendidas y remitidas al fallido, el vendedor no pagado **podrá dejar sin efecto la tradición, recuperar la posesión y pedir la resolución de la compraventa**”; el inciso II del mismo artículo dispone: “El vendedor podrá también **retener las cosas vendidas** hasta el entero pago de su crédito”.

¹⁶² UGARTE VIAL, Jorge. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código de Comercio y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1988, Chile, p. 54.

Es el artículo 89 de la Ley de Quiebras, el que indica que es lo que se debe entender por lo que las cosas muebles se encuentren en camino, señalando: “Para los efectos de lo dispuesto en los dos artículos precedentes, se entiende que las cosas muebles están en camino desde el momento en que las reciben los agentes encargados de su conducción, hasta que queden en poder del comprador fallido o de la persona que lo represente”.

El artículo 87, de la Ley 18.175, entrega como derechos al vendedor: a) dejar sin efecto la tradición; b) recuperar la posesión; c) pedir la resolución y d) retener las cosas vendidas.

En cuanto al derecho del vendedor para **dejar sin efecto la tradición y recuperar la posesión**; el artículo 148, inciso I del Código de Comercio dispone: “El envío de las mercaderías hecho por el vendedor al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, **importa la tradición efectiva** de ellas”. Este artículo entrega sentido a lo señalado con el artículo 87 de la Ley de Quiebras, que permite al vendedor dejar sin efecto la tradición de los bienes que estén en camino.

Al ser la compraventa un título traslativo (artículo 703, inciso III del Código Civil), requiere de la tradición para la constitución de la posesión de los bienes (artículo 702 del Código Civil), por lo cual, al dejar sin efecto la tradición en virtud del artículo 87 de la Ley de Quiebras, el vendedor recuperaría la posesión.

Con respecto a la posibilidad del vendedor de dejar sin efecto la resolución del contrato, se aplica lo señalado en el artículo 1.489 del Código Civil. Fernando Gualda Zamorano explica respecto de la resolución: “(...) pero en este caso la resolución sólo operará si se llenan los requisitos siguientes: 1) que la cosa mueble de que se trata no la tenga el comprador, ni por sí ni por otro que la detente en nombre o lugar suyo, y 2) que aquél no la haya transferido a un tercero de buena fe”¹⁶³.

¹⁶³ GUILDA ZAMORANO, Fernando. Algunos Efectos Especiales de la Declaración de Quiebra (En materia Precontractual y contractual, civil y mercantil), Memoria de Prueba para optar al grado de licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1949, Santiago de Chile, p.49.

Otro derecho que se le entrega al vendedor es el de **retención**, consistente en que el vendedor podrá suspender la entrega de las cosas al comprador y no entregárselas hasta que se le pague el total del precio pactado.

Ahora bien, el derecho explicado debe ser ejercido oportunamente por el vendedor. Así lo ha expresado la jurisprudencia en un antiguo fallo que señala: “La circunstancia de que la quiebra del comprador tenga lugar cuando las mercaderías están todavía en camino no produce por sí sola los efectos del artículo 90, esto es, dejar sin efecto la tradición, recuperar el vendedor la posesión de ellas y retenerlas hasta el completo pago de su crédito, sino que faculta a dicho vendedor para ejercitar ese derecho en debida forma y mientras estén en tránsito, pero no ejerciéndolo oportunamente se extingue y no renace de nuevo, entrando en tal caso el vendedor a figurar como acreedor de la quiebra por su precio”¹⁶⁴.

42.1.1.1.3. Que las cosas muebles, compradas por el fallido, hayan sido vendidas durante su tránsito, a tercero de buena fe

El artículo 88, de la Ley de Quiebras, plantea la siguiente hipótesis: “En caso de que las cosas a que se refiere el artículo **anterior hayan sido vendidas durante su tránsito a un tercero de buena fe**, a quien se hubiere transferido la factura, conocimiento o carta de porte, el vendedor no podrá usar las acciones que le confiere dicho artículo.” El inciso II del mismo artículo expone: “Pero si el nuevo comprador no hubiere pagado el precio antes de la declaratoria de quiebra, el vendedor primitivo podrá demandar su entrega hasta la concurrencia de la cantidad que se deba”.

En la economía moderna, es común que se vendan las cosas antes de que el comerciante las adquiera para sí, por ejemplo, cuando las cosas compradas y no pagadas se encuentran en un embarque o en camino¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Corte Suprema, 18 de Julio de 1910, R., t.8, sec. 1°, p. 265.

¹⁶⁵ Lo cual sucede con las concesionarias de autos nuevos, que venden los autos embarcados aún antes de que los reciban y paguen a las fábricas; o en caso de negocios de compra y venta de productos

Entonces, de haber el tercero, pagado al fallido comprador por un bien mueble que se encontraba en tránsito antes de la sentencia que declara la quiebra, se le impide al vendedor dejar sin efecto la tradición y resolver el contrato o retener el bien. El dinero que pague el tercero de buena fe por el bien, entrará a la masa activa de la quiebra.

42.1.1.1.4. Vendedor conserva la cosa mueble vendida

En la circunstancia de que la cosa mueble vendida, continúe bajo el poder del vendedor *in bonis* al momento de la sentencia declaratoria de quiebra, entonces no habrá duda de que el bien no ingresa en la masa de quiebra. A menos de que el síndico en representación del fallido pague el total del precio debido. Como se ha señalado anteriormente, de no pagársele al vendedor, entonces este se puede negar a cumplir su obligación invocando la excepción de contrato no cumplido, pudiendo además retener la cosa y pedir la resolución del contrato de compraventa.

Sin perjuicio de lo anterior, la única manera en que el síndico pueda compeler al vendedor a cumplir su obligación de entregar una cosa, es si el síndico decide pagar la deuda, intereses, costas y perjuicios o dando caución que asegure el pago (artículo 93 de la Ley de Quiebras), lo cual sucederá cuando considere el bien beneficioso para la masa de acreedores.

agrícolas, como trigo y maíz, donde empresas almacenadoras y comercializadoras de grano compran cosechas enteras a agricultores, aun antes de que se encuentren en tránsito, que serán pagadas al momento de la tradición o a plazo y que ya han sido vendida a empresas que lo requieran.

42.1.1.2. Quiebra del vendedor

Se debe distinguir si existió o no, la entrega de la cosa vendida. De haberse entregado la cosa vendida al comprador *in bonis*; la tradición de la cosa es eficaz. Pero en el supuesto de que el precio esté pendiente al momento de la sentencia declaratoria de quiebra, deberá de ser pagado al síndico en su papel de representante del fallido vendedor.

Si la cosa vendida ha sido pagada pero no entregada y al síndico le conviene el cumplimiento en especie del contrato para la masa, se encontrarán en pugna dos principios concursales:

Por una parte, el artículo 66, de la Ley de Quiebras, indica que la sentencia declaratoria de quiebra, fija irrevocablemente los derechos de los acreedores en el estado que tenían el día de su pronunciamiento. Por tanto, la transferencia de la cosa vendida al comprador, *ex post* de la quiebra del vendedor, sería alterar este principio de la fijación irrevocable de los créditos. Esto supondría entregarle un derecho al comprador que no existía al momento de la sentencia declaratoria de quiebra, lo cual, traería como consecuencia el no respetarse este principio.

Además, los acreedores del fallido, únicamente pueden recibir del concurso moneda de quiebra, pero no podrán recibir cosas de éste, por altera la *par conditio creditorum*.

Por otro lado, de ser beneficioso el contrato para la masa de acreedores, es regla general, que el síndico en representación del fallido y de los acreedores, pueda imponer su voluntad y constreñir a la contraparte *in bonis* para que cumpla -en caso de entregar caución suficiente o dar pago íntegro a la prestación del fallido-.

En el caso particular, aun cuando pueda ser beneficioso para la masa, nunca es permitido que a algún acreedor se le pague con bienes singulares de la masa, en virtud del principio de la *par conditio creditorum*. Los acreedores únicamente podrán ser pagados en moneda concursal o pedir la resolución del contrato, ya que las cosas que

no han sido entregadas al comprador, en caso de quiebra del vendedor, pertenecerán a la masa activa de la quiebra.

Incluso, de haber pagado el comprador *in bonis* el precio de la cosa que no ha sido entregada, y de no percibirla, tendrá como únicas opciones, el verificar su crédito en la quiebra y ser pagado con moneda concursal, o pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios si correspondiere.

42.1.2. Compraventa de bienes inmuebles

En la compraventa de bienes raíces, se efectúa la tradición del dominio, mediante la correspondiente inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces (artículo 686 del Código Civil), fundándose en un sistema registral.

La inscripción, es la forma en que opera la tradición de los inmueble; es prueba (artículo 924 del Código Civil), requisito (artículo 724 del Código Civil) y garantía de la posesión de los bienes raíces (artículos 728 y 2.505 del Código Civil).

42.1.2.1. Quiebra del vendedor

En caso de la quiebra del vendedor de un bien raíz, se debe distinguir si se ha efectuado o no la tradición de éste, mediante la inscripción.

De haberse efectuado la tradición con anterioridad a la quiebra del vendedor, se reputará válida y no existirá acción para restituir el bien a la masa, salvo que se haya hecho en periodo sospechoso menoscabando los intereses de los acreedores (artículo 75 de la Ley de Quiebra y 2.468 del Código Civil) y procediere una acción pauliana o revocatoria concursal.

Ahora bien, si se efectuó la tradición, pero el comprador no pagó el precio del bien raíz antes de la quiebra del vendedor, entonces el comprador deberá pagar el dinero al síndico que es el representante del fallido.

En el caso de que la quiebra del vendedor, se declare en el intertanto de la escritura pública de compraventa y la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces, habiendo pagado el precio de la cosa el comprador, entonces la lógica y los principios especiales de la quiebra, establecen que al comprador no le queda otro remedio que pedir la resolución del contrato con indemnización de perjuicios.

En el supuesto anterior, no podrán cumplirse a cabalidad las obligaciones emanadas de la compraventa al no poderse hacer la tradición de manera posterior a la declaratoria de quiebra en virtud del artículo 66 de la Ley 18.175, que fija irrevocablemente los derechos de los acreedores al día de la sentencia declaratoria y del principio de la *par condrito creditorum*. No es posible pagar a algún acreedor -en este caso el comprador-, con bienes singulares del quebrado.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago ha disentido de la imposibilidad de inscripción señalada, estableciendo que si es posible realizar la inscripción del bien raíz, aun declarada la quiebra del fallido.¹⁶⁶

42.1.2.2. Quiebra del comprador

El problema de la quiebra del comprador de un bien raíz, se presenta cuando cae en concurso antes de haber pagado el precio, pudiendo el vendedor haber hecho o no la tradición del bien en cuestión en el intertanto.

Si la tradición ya había sido hecha por el vendedor al comprador fallido, y éste no hubiera pagado la cosa, entonces podrá el vendedor pedir la resolución del contrato,

¹⁶⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. XXVI, 2° parte, secc 2°, p. 55, citado de Ricardo Sandoval, ob. cit. p. 115.

rigiendo para esto, las reglas generales del Código Civil (artículo 1.489), en caso de cumplir sus obligaciones o allanarse a cumplirlas.

Si no se ha efectuado la tradición del bien raíz mediante la inscripción del título en el Conservador de Bienes Raíces, pero se ha pagado el precio de la cosa por el comprador, entonces el síndico en representación del fallido, podría pedir que se inscribiera en el Conservador.

Pero de haberse pagado el precio el comprador y no haberse efectuado la tradición, entonces la opción del síndico es pagar el inmueble para forzar la inscripción del vendedor -en caso de que la compraventa sea beneficiosa para la masa- o, pedir la resolución del contrato en virtud de encontrarse el contrato pendiente.

43. ARRENDAMIENTO

El artículo 1.915, del Código Civil, define este contrato, en los siguientes términos: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.” En otros países, se denomina este contrato, como “locación”.

Del concepto legal, se desprende que existen tres tipos de arrendamiento: de cosa, obra o servicio. Mientras que el arrendamiento de cosa tiene un carácter más civil o comercial, el de servicio es regulado por el Código Laboral y el de obra únicamente, por leyes de carácter comercial¹⁶⁷.

Los sujetos que intervienen en el contrato son: el arrendador, que es quien se obliga a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio y el

¹⁶⁷ El arrendamiento de obra será analizado en la presente tesis, al momento de analizar “los efectos de la quiebra en los contratos de trabajo”

arrendatario, quien es el obligado a pagar por el goce, obra o servicio, un precio determinado (artículo 1.919 del Código Civil).

Los elementos de la esencia del contrato de arrendamiento son: la cosa, un hecho, una obra o ejecución de un servicio; el precio que ha de denominarse *renta* y el consentimiento de las partes tanto respecto del precio como respecto de la cosa, hecho, obra o ejecución de servicio.

43.1. Contrato de arrendamiento de cosas

Es aquel contrato, por el cual una de las partes llamada arrendador, se obliga a conceder el uso y goce de una cosa a otra parte, denominada arrendatario, quien se obligará por esto, a dar una suma determinada de dinero de manera periódica.

Es regulado este tipo de arrendamiento, por: a) El Código Civil, en los artículos 1.915 y siguientes; b) La Ley 18.101, de arrendamiento de predios urbanos; c) El D.L. 993, de arrendamiento de predios rústicos y, d) La Ley 19.281, de arrendamiento de viviendas con promesa de compraventa.

43.2. Contrato de arrendamiento para confección de obra material

Alessandri ha definido este contrato en los siguientes términos: “(...) aquél por el cual una persona llamada artífice, se obliga, mediante cierto precio, a ejecutar una obra material”¹⁶⁸.

¹⁶⁸ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los Contratos, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur, 1988, Chile. p. 182.

El objeto de este contrato, es que el arrendador o artífice, ponga a disposición de otra persona, su trabajo y conocimiento de una materia, para confeccionar una obra material en favor del arrendatario. Alessandri señala que: “Lo que caracteriza entonces a este contrato es que se haga una obra nueva con una sustancia mediante la transformación de ella por el trabajo del hombre”¹⁶⁹.

Será este contrato de la naturaleza del arrendamiento, únicamente, si los materiales son suministrados por la persona que encargó la obra (artículo 1.996, inciso III, del Código Civil). De no suministrar los materiales el artífice, se convertiría en un contrato de compraventa.

43.3. Efectos de la quiebra en el contrato de arrendamiento de cosas

No se produce la terminación del contrato de arrendamiento de bienes muebles o inmuebles, por la sola quiebra de alguna de las partes.

Habrá que distinguir la naturaleza de la cosa arrendada y el sujeto de la obligación, que ha de caer en falencia.

En Chile, a diferencia de los países con una mayor riqueza legal en la materia de los efectos de la quiebra en los contratos, únicamente se ha regulado los efectos de la quiebra en el contrato de arrendamiento con una disposición aislada en el artículo 70, inciso IV, de la Ley 18.175.

¹⁶⁹ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. Ob.cit, De los contratos. p. 182.

43.3.1. Quiebra del arrendador

La quiebra del arrendador de un bien mueble o inmueble, no pone fin al contrato, pudiendo el arrendatario seguir usando y gozando del bien.

En virtud del desasimio que afecta al arrendador, se producirá que el pago de la renta que debe el arrendatario, sean entregadas al síndico, como representante de la masa y del fallido.

Ahora bien, los acreedores habrán de pagarse con todo los bienes del deudor fallido que entren a la quiebra, incluso con los bienes que puedan estar arrendados. Es en este supuesto que el bien arrendado puede ser enajenado por los mecanismos de la quiebra, sin perjuicio de que el síndico estará obligado a respetar el contrato como representante del fallido.

El artículo 1.962 del Código Civil, señala los casos en que el contrato de arrendamiento es oponible a los nuevos dueños, no pudiendo resolverse después de adquirido el bien.

43.3.2. Quiebra del arrendatario

El artículo 1.968, del Código Civil, establece que la insolvencia declarada del arrendatario, no necesariamente pone fin al contrato. La insolvencia declarada, es nada más que la quiebra¹⁷⁰.

La razón de la no terminación del contrato de arrendamiento de manera inmediata por la quiebra del arrendatario, es por la posibilidad de que el síndico y la masa de

¹⁷⁰ El proyecto del Código Civil de 1846-47, en su artículo 693, señalaba: "Se entiende por declaración de insolvencia, el escrito en que el deudor hace cesión de bienes, o el decreto judicial que manda a trabar ejecución en todos los bienes o que abre concurso de acreedores" Cita de Le Fort, Guillermo, Ob. cit. p. 269.

acreedores, subroguen al fallido, presentándole caución a satisfacción del arrendador¹⁷¹. No otorgándose esta caución, entonces el arrendador tendrá el derecho de poner término el contrato de arrendamiento, pudiendo pedir que se declaren los perjuicios sufridos por el tribunal, para luego verificarlos como crédito ante la quiebra (artículo 1968, inciso III del Código Civil).

En cuanto a las rentas de arrendamiento, aquellas que se hayan devengado antes de la sentencia declaratoria de quiebra y que no hayan sido pagadas por el fallido arrendatario, otorgarán un derecho al arrendador para verificarlas en la quiebra y que sean pagadas con moneda concursal.

Una vez declarada la quiebra, de subrogarse la masa de acreedores en la persona del arrendatario fallido, entonces la deuda de las rentas la asumirá esta, tanto aquellas que se hayan devengado antes de la quiebra como las futuras. Esto es en razón de que no hay una cesión del contrato, sino que una representación que se hace del fallido, continuando su persona en el arrendamiento.

Si la masa no hace suyo el contrato, entonces el arrendador podrá poner término al arrendamiento pidiendo la indemnización de perjuicios correspondiente. Raúl Varela expone al respecto: "Es una aplicación de la idea de que la quiebra no es causal que justifique el incumplimiento de los contratos. El crédito por perjuicios no es la deuda de la masa, sino en la masa, y por lo mismo, debe ser verificado y se pagará en moneda de quiebra"¹⁷².

Como se ha expuesto, los órganos de la quiebra son la sucesión de la persona del fallido, pero no es posible de obligar en el cumplimiento de los contratos que éste tenía con anterioridad de la sentencia de quiebra, sin perjuicio que de ser conveniente su continuación, serán cumplidos y se continuarán ejecutando.

¹⁷¹ Artículo 1.968 inciso II del Código Civil: El acreedor o acreedores podrán substituirse al arrendatario, prestando fianza a satisfacción del arrendador.

¹⁷² VARELA MORGAN, Raúl. Artículo: Efectos que produce la quiebra del concedente o del usuario en un leasing financiero de bienes muebles, Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXV, N°3, 1988, Chile, p. 141.

En relación con la decisión de la masa, para continuar o no con el contrato de arrendamiento de un bien inmueble, se regula en el artículo 71, inciso final, de la Ley 18.175, el caso de la quiebra del arrendatario. El arrendador, tiene el derecho, para la seguridad de su pago, de retener todos los frutos y objetos que le pertenecieran al arrendatario (artículo 1.942 del Código Civil) y que con sentencia ejecutoriada, le serán considerados estos bienes como hipotecados o prendados según su naturaleza, pudiendo realizarlos en tal carácter.

Además, el artículo 71 en su inciso final, impide que se realicen los bienes muebles, que sean objeto del derecho real de retención y que estén destinados a la explotación del negocio del fallido durante los treinta días siguientes a la declaración de quiebra. Esto es con el objeto de permitir a la masa decidir si continuar o no, con el contrato de arrendamiento en que el fallido era parte. El impedimento del artículo 71, opera aun cuando el arrendador cuente con sentencia judicial que le otorgue la posibilidad de poder realizar los bienes.

Si el arrendamiento hubiese expirado al momento de la declaración de quiebra, entonces el arrendador podrá exigir la entrega del inmueble y no correrá lo establecido por el artículo 71 inciso final de la Ley de Quiebras. Además, podrá entablar las acciones a las que tenga derecho, para pagarse los saldos insolutos e indemnizaciones.

44. CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El vocablo leasing proviene del verbo en inglés *to lease*, que significa dar o tomar en arrendamiento. La doctrina, es uniforme al establecer que la expresión es insuficiente para expresar la complejidad y cabalidad de este contrato.

La doctrina de habla castellana, ha preferido adoptar el vocablo *leasing*¹⁷³, proveniente de Estados Unidos de América, al de “arriendo financiero”, para señalarse el contrato examinado.

El leasing, es una respuesta a la realidad económica-jurídica en la vida moderna, que es adoptada en la década del 50' en Estados Unidos de América y en los 60' para América Latina y Europa.

Esta institución surge como consecuencia de: la necesidad de colmar las exigencias del mercado y el tráfico comercial; la dificultad de conseguir créditos para financiamiento y el largo lapso de tiempo en su tramitación; las depreciaciones de la tecnología cada vez más aceleradas por sus innovaciones permanentes; etc.

En el leasing, se generan derechos y se contraen obligaciones recíprocas, tanto para el dador o sociedad de leasing, como para el tomador o usuario del bien sobre el que recae el contrato.

En términos generales, la sociedad se obliga a la financiación de bienes mediante su compra a un tercero, a situarlos al alcance del usuario para su uso y goce y, eventualmente vendérselos al momento estipulado si se optara por su compra.

¹⁷³ Se utiliza por primera vez esta denominación al contrato en España, en el Real Decreto Ley 15/1977, del 25 de febrero de 1977, lo cual es adoptado por la mayoría de la doctrina Latinoamérica. En Italia lo han denominado *Locazione finanziaria* o *locazione con diritto di opzione*, Alguna doctrina lo denomina como arriendo con opción de compra, financiamiento de uso de bienes, etc. Ciertamente no hay un nombre que no induzca a error respecto de la naturaleza y contenido del contrato, pero para efectos de la presente exposición se hablará de leasing o arriendo financiero por ser los vocablos, tanto económica como jurídicamente, más claros en lo que respecta este contrato.

Por su parte el usuario o tomador, se obliga al pago periódico de rentas estipuladas por el derecho de usar y gozar del bien.

El tomador, adquiere el uso y el goce del bien que ha sido objeto del leasing a cambio de un precio. Puede eventualmente adquirir la propiedad del bien. El precio, se deberá pagar en cuotas o rentas, según se convenga en el contrato. El contrato, se debe desarrollar en un plazo forzoso que impida a las partes dejarlo sin efecto y entregue beneficios para ambas.

Es el tomador, quien deberá de asumir a su cuenta, los riesgos y cargos de mantención y conservación. El tomador, al finalizar el contrato, tendrá la obligación – que encierra un derecho también- de poder optar por comprar, prorrogar, vender a un tercero o, cualquier otra opción estipulada sobre el bien que ha sido objeto de leasing o arrendamiento financiero.

El contrato de leasing se integra por varios contratos, lo cual es propio de su utilidad al ser un medio de financiación. Así Ricardo Sandoval expone: “Aparece en la práctica como una operación unitaria, integrada por varios contratos. Tal operación no coincide con ninguna de las categorías dogmáticas del derecho de las obligaciones y de los contratos, situación que no es exclusiva del leasing, sino que se presenta también en otras operaciones que constituyen medios de financiamiento de actividad mercantil”¹⁷⁴.

El contrato de leasing en la legislación chilena, es de carácter atípico. No se encuentra tipificado y descrito; con la excepción del conocido comúnmente como **leasing habitacional** que está regulado por la Ley 19.281. Por tanto, en la mayoría de los casos, se regulará únicamente, por la autonomía de la voluntad.

En cuanto a un concepto jurídico que se pueda dar de este contrato, nuestro Ordenamiento Jurídico permanece en absoluto silencio, y únicamente la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, ha dado una aproximación respecto a una de las cuantas variaciones del arriendo financiero, denominado *Lease Back*, estableciendo: “(...) éste es un contrato en virtud del cual una empresa vende un bien

¹⁷⁴ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Operación de Leasing, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Chile, p. 18.

de su propiedad, de naturaleza mueble o inmueble, a una empresa de leasing, la que instantáneamente, le concede en leasing el uso del mismo bien contra el pago de un canon periódico, durante un plazo determinado, y le otorga una opción de compra al final del contrato por un valor residual preestablecido. Esta complejidad en su constitución y ejecución muestra elementos o aspectos que superficialmente se encuentran en una serie de figuras contractuales típicas de arrendamiento, compraventa, opción de compra o pacto de retro compra, etc.”¹⁷⁵

El colegio de Contadores, ha definido el Leasing con las siguientes palabras: “Un “lease” es un contrato mediante el cual una persona (Lessor o arrendador), natural o jurídica, traspa a otra (Lessee o arrendataria), el derecho a usar un bien físico a cambio de alguna compensación, generalmente un pago periódico y por un tiempo determinado, al término del cual el arrendatario tiene la opción de comprar el bien, renovar el contrato o devolver el bien.”¹⁷⁶

En España, el Real Decreto-Ley de ordenación económica, del 25 de Febrero de 1977, define en su artículo 19 el leasing, señalando: “A los efectos de la presente disposición constituyen operaciones de arrendamiento financiero aquellas operaciones que, cualquiera que sea su denominación, consistan en el arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por Empresas constituidas en la forma prevista en el artículo veintidós y según las especificaciones señaladas por el futuro usuario. Las mencionadas operaciones deberán incluir una opción de compra a favor del usuario al término del arrendamiento.”

En Italia, la Ley del 2 de Mayo de 1976, N° 183, define en el artículo 17, inciso II, el contrato en cuestión, con las siguientes palabras: “Per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Chillan, HNS Leasing S.A. con Hostería Las Brisas Limitada.

¹⁷⁶ Boletín Técnico N° 22 del Colegio de Contadores.

rischi, e con facolta' per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito.”¹⁷⁷

Las definiciones que pueden ser entregadas respecto de este contrato, en general son insuficientes o equivocadas, en virtud de la cantidad de variaciones que puede sufrir este contrato.

Además, cualquier definición propiamente jurídica resultaría equivocada para un contrato cuyo contenido es financiero, económico y contable, por lo cual, de hacer una definición legal, se debería tomar en cuenta su tecnicismo y no creaciones jurídicas que darían un erróneo concepto.

44.1. Clases de contratos de leasing

44.1.1. Leasing financiero

En esta modalidad, el objetivo de la celebración del contrato, es la consecución de financiamiento para el tomador.

Consiste en que una sociedad especializada –que dentro de su giro pueda realizar contratos de leasing-, invierte su capital en activos fijos, cediendo a título de mera tenencia, el uso y goce de éstos a un tercero, con la mira de obtener beneficios de tipo económico. En un momento determinado, se da la opción al tomador para que pueda, adquirir la propiedad del bien sobre el que recae el contrato, venderlo a un tercero o prorrogarlo, dependiendo lo que se haya estipulado por las partes.

¹⁷⁷ Traducción: “Por locación financiera entenderemos los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, adquiridos o construidos por el arrendador (propietario) a elección e indicación del arrendatario que asume todos los riesgos, con el derecho de este último a ser propietario de los bienes arrendados al término del arrendamiento con el pago de un precio pre establecido por este”.

El productor o proveedor del bien, no es parte del contrato, sino que celebra por su parte, un contrato de compraventa con la empresa de leasing para transferirle el dominio a ella. Es la empresa de leasing, la que es dueña y la que celebrará el contrato con el tomador.

Los productos sobre los que recae este contrato, pueden ser tanto de naturaleza mueble como inmueble.

44.1.2. Lease- Back o retro leasing

Es el contrato mediante al cual, una persona vende a una sociedad de leasing sus bienes muebles o inmuebles y, la sociedad concede a cambio a la vendedora, el uso y goce de sus bienes, mediante la celebración del contrato de leasing. El comprador luego se lo arrendará, mediante el pago de rentas periódicos, al antiguo dueño vendedor. En un momento determinado del contrato, se le dará la opción a la vendedora, de reintegrar el bien a su patrimonio, mediante el pago del valor residual del bien o de extender el contrato de arrendamiento.

Los objetos con los que se celebra este contrato, son esencialmente dos: a) Le entrega liquidez a la empresa vendedora, movilizandolos sus activos fijos y dando la posibilidad de readquirirlos y; b) Aumenta los gastos de la empresa vendedora, disminuyendo su base imponible.

44.1.3. Leasing operativo

Lo característico de este tipo de leasing, es la ausencia de la sociedad financiera. El contrato se celebrará directamente entre el proveedor- que será el dador- y el usuario.

El beneficio de este contrato, desde el punto de vista del dador, es que podrá colocar sus bienes en el mercado sin la transferencia del dominio de ellos, es decir sólo su uso y goce, siendo un contrato de intercambio entre él y el usuario. Para el usuario, la ventaja que presenta este tipo de leasing, a diferencia con el financiero, es que permite que las mantenciones, reparaciones e incluso a veces, administración de los bienes, será a cargo del dador que es el experto, lo cual en ciertos bienes de complicada y expensiva elaboración, administración y mantención, es una importante herramienta¹⁷⁸.

Además, permite acondicionarse a las empresas con lo último en tecnología de una manera más rápida y sin marcar historial financiero, ya que el banco no es quien entrega este tipo de leasing sino empresas especializadas. Por último, permite descontar las rentas del leasing de la base imponible del usuario, lo cual constituye un beneficio tributario.

44.2. Efectos de la Quiebra en el contrato de Leasing

Antes de analizar cuáles serán las consecuencias jurídicas que podría traer la quiebra del usuario o del dador en el leasing, se debe señalar cuál es la legislación que se les aplicará, para establecer si los sujetos tienen o no, ciertas acciones para los casos concretos.

¹⁷⁸Un ejemplo común del leasing operativo, lo encontramos con ciertas maquinarias de minería, como lo son camiones, máquinas extractivas, motores de fábricas, etc. Las empresas mineras, prefieren el leasing operativo, al permitirle una constante innovación en las maquinarias y por los cuidados específicos que éstas requieren.

44.2.1. Legislación aplicable al contrato innominado de leasing

En la legislación chilena, el contrato de leasing no ha sido acogido de manera orgánica, pero aun así, ha sido ampliamente admitido en la vida de las empresas como una forma viable y beneficiosa para adquirir financiamiento y tecnología.

Al ser innominado, la doctrina y jurisprudencia se ha preguntado cuál es la legislación aplicable en caso de conflicto entre las partes.

A pesar de que es usual en este contrato, que se utilice por analogía la legislación del contrato de arrendamiento en virtud de la gran amplitud que presenta su regulación en el Código Civil y otras leyes, se crea un conflicto ante la complejidad y fisonomía del leasing, para encasillarlo y aplicarle normas de otros contratos tipificados.

Dispone el artículo 1.915, del Código Civil, que: “El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”.

Así, el contrato de arriendo ha sido tan ampliamente definido en la Ley, que algunos autores, le encuentran cabida dentro de él a la figura atípica del leasing. Antonio Ortúzar Solar, expone al respecto: “Atendida las circunstancias de que el Código regula las más diferentes situaciones en sus disposiciones y que para ello señala requisitos que deben o no concurrir, según sea el caso, es que pensamos que el leasing tiene amplia cabida en el arrendamiento de cosas, situación que no se da en legislaciones de otros países”¹⁷⁹.

En la fisonomía del contrato de leasing, han de encontrarse una gran cantidad de figuras contractuales típicas además del arrendamiento, tales como la compraventa, opción de compra, pacto de retrocompra, mandato, etc. Pero es en la primera fase de desarrollo de este contrato, cuando el usuario tiene el uso y goce del bien a título de

¹⁷⁹ ORTUZAR SOLAR, Antonio. El contrato de Leasing, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Chile, p. 34.

mera tenencia, en que es posible de asemejarlo al contrato de arrendamiento de cosas tipificado en el Código Civil. Pero de no estarse en ese momento –sino que en el momento en que el usuario, tiene la opción de comprar el bien, venderlo a un tercero, restituirlo o prorrogarlo-, se debe establecer que ya no se asemejará más al arrendamiento.

Siguiendo el criterio anterior, se le podrían aplicar las normas al leasing, del contrato al que más se asimile dependiendo del momento de su ejecución, pudiendo ser:

- a) En una primera fase, cuando el tomador tiene el uso y goce del bien, es posible asimilarlo a las normas contrato de arrendamiento;
- b) En el momento en que se genera la opción de comprar al bien entregado en leasing, se podría asimilar a las normas contrato de opción;
- c) En caso de que el contrato de leasing, tenga el carácter de operativo, es posible asimilarlo a las normas del mandato, para los efectos de la mantención, reparación y/o administración de los bienes;
- d) Respecto del Lease- Back, en su primera gestión, debería equipararse a las normas de compraventa;
- e) Etc.

Sin embargo, el leasing es un contrato íntegro y con una fisonomía propia, distinta a todos los contratos nombrados y sin una ley especial que lo regule.

De utilizarse la legislación del arrendamiento, del contrato de opción, del mandato, de la compraventa, etc., se iría en contra a las reglas establecidas en los artículos 19 y siguientes del Código Civil. Por mucha amplitud que tengan estas normas, la tergiversación de su sentido, podría ser peligrosa, dando cabida indebida a contratos innominados con sentido y fundamento completamente diverso.

No es posible tratar de aplicar normas de otros contratos, con objetivos, naturaleza y esencia distintos, a este contrato de leasing. La Corte de Apelaciones de Chillan, reconoce este carácter y fisonomía propia, estableciendo: “Esta complejidad en su constitución y ejecución, muestra elementos o aspectos que superficialmente se encuentran en una serie de figuras contractuales típicas de arrendamiento,

compraventa, opción de compra o pacto de retrocompra, etc.” Continúa señalando que “El leasing, si bien se configura con elementos de esos contratos, **se diferencia claramente de todos ellos, puesto que configurar por partes no es lo mismo que calificar o materializar el todo**”¹⁸⁰.

De tener una Ley especial que regule este contrato, no se presentarían estas lagunas legales que han de ser rellenadas con principios generales y además, se tendría control de las entidades financieras que hacen uso de esta figura, ajustándolas a alguna Superintendencia u organismo superior, para que no se provoquen abusos.

44.2.2. Quiebra del usuario o tomador

Como no es posible aplicar al leasing las normas de contratos tipificados, como el de arrendamiento, en caso de la quiebra de uno de los sujetos, entonces, más que establecer la parte exacta a la que se encuentra desarrollado el leasing –para asemejarle las reglas de algún contrato-, se debe atender a **las reglas generales** ya explicadas en el Capítulo III del presente trabajo.

44.2.2.1. La autonomía de la voluntad como regla general

El contrato de leasing tiene una fisonomía propia y no está tipificado, razón por la cual, la intención de las partes y la autonomía de la voluntad, debe respetarse primariamente en lo que no contradiga al Ordenamiento Jurídico en general y a la Ley de Quiebras en específico.

¹⁸⁰ Corte de Apelaciones de Chillan, 11 de Julio del 2008, HNS Leasing S.A. con Hostería Las Brisas Limitada.

Es aplicable el artículo 1.560 del Código Civil en su totalidad, que establece “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, además de todas las otras reglas de interpretación de los contratos contenidas en el Libro IV, Título XIII del Código Civil.

Al ser el leasing un contrato innominado y atípico, por lo general, se produce una mayor precaución, a la hora de que las partes hayan de pactar las cláusulas que vayan a regirlo.

Es de común utilización que se pacta una condición resolutoria ordinaria que resuelva el contrato en caso de quiebra del usuario, lo cual traerá como consecuencia la terminación inmediata del contrato y el usuario deberá restituir el bien a la sociedad de leasing. Con esto, no se dará opción a la quiebra y sus organismos, para continuar el contrato en virtud de que la autonomía de la voluntad de las partes ha sido clara.

44.2.2.2. De no pactarse las consecuencias de la quiebra, de alguna de las partes, en el contrato

Ahora bien, cuando no se pacta entre las partes lo que ha de suceder en caso de quiebra de una de ellas, para establecer los efectos habrá que distinguir el momento del leasing en el que se encuentra, pero siempre considerándose como un contrato íntegro y autónomo. Se deberán aplicar los principios generales y las reglas de la quiebra.

a) La quiebra, no pone término al contrato de leasing:

Por regla general, la quiebra no es causal de terminación de los contratos y de las obligaciones preexistentes. El leasing no es la excepción a esta regla, pudiéndose

continuar en caso de quiebra de alguno de los sujetos que participaron en el contrato, sea la del tomador o del dador.

b) El contrato de Leasing continuará produciendo sus efectos:

Al presentar el leasing el carácter distintivo de ser un contrato de **tracto sucesivo** y por tanto tener que cumplirse de forma periódica, es que no es posible suspenderlo, sino que debe continuarse de no querer caer en incumplimiento.

Existe un principio implícito en la legislación concursal, que indica que la quiebra no es causal de incumplimiento de los contratos del fallido, razón por la cual, se estima posible el cumplimiento de este contrato, aun cuando una de las partes se encuentre en el estado que impone la quiebra. Los acreedores del fallido tomador, tendrán la opción de subrogarse o no, en su persona, para seguir cumpliendo el contrato de serle conveniente.

En caso de que llegue el momento en que el tomador fallido deba ejercer la acción de compra, prorroga o venta a un tercero, entonces la masa de acreedores, podrá actuar de acuerdo a la opción que estimen más conveniente. Aunque de querer prorrogar el contrato, deberá contar con el apoyo contractual del dador, que en virtud de la quiebra, sería de difícil comprensión, salvo que se le entregue garantía suficiente.

c) Es posible resolver el leasing en caso de incumplimiento:

El dador o sociedad financiera ante la quiebra del tomador, podrá pedir la resolución del leasing ante el tribunal que conoce la quiebra, en el caso que no se cumplan las obligaciones por parte de los órganos representantes del tomador fallido.

d) Perjuicios y rentas impagas:

El dador o sociedad financiera del tomador fallido, tendrá un crédito contra la masa por todos aquellos perjuicios y cuotas impagas que el fallido haya provocado.

e) Ejercicio de la opción de compra o cualquier otra elección, que se haya pactado en el contrato de leasing:

La autonomía de la voluntad, que rige el contrato de leasing en la quiebra, únicamente tiene como límite todo aquello que no contraríe sus principios y nuestro Ordenamiento Jurídico en general. Por esta razón y de cumplirse el contrato por la masa y el síndico, es que se debe establecer que los derechos del usuario fallido quedarán intactos y se traspasan a la masa para que pueda ejercerlos en su representación, pudiendo adquirir el bien o renovar el contrato en caso que le sea beneficioso.

44.2.3. Quiebra de la sociedad de leasing o dador

En caso de la quiebra del dador, por regla general, el contrato de leasing no se resuelve, salvo estipulación contraria de las partes.

En este caso, los mayores efectos se producen con respecto de a quién han de pagarse las rentas y cómo se ha de efectuar la opción de compra o prorrogar el contrato.

El tomado deberá pagar o efectuar la opción de compra frente al síndico como representante del dador fallido.

Puede suceder que a la masa le convenga negociar la opción de compra con el tomador, entregándole mejores condiciones con la finalidad de entregar una mayor liquidez al patrimonio del dador fallido.

44.2.4. Leasing habitacional

La adquisición de la vivienda propia en las familias chilenas, ha sido una preocupación constante para los gobiernos en las últimas décadas. Esto se debe a la estabilidad que conlleva para las personas y las familias, y por ser una herramienta de movilidad social, desarrollo económico y desarrollo de la construcción, por lo cual se han desarrollado una serie de subsidios y figuras para fortalecer el acceso a las viviendas.

Una de estas figuras, es el leasing habitacional tipificado en la Ley 19.281. Consiste en que una persona natural, celebra un contrato de arrendamiento con promesa de compraventa con sociedades inmobiliarias constituidas especialmente para estos efectos, que recaiga sobre un bien raíz de un valor máximo determinado por la Ley, en que por no más de 20 años, se paguen las rentas de arrendamiento, mediante una cuenta de ahorro bancaria especialmente abierta para este propósito. En cuanto se cumpla alguno de los supuestos enunciados por el artículo 27 de la Ley 19.281¹⁸¹, se habrá de celebrar el contrato de compraventa prometido.

¹⁸¹ Artículo 27.- El contrato de compraventa prometido deberá celebrarse una vez cumplidas cualesquiera de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el saldo de la cuenta en la institución o en la sociedad inmobiliaria sea igual o superior al precio de venta estipulado en el contrato de promesa de compraventa.

b) Cuando se cumpla el plazo convenido para la celebración del contrato prometido y se entere el precio de compraventa. Si, al cumplirse el plazo convenido, por cualquier causa, no se hubiere completado y pagado el precio estipulado, el contrato se prorrogará en un plazo no superior a doce meses, dentro del cual el arrendatario promitente comprador deberá completar el precio bajo sanción de resolución de la promesa en caso de incumplimiento.

c) Cuando opere el seguro de desgravamen por fallecimiento del arrendatario.

La escritura de compraventa deberá suscribirse por las partes en un plazo no superior a noventa días hábiles, contado desde la ocurrencia de cualquiera de las circunstancias señaladas en las letras anteriores de este artículo.

El leasing habitacional, está focalizado a aquellas personas naturales que teniendo capacidad de pago, no tienen la capacidad de ahorro suficiente para pagar la cuota inicial de la vivienda, permitiendo acceder a más personas a este mercado inmobiliario.

44.2.4.1. Análisis del artículo 19 de la ley 19.281, que establece normas sobre la quiebra de las sociedades inmobiliarias

El artículo 19, de la Ley 19.281, entrega las normas para el caso de quiebra de la sociedad inmobiliaria que tiene el dominio de las viviendas y ha sido constituida especialmente para efectos del leasing habitacional. Se regulan tres situaciones especiales en cada una de las letras del artículo, que son:

a) Separadamente del resto del patrimonio de la sociedad inmobiliaria, se debe administrar y dar cumplimiento a los contratos de leasing inmobiliarios que garanticen la emisión de bonos;

b) La administración separada que ha de ejercer el síndico sobre los demás bienes inmuebles del deudor fallido -las viviendas que son objeto de leasing habitacional que no garanticen la emisión de bonos-, de su licitación –no realización- y la adecuación del producto de los bienes licitados a la Ley de Quiebras.

c) La realización de convenios por la sociedad inmobiliaria fallida y la supletoriedad de la Ley de Quiebras en la materia.

Estas situaciones, serán analizadas a continuación.

Por cada mes de atraso imputable a la sociedad inmobiliaria o al arrendatario, ésta o éste, según sea el caso, deberá pagar una multa a beneficio del otro de acuerdo con una tabla que confeccionará el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, aprobada mediante decreto supremo.

44.2.4.1.1. Artículo 19 letra a)

En la letra a), párrafo I, del artículo 19, se dispone: “Los activos señalados en el inciso final del artículo 17, serán administrados, separadamente, por los representantes de los tenedores de los bonos correspondientes a cada emisión. **La junta de tenedores de esos bonos** resolverá todo lo relativo a la enajenación de la respectiva masa de bienes, la que sólo podrá ser enajenada, total o parcialmente, a una o más sociedades inmobiliarias, las que **deberán hacerse cargo del cumplimiento de los contratos** de arrendamiento con promesa de compraventa en la forma pactada.”

Se presenta con lo mencionado, una excepción al principio de universalidad, que establece que la quiebra es un procedimiento de ejecución de todos los bienes del fallido. Se señala que ciertos activos mencionados en el inciso final del artículo 17¹⁸², serán administrados separadamente, ya que estos tienen un carácter de inembargable y por tanto no pueden ser enajenados en el procedimiento de quiebra, en común con el resto de los bienes de la sociedad inmobiliaria.

La administración separada, será presidida por la **junta de tenedores de bonos** por expresa disposición de la ley, y no será llevada por los organismos concursales comunes, como la masa de acreedores y el síndico de quiebras. La junta de tenedores de bonos, es la que podrá disponer y administrar de las viviendas que garanticen la emisión de bonos.

Los activos señalados en el artículo 17 inciso final, han de poder rematarse, pero con la restricción de que debe hacerse a sociedades inmobiliarias con el mismo objeto

¹⁸² Inciso final del artículo 17 de la Ley 19.281: Los activos de estas sociedades, constituidos por las viviendas que garanticen cada emisión de bonos, según lo establecido en el inciso segundo, y por los respectivos derechos como arrendadora y como promitente vendedora establecidos en los correspondientes contratos de arrendamiento con promesa de compraventa, se considerarán como **un patrimonio separado**, destinado exclusivamente al pago de dichos bonos. De este modo, **estos activos serán inembargables** por otros terceros a causa o con motivo de otras obligaciones que estas sociedades hubieren contraído.

que la fallida, para poder dar cumplimiento a los contratos con promesa de compraventa que se hayan pactado con anterioridad.

Se protege a los usuarios de leasing y a los tenedores de bonos. Los usuarios de leasing, a pesar de la quiebra de la sociedad inmobiliaria, podrán seguir cumpliendo su contrato. Los tenedores de bonos, serán los decidirán el destino de venta de las viviendas que garantizan los bonos, a cualquier otra sociedad inmobiliaria con el mismo objeto que la fallida.

Es por lo anterior, que el leasing habitacional en virtud de la quiebra de la sociedad inmobiliaria, ha de mantener todos sus efectos, y ha sido voluntad del legislador que no afecte a las personas que han contratado con ellos, protegiéndolos e imponiendo la restricción de realización de las viviendas. Esto es consecuencia de la importancia de orden público económico, encerrada en este tipo de operación, ya que ciertamente se ha tratado de potenciar esta operación y la adquisición de viviendas en general.

El párrafo II de la letra a) del artículo 19, dispone: “El producto de la enajenación de esos activos, el monto de las rentas de arrendamiento y cualesquiera otros ingresos producidos durante la administración, descontados los gastos originados durante el período de administración, serán distribuidos por los representantes de los tenedores entre los mismos tenedores de los bonos, a prorrata de sus acreencias.”

Lo anterior, permite a las sociedades inmobiliarias emitir bonos y otorgar garantías a los tenedores de estos, como por ejemplo, la prenda de las rentas, simultáneamente la hipoteca misma de la vivienda que es objeto del contrato de arrendamiento con promesa de compraventa y; también prenda sobre los derechos como arrendador como promitente vendedor que emanen del respectivo contrato.

Los tenedores de bonos por tanto, han de tener privilegios reales que van más allá de los derechos de los usuarios, por lo cual, deben ser pagados primariamente. Si no se corre el riesgo de que los arrendadores con promesa de compra, no hayan de poder comprar la vivienda y hayan de terminar con el arriendo.

Es por lo anterior, que el párrafo III de la letra a) establece: “El remanente que quedare una vez pagada la totalidad de los créditos de los tenedores de los bonos será puesto a disposición del síndico y quedará sometido a las normas de la Ley N° 18.175, Ley de Quiebras”. Claramente se expresa la preferencia de estos tenedores de bonos respecto del resto de los acreedores y cómo deben pagarse primeramente a ellos por sobre a los otros. Únicamente el remanente de esta realización de activos del artículo 17 inciso final, se podrá incluir en la quiebra para poder pagarse a los demás acreedores con ella.

44.2.4.1.2. Artículo 19 letra b)

La letra b), del artículo 19 de la Ley, señala: “El síndico se incautará de los demás bienes del deudor y administrará separadamente la masa de bienes constituida por los restantes inmuebles dados en arrendamiento con promesa de compraventa, incluidas las rentas de arrendamiento correspondientes y todos los créditos y obligaciones que esta continuidad de giro produjere.” En el inciso II, letra b), del mismo artículo, se dispone: “El síndico podrá destinar hasta un 10% de las rentas de arrendamiento para cubrir los gastos que ocasione la administración separada de los bienes a que se refiere este precepto. Deberá rendir mensualmente cuenta documentada de los gastos efectuados y no podrá considerar en ellos ninguna cantidad destinada a cubrir honorarios propios o de sus asesores.” El inciso III expresa: “Con autorización del juez de la causa procederá, dentro de la mayor brevedad posible, a **licitar públicamente** la masa de bienes a que se refiere el párrafo primero de la letra b) precedente, la que sólo podrá ser adquirida, total o parcialmente, por una o más sociedades inmobiliarias, las que se harán cargo del cumplimiento de los contratos de arrendamiento con promesa de compraventa en la forma pactada, sujetas a un balance de dichos bienes y obligaciones. El reglamento establecerá las bases de la licitación pública.” Y el último inciso señala: “El producto de los bienes enajenados en licitación pública quedará sometido a las disposiciones de la ley de quiebras, y;”.

Entonces, la letra b), del citado artículo, dispone como se deben administrar y licitar, los inmuebles dados en arrendamiento con opción de compra, sus rentas y créditos. Se deben administrar por el síndico separadamente a los demás bienes de la sociedad inmobiliaria fallida, siendo que los gastos que originen esta administración, deberán ser pagados con hasta el 10% de las rentas de arrendamiento.

No se podrá destinar parte de las rentas de los contratos de leasing habitacionales, para cubrir los costos de la administración de los otros bienes o para pagarse créditos privilegiados, siendo que deberá llevar cuenta documentada de los gastos efectivos.

La realización de los bienes expresados, deberá efectuarse con la autorización del juez de la causa, **licitándose públicamente** y sólo pudiendo adquirirlos una o más sociedades inmobiliarias que deberán de hacer cumplir los contratos de arrendamiento con promesa de compraventa.

El producto de la licitación de los bienes enajenados, servirá para pagar a los acreedores y para solventar los gastos de la quiebra. Esto se hará de acuerdo a las reglas generales, entrando en la masa activa de la quiebra.

44.2.4.1.3. Artículo 19, letra c)

Dispone la letra c), del artículo 19: “En el caso de que la sociedad inmobiliaria celebre convenios judiciales con sus acreedores, se aplicará, en cuanto a sus efectos, lo dispuesto en el presente artículo, a menos que tenga por objeto lo previsto en los números 1, 2 y 3 del artículo 178 de la ley N° 18.175”. En el inciso II, expresa: “La Ley de Quiebras se aplicará como norma supletoria en todo lo no contemplado por este artículo.”

El precepto señalado, establece cómo debe respetarse lo señalado en las letras a) y b) en caso de celebrar un convenio. Más presenta una grave inexactitud al remitirse a los numerales 1, 2, 3 del artículo 178 de la Ley 19.175, que han sido modificados.

Ley 18.598 sustituye el artículo 178 de la Ley de Quiebras. Antes, el artículo 178 señalaba las materias sobre las que podían versar los convenios. En el primer numeral, se establecía que los convenios podían tratar sobre la remisión de parte de las deudas; en el segundo numeral, sobre la ampliación de plazo; en el tercero, sobre lo uno y lo otro a la vez; en el cuarto, sobre el abandono total o parcial de activos y en el quinto, sobre cualquier otro objeto lícito. Este artículo luego es derogado por la Ley 20.073 y suplantado por el actual.

Se señala en el segundo inciso del numeral, que para todo lo no expresado en este artículo, regirá supletoriamente la Ley 18.175.

44.2.4.1.4. Quiebra del arrendador con promesa de compraventa

Al no estar regulada esta situación de la quiebra del arrendador del leasing habitacional, es que debemos establecer que se le deben aplicar las reglas generales. Esto es, las reglas ya explicadas anteriormente para el tomador en el contrato de leasing.

45. CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo, es definido por el artículo 7°, del Código del Trabajo, que señala: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.”

De la definición expuesta, se desprende que la relación de trabajo, es entre el trabajador y el empleador. La relación debe ser con dependencia y subordinación del

trabajador al empleador, es decir, que el empleador debe tener la facultad o poder, de entregar instrucciones u órdenes al trabajador.

Los requisitos de la esencia para constituir un contrato de trabajo, de acuerdo a los dictámenes de la Inspección del Trabajo N° 5299/349 de 1992 y N° 1886/163 del año 2000, relativo al contrato individual de trabajo son: la prestación de servicios personales por parte del trabajador; una remuneración por dicha prestación que debe emanar del empleador y que la ejecución de las prestaciones por el trabajador debe realizarse bajo la subordinación y dependencia al empleador.

45.1. Efectos de la quiebra en el contrato de Trabajo

La quiebra, no es causal de la extinción de las empresas, sino que descansa dentro de sus principios, la preservación de la misma y su continuación. Lo anterior es por el importante rol que cumple dentro de la sociedad y por la afectación al público económico. El principio de preservación de la empresa se encuentra demostrado a través de las instituciones concursales de la continuación efectiva del giro, la venta de los bienes como unidad económica y los convenios.

Sin perjuicio de lo anterior señalado, habrá de extinguirse la empresa, en virtud de la desaparición de sus elementos esenciales, que sucede cuando se liquida la totalidad de los activos del fallido y que es lo que ha de ocurrir en la mayoría de los casos fácticos de quiebra de empresas. Nabih Chalhub y Pablo Tejada, explican al respecto de la realización inmediata de los bienes: “La concreción material de este hecho prácticamente elimina la empresa, por cuanto hace desaparecer la unión ideal de sus elementos esenciales, deja de ser una organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines,(sic) económicos,

sociales o culturales o benéficos, para constituir más bien un conjunto de bienes, derechos y obligaciones deshilados entre sí¹⁸³.

Al no ser la quiebra una causa de extinción de la empresa fallida, entonces se debe establecer que tampoco es una causa para el término del contrato de trabajo. Por tanto, el despedir a trabajadores de una empresa quebrada, debe de ser fundamentado en alguna de las causales taxativas del Código del Trabajo. Sin perjuicio de esto, al desaparecer la empresa en quiebra en virtud de la liquidación, entonces debiera conllevar como efecto la terminación de los contratos de trabajo.

Los efectos de la quiebra en el contrato de trabajo, no se encuentran regulados en el Código del Trabajo, sino que se han establecidos sus efectos por la Ley 18.175 y por una riquísima jurisprudencia que se ha pronunciado en este respecto.

En el Código del Trabajo, se contemplan causales taxativas para el despido de los trabajadores en los artículos 159, 160 y 161. El fallido perderá, en virtud del desasimiento, la administración y disposición de sus bienes y por tanto una vez declarado en quiebra, no podrá el empleador fallido despedir a trabajadores. Es el síndico en su representación, el que deberá decidir la terminación de los contratos de trabajo, debiendo invocar alguna de las causales establecidas en el Código del Trabajo, subsumiéndolas a la quiebra.

Ahora bien, se debe establecer cuáles son las causales que pueden ser invocadas para la terminación del contrato de trabajo en virtud de la quiebra de la empresa:

¹⁸³ CHALHUB TORTORA, Nabih y TEJADA CASTILLO, Pablo Andrés .Efectos de la Quiebra en los contratos de trabajo, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009, Chile, p. 4.

45.1.1. Conclusión del trabajo o del servicio que dio origen al contrato (artículo 159 N° 5 del Código del Trabajo)

Dentro de las facultades que ha de sustentar el síndico, se encuentra el cierre del establecimiento mercantil del fallido (artículo 99 de la Ley 19.175).

En alguna oportunidad la jurisprudencia, ha asimilado la causal de despido, de conclusión de trabajo o servicio, con el cierre de los establecimientos como consecuencia de la quiebra¹⁸⁴.

La causal en comento, para el término del contrato de trabajo, ha de ser utilizada únicamente en los contratos de obra o faena. Pero no es posible de utilizar, para concluir aquellos contratos con carácter de indefinidos.

45.1.2. Caso Fortuito o fuerza mayor (Artículo 159 N° 6 del Código del Trabajo)

De acuerdo al artículo 159, N° 6, del Código del Trabajo, los contratos habrán de terminar por caso fortuito o fuerza mayor, sin derecho a indemnización.

El artículo 45, del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, con las siguientes palabras: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Además, la doctrina agrega como elemento a la fuerza mayor y al caso fortuito, el que sea inimputable.

En la doctrina, se ha de hacer un distingo entre lo que es caso fortuito y fuerza mayor. Caso fortuito, son aquellos hechos de la naturaleza imprevisibles, que impiden el cumplimiento de obligaciones, tales como un huracán o terremoto. Fuerza mayor,

¹⁸⁴ Tribunal Laboral de Santiago, 10 de Abril de 1980, Contreras Gamboa Jimena y otros con Aycaguer S.A.

serían aquellos hechos de terceros o actos atribuibles a la autoridad, que hacen imposible cumplir con las obligaciones, tales como una guerra o expropiaciones.

Para el caso fortuito y fuerza mayor, se ha de partir de la máxima de que “nadie está obligado a lo imposible”. Para establecer si la quiebra constituye o no, una fuerza mayor para el cumplimiento de las obligaciones y contratos de trabajo, se debe aclarar, si se cumplen sus requisitos enumerados en el artículo 45, es decir, si la quiebra se trata de un inconveniente imprevisto, irresistible e inimputable.

La quiebra, no es un acontecimiento imprevisto, sino que por regla general, al ser los problemas patrimoniales del fallido, encubados por un lapso de tiempo que ha de variar casuísticamente, constituye un acontecimiento que ha de ser una opción real y fácticamente posible para el fallido que se encontraba en una situación de desequilibrio patrimonial. Además, la quiebra no trae necesariamente el incumplimiento de las obligaciones. Los organismos de la quiebra, han de suceder a la persona del fallido en ciertas obligaciones, haciéndose cargo de ellas y también podrían hacerse cargo de las obligaciones laborales del fallido, por lo cual no se configuraría el elemento de “irresistible”.

Es por lo anterior, que no es posible configurar la quiebra como una fuerza mayor o caso fortuito, para equipararla como causal de terminación de los contratos de trabajo sin derecho a indemnización por la quiebra de la empresa.

Lo anterior, también ha sido establecido por la jurisprudencia con las siguientes palabras: “La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que la declaración judicial de quiebra de la empresa -con o sin continuidad de giro- no pone término al contrato de trabajo porque no es un hecho constitutivo de **caso fortuito**, toda vez que las deficiencias en la conducción de una empresa son falencias conocidas por el gerente, quien está en condiciones de prever las consecuencias futuras del mal estado de los negocios ni de **conclusión de la obra, faena o servicio** puesto que esta causal está reservada para aquellos casos en que el trabajador es contratado para una labor

específica o faena determinada, situación que no se da en la quiebra que es un fenómeno jurídico extraño o ajeno a las tareas de los dependientes”^{185/186}.

45.1.3. Necesidades de la empresa (artículo 161 del Código del Trabajo)

Dispone el artículo 161, del Código del Trabajo: “(...) el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. (...)”. El presente artículo, no dispone de una definición que ayude a entender el concepto de “necesidades de la empresa”, sino que ejemplifica algunos supuestos que lo componen.

La causal de despido en cuestión, es entonces relacionada con la empresa y sus necesidades, pero no es relacionable con las capacidades y circunstancias relativas de cada trabajador.

Las circunstancias que den lugar al despido del trabajador por esta causal, deben ser objetivas, graves y permanentes, y es aplicable únicamente a aquellos trabajadores con contrato indefinido. Además, el empleador, de invocar esta causal para poner término al contrato de trabajo, debe señalar el problema de funcionamiento de la empresa –como los ejemplificados por el artículo en cuestión-, que hacen tan necesario el despido del trabajador.

Esta causal de despido, tiene por finalidad proteger la vida de la empresa. En palabras de Nabih Chalhub y Pablo Tejada: “(...) el bien jurídico protegido con el artículo 164 sería la vida de la empresa, por lo tanto esta causal sólo podría aplicarse

¹⁸⁵Corte Suprema, Casación en el Fondo, 11 de diciembre de 2001. , Rol N°4.130-01.

¹⁸⁶Ver también: Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo de 1994, Castillo Gutierrez, Jeannette; Corte Suprema, 24 Noviembre 1980, Revista Jurídica del Trabajo Agosto 1981, p. 72.

cuando el objetivo sea la continuidad de la empresa. Por lo tanto, la aplicación de esta causal necesita que la empresa continúe en funcionamiento, de tal manera que en una empresa declarada en quiebra y que ha ordenado el cierre del establecimiento, no se puede hacer aplicable esta causal para poner término a los contratos de trabajo.”¹⁸⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la causal de **necesidades de la empresa** es invocada para el despido de trabajadores de empresas en quiebra, siendo aceptada por la jurisprudencia aun cuando, no se ajuste completamente a la circunstancia de la quiebra.

La aceptación de esta causal de terminación de contrato de trabajo para la quiebra, dice relación con la protección del trabajador y su crédito, ya que mediante esta causal, el trabajador va a tener derecho a indemnización con la preferencia correspondiente.

El Boletín de Defensa Laboral, ha explicado a este respecto: “(...) si hubiere que despedir a los trabajadores, solo se podría aplicar tal causal, ya que en la especie lo importante –más que la causal- es que los trabajadores no pierdan el derecho a su indemnización, y/o desahucio, generando así, el título suficiente para invocar el crédito y la preferencia en el respectivo juicio de quiebras, sin perjuicio del derecho a demandar judicialmente cuando proceda”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ CHALHUB TORTORA, Nabih y TEJADA CASTILLO, Pablo Andrés, Ob. cit. p. 70.

¹⁸⁸ La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Estudios Laborales, Unidad de Defensa Laboral, Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile, Septiembre del 2010, Chile, pp. 2 y 3.

45.1.4. Continuidad del giro de la empresa fallida

El artículo 99, de la Ley de Quiebras, ha de permitir que se continúe, total o parcialmente, el giro de la empresa fallida. En caso de ejercerse esta facultad, se ha de continuar con la empresa y por tanto, se continuará con todo o parte de los contratos de los trabajadores que se desempeñan en ella¹⁸⁹.

En caso de despedirse a algún trabajador cuando se haya permitido continuar con el giro de la empresa, se deberá bajo todo punto de vista, invocar una causal taxativa establecida por el Código del Trabajo. En este caso, tendrán que cumplirse todos los requisitos, tal como si la empresa siguiese funcionando normalmente.

45.1.5. Preferencia de los créditos de los trabajadores

Los créditos de los trabajadores, han de gozar de preferencia según lo establecido en el artículo 2.472 del Código Civil, al que se remite el artículo 61 del Código del Trabajo.

Los demás créditos laborales no señalados con preferencia, podrán ser pagados con moneda concursal, con la calidad de crédito valista o quirografarios¹⁹⁰.

Los créditos preferentes de primera clase de origen laboral son:

¹⁸⁹ Ibid. p. 3.

¹⁹⁰ Ejemplo de aquellos créditos de origen laboral que no gozan de preferencia son: prestaciones no remuneratorias compensatorias, en las que se encontrarían las asignaciones de colación y movilización del trabajador y los beneficios previsionales, como son los que otorga el Servicio de Bienestar de cada empresa. Ejemplo tomado de: La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Ob. cit, p. 6.

a) Del artículo 2.472 del Código Civil:

Nº5.- Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares.

Nº6.- Las cotizaciones adeudadas a organismos de seguridad social o que se recauden por su intermedio para ser destinadas a ese fin (...);

Nº8.- Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres Ingresos Mínimos Mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de 10 años.

b) Del artículo 61 del Código del Trabajo:

Se establece que los privilegios establecidos por el Código Civil, cubrirán también: los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

45.1.6. Verificación condicional de los créditos

El artículo 148, inciso X, de la Ley 18.175 señala: “Los titulares de los créditos laborales que gocen de las preferencias de los números 5 y 8 del artículo 2472 del Código Civil podrán verificar condicionalmente sus respectivos créditos con el sólo mérito de la presentación de la demanda interpuesta con posterioridad a la declaración de quiebra ante el tribunal competente, y el síndico deberá reservar fondos suficientes para el evento de que se acoja dicha demanda, sin perjuicio de los pagos administrativos que procedan.”

Los trabajadores por tanto, que hayan de verificar sus créditos –remuneraciones e indemnizaciones- de acuerdo con este artículo, tendrán garantizados los fondos para el

pago de lo que se les adeuda, sin haber necesidad de sentencia favorable ante el Tribunal del Trabajo que así lo declare.

Se establece la obligación del síndico, de reservar fondos suficientes del patrimonio del fallido, para pagar estos créditos laborales preferentes, en el evento que se acoja la demanda.

45.1.7. Pago de los créditos establecidos en el artículo 2.472 N° 5, del Código Civil

El artículo 2.475, N° 5, del Código Civil, establece que tienen preferencia de primera clase, las remuneraciones y asignaciones familiares emanadas del contrato de trabajo, las que serán pagadas con cargo a los primeros fondos que se pudiera disponer administrativamente del fallido, siempre que existan antecedentes documentarios que los justifiquen y aun antes de su verificación.

En los mismos términos se pagarán las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral, sin necesidad de verificación previa, hasta el límite de un equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses (artículo 148 inciso VI).

46. CONTRATO DE SEGURO

El contrato de seguro, es el contrato existente entre una empresa mercantil, denominada aseguradora, y una persona natural o jurídica, que tiene por finalidad, transferir los riesgos que puedan tener los asegurados, a cambio del pago de un precio que se denomina prima.

Este contrato, se encuentra regulado por el Título VIII del Código de Comercio, en sus artículos 512 y siguientes. Se define legalmente en el artículo 512, como: “El seguro es un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o alguno de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizar la pérdida o cualquier otro daño estimable que sufran los objetos asegurados.”

La definición contemplada por el Código de Comercio, se encuentra obsoleta, en virtud de:

- Que el artículo 4º, del D.F.L 254, establece que sólo pueden asegurar las sociedades anónimas nacionales de seguro y reaseguro. No pueden ser aseguradoras las personas naturales.

- La definición del artículo 512, únicamente contempla el seguro de cosas, siendo que la modernidad ha llevado a que sean asegurables montos patrimoniales y personas.

- El contrato no es condicional, ya que su existencia no depende de la ocurrencia de un suceso. Lo que tiene el carácter de condicional es la obligación de indemnizar.

- No es aleatoria la actividad de las empresas aseguradoras, ya que estadísticamente la compañía tiene antecedentes de las utilidades que puede obtener. Pero el contrato de seguro en particular, si tiene el carácter de aleatorio. Dependerá la

utilidad de las partes sobre dicho contrato, de la ocurrencia o no, del riesgo que se está asegurando, y dependiendo de aquello, el valor de la prima.

En cuanto a los sujetos del contrato, además del asegurador y el asegurado, participa el beneficiario. Este puede ser la misma persona del asegurado o un tercero. Es aquella persona que recibe la suma asegurada, una vez que se ha concretado el hecho incierto. Será el beneficiario un tercero, si el seguro se ha tomado por cuenta ajena, es decir que el asegurado ha contratado un seguro para el beneficio de una tercera persona –por ejemplo, un seguro de vida, seguro de desgravamen, etc.-. Se confundirá la persona del asegurado con la del beneficiario, en caso de que se haya tomado el seguro por cuenta propia –por ejemplo, un seguro de salud, seguro de cesantía, etc.-

46.1. Efectos de la quiebra en el contrato de seguro

46.1.1. Quiebra de la compañía de seguro

Las empresas de seguro, se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) que es el organismo contralor autónomo y con patrimonio propio, que vela por las personas o instituciones supervisoras desde su nacimiento, hasta el término de su liquidación.

La supervisión de la SVS, provoca que sea sumamente difícil la quiebra de las compañías de seguros, ya que existen una serie de normas que se imponen a los accionistas, para mantener la viabilidad de la compañía, debiendo en ciertos casos, incluso responder por su liquidez.

La ley establece exigencias de solvencia para las compañías de seguro, debiendo mantener lo que se denomina **patrimonio de riesgo**. Para que se cumpla con ello, se

impone un margen de solvencia y un límite al endeudamiento de las compañías de seguros. La solvencia de las compañías de seguros es vigilada por la SVS.

Cuando la compañía de seguro presenta déficit o sobreendeudamiento, déficit patrimonial, de inversiones, etc., el D.F.L. 251, en su título II, establece los mecanismos a seguir para superar este problema con sus respectivos plazos. De infringirse, se determinará la revocación de la autorización de existencia.

En los problemas enumerados, la compañía de seguro podrá siempre presentar convenio extrajudicial a todos sus acreedores, que debe ser previamente autorizado por la SVS (artículo 76 del D.F.L. 251).

En caso de quiebra de la compañía de seguro, el Superintendente o la persona que él designe, actuará como síndico con todas las atribuciones que le entrega la ley 18.175. Al día siguiente de la declaración de quiebra, deberá de informarse al Ministerio Público e indicarse los datos personales del fallido.

Se presumirá la quiebra culpable, en caso de que las reservas técnicas y el patrimonio de riesgo de la compañía, no se hubieren constituido conforme a las normas legales y a las instrucciones impartidas por la Superintendencia o, en aquellos casos en que, estando constituidas, las inversiones representativas de estas reservas, no se hubieren valorizado conforme a las normas impartidas por la Superintendencia (artículo 81 Inciso III del D.F.L. 251).

Permite la ley, que la entidad aseguradora en quiebra, pueda transferir total o parcialmente sus negocios, cediendo la cartera a otra entidad aseguradora que opere en el país (artículo 82 del D.F.L. 251). Para lo explicado, no es necesario la comunicación a los asegurados, salvo si se tratara de administradoras de fondos de pensiones.

De no producirse el traspaso de la cartera señalado, los créditos de los asegurados gozarán de la primera preferencia, al igual que los créditos establecidos en el artículo 2.472 N° 5 del Código Civil.

En la quiebra de las compañías del segundo grupo -como por ejemplo, aseguradoras de vida, de accidentes o de salud-, que tengan en su cartera obligaciones consistentes en el pago de prestaciones periódicas futuras ya reconocidas o que se reconozcan, el síndico o liquidador podrá pagar dichas prestaciones, sin necesidad de verificación previa en su caso. Esto se hará con cargo a las inversiones que respalden las reservas técnicas hasta por un período de 12 meses, contado desde la fecha en que se declaró la liquidación o quiebra.

46.1.2. Quiebra del asegurado

Nuestro Ordenamiento Jurídico, no regula el supuesto de la quiebra del asegurado, por lo cual hay que seguir las reglas generales.

Primeramente, se debe establecer, que la quiebra del asegurado no pone fin al contrato de seguro.

Habrá que distinguir en que momento cae en quiebra el asegurado y si ocurre o no el suceso incierto asegurado durante la quiebra:

Si quiebra el asegurado, después de haberse pagado la prima, entonces el contrato de seguro sigue produciendo todos sus efectos y por tanto, de suceder el hecho incierto determinado en el contrato, el seguro va a tener que responder.

Si quiebra el asegurado y no ha pagado la prima, entonces la compañía aseguradora tendría un crédito en contra del fallido. La masa es la que decidirá si va a cumplir el contrato de fallido, subrogando a la persona del fallido o no.

47. OBLIGACIONES SUBORDINADAS

El vocablo subordinada utilizado para apellidar este tipo de obligaciones, dice relación con que éstas, han de ser pagadas por el deudor, una vez que haya cumplido con otro tipo de deudas.

Se ha señalado: “Como su propio nombre indica, es una deuda subordinada a todas las demás deudas que existan en un proyecto o transacción, por lo que sólo es pagada (intereses y principal) después de haber satisfecho todas las demás de antemano. Al poseer un mayor riesgo, el tipo de interés que se cobra por la deuda subordinada suele ser mayor que el de la deuda normal o preferente. En la prelación o rango jurídico existente en caso de quiebra y liquidación de una sociedad, es la penúltima en ser reembolsada con los fondos resultantes de la liquidación, y sólo los accionistas y sus aportaciones de capital quedan por detrás”¹⁹¹.

La subordinación de las obligaciones se puede dar en los más variados negocios económicos.

47.1. Características de las obligaciones subordinadas

a) Bilateral y onerosa:

Presentan este carácter, en virtud de que son las dos partes de la obligación las que buscan obtener un provecho y contraprestaciones.

Resulta notorio que la parte más beneficiada, es el deudor subordinado que ha recibido el dinero para evitar la liquidación y terminar con el mal estado de sus negocios. El acreedor subordinado, puede tener un interés de bien común, de

¹⁹¹ GÓMEZ CÁSERES, Diego y JURADO MÁDICO, Juan. Financiación Global de Proyectos: Project Finance. ESIC Editorial, 2001, España. p. 165.

mantención del Orden Público Económico, o de ganancia económica, lo cual dependerá de la causa de la obligación.

b) De tracto sucesivo:

Las obligaciones subordinadas se deben de pagar con las utilidades o excedentes que genere el deudor, mediante cuotas determinadas¹⁹².

c) Condicional:

Las rentas para el pago de la deuda subordinada, se entregarán al acreedor únicamente, si el deudor presenta utilidades, es decir que no se amortizará nada de la deuda de no existir excedentes que genere la empresa deudora.

d) Herramienta para deudores insolventes:

La deuda subordinada, toma relevancia únicamente cuando el deudor subordinado presenta el carácter de insolvente. De encontrarse el deudor *in bonis*, sería posible el pago, tanto de la deuda principal, como el de la subordinada. En cambio cuando hay insolvencia por parte del deudor, la deuda subordinada deberá de pagarse una vez que se ha ya pagado la deuda principal.

e) Sus propietarios están subordinados a los deudores de la deuda principal:

En el momento de la liquidación de la empresa financiera con deuda subordinada, los poseedores de la deuda, están subordinados a los poseedores de la deuda

¹⁹² La ley 18.401, que regula las obligaciones subordinadas de los bancos con el Banco Central de Chile, no establece cuotas determinadas para pagarla. Esto constituye una excepción que luego es corregida por la Ley 19.396.

principal, al igual que a la hora de cobrar los intereses, que sólo los cobrarán si hay excedentes después de haberlos cobrados los propietarios de las deudas principales.

La deuda subordinada, se encuentra en una situación intermedia, deberá pagarse antes de pagarse los dividendos (fondos propios de la compañía), pero después de las deudas principales, por tanto, es una operación menos riesgosa que la adquisición de acciones.

f) A plazo determinado, por regla general:

Las obligaciones subordinadas, como el general de las obligaciones, debe ser pactada a un plazo determinado.

Sin perjuicio de lo anterior, en Chile, las obligaciones subordinadas realizadas para afianzar el sistema financiero luego de la crisis de 1982, son a plazo indeterminado, así lo estableció el artículo 15 de la Ley 18.401 para la banca.

47.2. Deuda subordinada como mecanismo de salvataje del sistema financiero chileno

En el año 1982, Chile se encontraba subsumido en una gran crisis financiera producida por un endeudamiento excesivo interno y externo, lo que conlleva serios problemas económicos a la banca privada. Producto de la situación económica y de la falta de regulación bancaria en el país, 22 instituciones debieron de ser intervenidas o liquidadas, lo cual significaba una afectación directa a un 60% de las colocaciones bancarias¹⁹³.

¹⁹³ BACH, Miguel y MAQUIEIRA, Carlos. Evolución del Mercado de Capitales, <http://memoria.econ.uchile.cl/>, p. 93 y siguientes.

Ante tal escenario, el Banco Central decide intervenir a través de la compra de las carteras malas de las bancas, saneando así, el sistema financiero. Además el Banco Central traspasó recursos a los bancos para su saneamiento, y posteriormente se implementó el “capitalismo popular” (1986) en el Banco de Chile y el Banco de Santiago que eran los más afectados.

Ya en el año 1989, se crea la deuda subordinada, siendo que hasta esa fecha, las carteras malas de los bancos figuraban dentro de los activos del Banco Central. Se reemplazan estos activos riesgosos por la deuda subordinada, que no tenía un plazo determinado y no computaba como un pasivo exigible, pagándose exclusivamente, con los excedentes generados por los bancos.

En virtud de la crisis de la Unión Europea y de la Zona Euro del año 2008, se ha vuelto a replantear el tema de la deuda subordinada, como una posibilidad de dar solidez a los sistemas financieros de los países más afectados. Así por ejemplo, en España se han entregado como deuda subordinada, mediante el Banco Central, 34.000 millones de Euros, a sus bancos más afectados.

47.2.1. Legislación aplicable:

En Chile, se regulan legalmente, aquellas obligaciones subordinadas de determinados bancos o instituciones financieras que mantienen o se podrían crear con el Banco Central. Las leyes que regulan este tipo de obligaciones subordinadas en Chile, son actualmente

- La Ley 18.401; que en su artículo 15, entrega la opción a los bancos y a las sociedades financieras que tengan pendientes pactos de retrocompra¹⁹⁴ con el Banco Central de Chile, podrán solicitar a éste la novación de todas las obligaciones que

¹⁹⁴ Acuerdo por el cual el vendedor de un activo financiero se compromete a comprarlo al adquirente en un momento posterior en una fecha y a un precio determinado. Definición: inverpedia.com/diccionario/725-pacto-de-recompra.html

derivan de los contratos de compraventa de cartera, **sustituyéndolas por una nueva obligación de carácter subordinado**, debiendo pagarse el interés determinado por la SBIF.

Estas obligaciones subordinadas contraídas serán de **plazo indeterminado** hasta su entero pago. Se cubrirá sólo con los **excedentes** del ejercicio anual deducida la parte de ellos que corresponda a las acciones preferentes y no se computará como pasivo exigible del respectivo banco o sociedad financiera.

Producto de esta novación, se le restituirá a los bancos con obligaciones subordinadas los créditos o activos financieros acordados inicialmente en el pacto de retrocompra.

Esta Ley, fue la herramienta utilizada el año 1989 ante la crisis de las entidades financieras ocurrida en Chile.

- Ley 19.396, que dispone un nuevo tratamiento de las obligaciones subordinadas de determinadas bancos comerciales, con el Banco Central de Chile. Los montos de la deuda subordinada, al ser de una magnitud tan grande, que superaba incluso hasta 7 veces el patrimonio de algunos bancos salvatados, entregaba mucha rigidez, al tenerse que pagar la deuda por estas instituciones por mucho tiempo más o incluso, indefinidamente.

La Ley 19.396, permite entregar herramientas a los bancos involucrados para poder pagar su deuda subordinada. La presente Ley, trata de una opción diferente de pago para las entidades financieras con deuda subordinada que habían sido sometidas al artículo 15. Se hace una diferencia respecto a las nuevas opciones de pago de las empresas financiera, dependiendo del número de cuotas de la obligación subordinada –si es mayor o menos a 40 cuotas anuales-.

Gracias a la opción entregada, sólo uno de los bancos, continua con deuda subordinada mientras que todos los otros comprometidos ya la han pagado en su integridad.

- Ley 19.459 del año 1996 que modifica la Ley 19.396 establece otras formas de extinción de la deuda subordinada.

Para los efectos del presente análisis, únicamente se analizarán aquellas obligaciones subordinadas en las que el Gobierno sea el acreedor subordinado por tener algún tipo de interés en la empresa en peligro de liquidación o quiebra.

47.2.2. Sujetos que intervienen

Para efectos de aquellas obligaciones en que el gobierno –a través del Banco Central- ha realizado acciones de salvataje a ciertas entidades financieras, con el objeto de no alterar el Orden Público Económico, los sujetos deudores y acreedores son:

a) Acreedor subordinado:

Es el Banco Central el acreedor de la obligación subordinada. Está legítimamente facultado para exigir el pago de los deudores subordinados a quienes ha prestado dinero por medio de este instrumento.

b) Deudor subordinado:

Son aquellas entidades financieras privadas, que ante el peligro de su liquidación, el Banco Central ha entregado un préstamo a través de los mecanismos de la deuda subordinada.

A pesar que en general, la deuda subordinada debiera de tener un plazo definido, para efectos iniciales del mantenimiento de estas instituciones financieras y la envergadura de su deuda, se pactó sin plazo alguno de pago inicialmente.

Para el pago de la deuda subordinada, deberá el deudor generar excedentes. También algunos bancos emitieron acciones de deuda subordinada (acciones OSA de serie B, C o D) con objeto de pagar esta deuda.

47.2.3. Efectos de las obligaciones subordinadas relacionadas con instituciones financieras en quiebra

El artículo 15, de la Ley 18.401, en su inciso IV, indica: “Cuando un banco o sociedad financiera se encuentre en la situación prevista en el párrafo tercero del Título XV de la Ley General de Bancos, la obligación contraída en favor del Banco Central de Chile se pagará después de las demás obligaciones de la institución financiera y antes que los accionistas”.

En caso de liquidación forzosa o quiebra de un banco que tenga una deuda subordinada con el Banco Central, entonces encontramos como efectos:

- La obligación subordinada, en cuanto a la prelación de créditos para pagarse en la quiebra, es de peor clase que los créditos valistas o de quinta clase, debiéndose pagar después de estos. Se pagarán después de cualquier deuda principal y antes que a los accionistas y propietarios de participaciones preferentes.

- Como los créditos valistas o de quinta clase, son la última clase de créditos, entonces se debe establecer que las obligaciones subordinadas, se encuentran en una situación de naturaleza jurídica intermedia entre el patrimonio y la obligación.

- Con la falta de garantía y pocas posibilidades de retorno de la obligación subordinada, se demuestra el interés del Estado en la subsistencia de los bancos y entidades financieras, demostrándose los riesgos que han de tomarse con el patrimonio público, con tal de mantener el Orden Público Económico y evitar la quiebra de los Bancos que traería una crisis encadenada con otras empresas.

Por tanto, ante la quiebra de un banco con deuda subordinada, lo más seguro es que el retorno al Banco Central con moneda concursal, sea nulo. Demostrándose una naturaleza híbrida de esta institución, intermedia a lo que es patrimonio y obligación. Además, se demuestra el rol regulador del Estado en las finanzas públicas y privadas.

47.3. Créditos subordinados regulados en la Ley de Quiebras

En la actualidad, la contratación de créditos con obligaciones subordinadas, es de común aplicación en distintas obligaciones y financiamientos de proyectos. Por lo cual, se propuso para la Ley de Quiebras, realizar los cambios legales necesarios para reconocer la existencia de estos acuerdos entre los acreedores valistas o quirografarios, con la finalidad de que se subordinen unos al pago de otros.

La Ley N° 20.190 del año 2007, es la que por primera vez introduce el vocablo “crédito subordinado” consagrando esta institución. Se modifica: el artículo 2.489 del Código Civil, agregándosele varios incisos y, los artículos 133, 137, 147 y 151 de la Ley de Quiebras en lo referente a la prelación y clasificación de los créditos.

El artículo 2.498, del Código Civil, en su inciso IV, define los créditos subordinados con las siguientes palabras: “La subordinación de créditos es un acto o contrato en virtud del cual **uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros.** La subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de títulos de crédito. En este último caso, y cuando sea establecida unilateralmente por el acreedor que acepta subordinarse, será irrevocable.”

En los créditos afectos a subordinación, los acreedores subordinados deberán de contribuir al pago de los acreedores beneficiarios, a prorrata, hasta el monto correspondiente pactado (artículo 2.498 inciso III del Código Civil).

La finalidad de la institución de los créditos subordinados, debe de entenderse en virtud de que en la quiebra, que trae aparejada la insolvencia del deudor fallido, no han de alcanzar los bienes de su patrimonio para el pago de todas sus obligaciones, razón por la cual, es importante determinar el orden en que se van a cobrar los acreedores.

Los créditos de quinta clase, antes de la promulgación de la Ley N° 20.190, no reconocían orden de preferencia entre los créditos valistas y se debían de pagar a prorrata de sus créditos con moneda concursal. Pero tras la modificación, se acepta el hecho de que estos acreedores puedan pactar libremente la prelación de sus créditos modificando el orden de precedencia.

Es el crédito subordinado, lo contrario a un crédito privilegiado. Al igual como la Ley otorga una preferencia para el pago en el concurso a algunos acreedores, también se ha de poder pactar libremente un trato más desfavorable a ciertos créditos valistas que decidan subordinarse.

47.3.1. Formas de subordinación de los créditos

- Debe ser voluntaria: el artículo 2.489 del Código Civil y la Ley de Quiebras, únicamente reconoce la subordinación voluntaria de los créditos por un deudor valista hacia otro beneficiario de igual característica.

- Puede ser general o especial: Será general, en caso de que el deudor subordinado se postergue ante todos los créditos presentes. Tendrá el carácter de especial, en caso de que la postergación sea frente a determinados créditos.

- Pura y simple o condicional: Un crédito subordinado pactado pura y simplemente, se ha de perfeccionar de inmediato. En caso de que el crédito subordinado se pacte de manera condicional, requerirá del cumplimiento de la condición.

- Momento en que se pactó la subordinación: se ha de poder pactar en el momento del nacimiento del crédito o en otro momento, como en la quiebra. La subordinación de estos créditos, tendrá importancia únicamente, en caso de quiebra declarada.

47.3.2. Derechos del deudor subordinado

El acreedor subordinado, tiene los mismos derechos que el resto de los acreedores concursales, salvo cuando sea la propia Ley de Quiebras la que lo restrinja. La subordinación del crédito para el acreedor valista, no alcanza a la subordinación de sus derechos ante la quiebra.

Es por lo anterior, que los acreedores subordinados, no van a perder su facultad de voto en las instituciones concursales, siendo válidamente computables para los efectos de decidir, por ejemplo, un convenio concursal.

Deberán de verificar sus créditos al igual que los acreedores valistas beneficiarios, pudiendo incluso impugnar aquellos que consideren que no contienen un respaldo suficiente para ser pagados con moneda concursal en el proceso.

Por tanto, el acreedor subordinado, va a perder la prelación para cobrar su crédito, más no perderá nunca sus derechos salvo disposición expresa de la Ley.

Se fundamenta la mantención de los derechos del acreedor subordinado, en el principio de la *par conditio creditorum* y en su calidad de acreedor. La subordinación no lo hace perder este carácter, por tanto debe ser tratado de manera igual que los otros acreedores en todo aquello que no se haya pactado en la subordinación.

47.3.3. Tipos de créditos que pueden subordinarse

El artículo 2.489, del Código Civil, no distingue cuáles son aquellos créditos de los acreedores del fallido que son posibles de subordinar, poniendo como único requisito, el que sean de la quinta clase o valistas.

Es por lo anterior, que es posible subordinar **todo tipo de crédito valista**, sea proveniente de obligaciones contractuales, de indemnizaciones o de multas.

En algunos países, ciertos créditos valistas, han de quedar automáticamente subordinados por el costo que entregan a la masa de acreedores. En España por ejemplo, la ley concursal 22/03, subordina automáticamente a los créditos provenientes de multas y demás sanciones pecuniarias (artículo. 92.4.). En Estados Unidos, el Chapter 7: “(...) entrega la calidad de subordinados a los créditos provenientes de multas, penalidades, daños punitivos, siempre que dichos créditos no sean compensatorios de daños pecuniarios reales sufridos por el titular del crédito. El artículo 726(a) del Bankruptcy Code ubica a estos créditos en el cuarto lugar de pago, solo antes de los intereses por multas y del eventual remanente a ser entregado al deudor.”¹⁹⁵

¹⁹⁵ ARAYA, Tomás M. La empresa insolvente y los créditos subordinados, <http://www.bomchil.com/cv.aspx?AbogadoID=513>.

CONCLUSIONES

En la Ley 18.175, existen dos directrices que están en constante pugna: un principio moderno, adoptado en los Ordenamientos Jurídicos de España, Argentina y otros países que persigue en la preservación de la empresa y, el principio tradicional utilizado en la mayoría de las legislaciones de quiebras, que es pago de los acreedores por el deudor insolvente. La ley chilena, ha tratado de incorporar cada vez más el principio moderno, produciendo como resultado un sistema concursal parchado.

La eficacia de la legislación concursal del país, dependerá y se deberá medir, en relación al tamaño de los activos a repartir entre los acreedores del fallido, siendo que mientras menor sea el activo, más notoriedad alcanzarán los costos de la quiebra y menor será la tasa de recuperación de los créditos de los acreedores. Y viceversa, mientras mayor sean los activos del fallido a repartir, por regla general, más satisfechos se verán los acreedores con el sistema concursal.

En Chile, no existe un sistema concursal de carácter preventivo, que impida a las empresas y personas resolver sus conflictos económicos cuando todavía se están a tiempo de revertir. La quiebra, ha de ser una institución de *última ratio*, que es utilizada cuando el deudor tiene un menoscabo patrimonial irreversible y las obligaciones de sus acreedores no podrán quedar por completo satisfechas.

En la legislación concursal, de seguir como directriz el principio moderno de preservación de la empresa, se haría necesaria una institución intermedia entre la quiebra y las ejecuciones de acreedores privados, en que el fallido pueda seguir manteniendo la administración y disposición de sus bienes pero con la mediación o intervención de un tribunal –no del síndico-, ya que es justamente el fallido, el más erudito para sacar provecho a sus negocios y pagar mejor a los acreedores.

La figura del interventor, consagrada en el artículo 206 de la Ley de Quiebras, en relación con los convenios judiciales, podría ser de utilidad en una situación intermedia

entre la quiebra, los convenios y el mal estado de los negocios, pudiendo ser una buena solución a una legislación concursal preventiva.

Las obligaciones del fallido, no podrán ser cumplidas en su cabalidad en virtud del estado patrimonial enfermo que lo afecta, lo que se ve más afectado por no existir ninguna institución para la cautela y mejoría del mal estado de los negocios del deudor anterior a la cesación de pagos, que impida los arbitrios ruinosos en ese momento en que todavía es recuperable el patrimonio del deudor con medidas menos drásticas que la quiebra.

Por otro lado, en cuanto a la regulación de los efectos de la quiebra en las obligaciones preexistentes y contratos del fallido, se debe señalar que la Ley 18.175, entrega principios rectores que permiten dilucidar cuáles van a ser sus efectos, permitiendo crear una teoría general y lógica que los ha de regir, siendo la regla primaria sobre la que descansará dicha teoría, el que la quiebra no es causal de término de los contratos, salvo que la ley o la voluntad de las partes expresamente lo señalen.

Los problemas que se presentan al dilucidar los efectos de la quiebra en ciertos contratos y obligaciones, dicen relación con la falta de regulación general de estos contratos en nuestro Ordenamiento Jurídico, que dificulta establecer cuáles serán las directrices, principios y normas aplicables por las cuales se habrán de regir, lo cual en esta memoria toma especial relevancia a la hora de explicar los efectos de la quiebra en el contrato de agencia mercantil y en el leasing.

Que la regulación de los contratos y obligaciones del fallido se haga de manera tan general y exigua, es una espada de doble filo, por una parte, produce arbitrariedad en ciertas materias, pudiéndose resolver problemas de una u otra forma dependiendo de los criterios de los jueces. Pero por otra, permite que la materia de las obligaciones y contratos del fallido, se pueda ir adaptando a las nuevas modificaciones legales y principios que vayan subyaciendo a la quiebra.

En cuanto a la representación que ha de sufrir el fallido, por el síndico y la masa de acreedores, esta no puede ser considerada como la continuación de su persona, ya

que tienen diferentes intereses. No se vela por los intereses del fallido, sino que por los de la masa de acreedores y para el cumplimiento de las obligaciones. Es por esta razón, que las obligaciones de hacer y no hacer, no pueden ser obligatorias para la quiebra.

Con respecto a las consecuencias de la quiebra en los contratos personalísimos, la Ley no distingue -para efectos de su resolución por la quiebra de una de las partes-, si el carácter *intuito personae* ha de terminar por la finalización del crédito o confianza económica, o por la finalización de la confianza personal. Es un resabio del principio de punibilidad del fallido el hecho de que nuestro Ordenamiento Jurídico haga terminar el mandato por la quiebra de una de las partes, ya que la confianza personal de los sujetos es diferente a la confianza económica que afecta la quiebra.

Es notoria la alteración que produce la quiebra en materia de efectos de las obligaciones, con respecto de las reglas generales que se encuentran en materia civil y comercial. Así como ejemplo, en el contrato de compraventa de cosa mueble que ha sido comprada por el fallido pero no pagada y haya llegado a su poder antes de la declaratoria de quiebra, que se prohíba el accionamiento de la condición resolutoria tácita.

Las modificaciones que ha sufrido la Ley de Quiebras, han sido parceladas. Se ha tratado de incorporar en ella el principio de preservación de la empresa, pero sin hacerse una reforma integral de los principios que la rigieron desde la antigua Ley 4.558. Se tiene un sistema concursal parchado, que no da respuestas al fallido y a sus acreedores. Coexistiendo nuevas instituciones –como la de subordinación de créditos avalistas- con antiguas disposiciones punitivas –por ejemplo, el artículo 41-.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES NACIONALES Y EXTRANJEROS

ABELIUK MANASEVICH, René. El contrato de Promesa, Editores Lopez-Viancos Distribuidores, 1971, Chile.

ALESSANDRI BESA, Arturo. La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno (Título XX del Libro IV del Código Civil), Tomo I, 3° Edición, Ediar Editores Ltda., 1992, Chile.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. De los Contratos, Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur, 1988, Chile.

AZZOLINA, Umberto. "Il Fallimento e le altre Procedure Concorsal", Volumen I, Segunda Edición, Editorial Torines, 1961, Italia.

BONILLA MELÉNDEZ, Claudio y GUTIÉRREZ CARO, Elizabeth. Artículo: Costos Directos en las Quiebras. El caso chileno. Capic Review, Vol. 5, 2007, Chile.

BRUNETTI, Antonio. "Diritto Concorsale", 2° Edición, Editorial Cedam, 1961, Italia.

CAMPBELL, Dennis. International Agency and Distribution Law, General Editor, Firth Edition, 2007, USA.

CHALHUB TORTORA, Nabih y TEJADA CASTILLO, Pablo Andrés .Efectos de la Quiebra en los contratos de trabajo, Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2009, Chile

CHESHIRE, FIFOOT & FURMSTON´S. Law of Contract 15th ed, Oxford University Press, 2006, UK.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, España.

CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado. Editorial Jurídica de Chile, 1939, Chile.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. Insolvencia y Quiebra, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Chile.

COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Editorial Depalma, 1958, Argentina.

EGAS DE CASTRO, Priscila. Contrato de Comisión, Revista Jurídica, de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Tomo 4, 1991, Ecuador.

FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ, Osvaldo. Tratado Teórico-práctico del Derecho Comercial, Volumen III-A. Editorial Depalma, 1993, Argentina.

FERNÁNDEZ, Raymundo y GÓMEZ, Osvaldo. Tratado Teórico-práctico del Derecho Comercial, Volumen I-A. Editorial Depalma, 1992, Argentina.

FRADEJAS RUEDA, Olga María. Quiebra del Cónyuge Comerciante y Derecho Patrimonial de la Familia: La Presunción Muciana. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, 1992, España.

FRANZANI SOTO, Humberto. Influencia y efectos de la quiebra en la letra de cambio y el cheque, Memoria de licenciados, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1953, Chile.

FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones, 2º Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1991, Chile.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. Diccionario de Jurisprudencia Romana, Tercera Edición, Editorial Dykinson, 1993, España.

GOLDSCHMIDT, Roberto. Curso de Derecho Mercantil, Fundación Roberto Goldschmidt, 2008, Venezuela.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. El Derecho de las Quiebras, Tomo I y II, Editorial Jurídica de Chile, 2009, Chile.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. Artículo: La solidaridad en la quiebra.

GÓMEZ CÁSERES, Diego y JURADO MÁDICO, Juan. Financiación Global de Proyectos: Project Finance. ESIC Editorial, 2001, España.

GONZALEZ CASTILLO, Joel. Obligaciones. Apuntes de clases elaborados por el profesor para la cátedra de Derecho Civil para Pontificia Universidad Católica de Chile, 2008, Chile.

GUALDA ZAMORANO, Fernando. Algunos Efectos Especiales de la Declaración de Quiebra (en materia precontractual y contractual civil y mercantil), Tesis para optar por el grado de Abogado, Universidad de Chile, 1921, Chile.

HERNANDEZ GIL, Antonio. Derecho de las Obligaciones, Ediciones Ceuria, 1983, España.

JUNYENT BAS, Francisco y CHIVASSA, Eduardo. Artículo: Cuenta corriente bancaria y su posible continuación en el concurso preventivo, Tercera comisión del IV Congreso Argentino del Derecho Concursal y IV Iberoamericano sobre la Insolvencia, 2006, Argentina.

KAY, Maurice. Artículo: Agency in Commerce

LATORRE, Ángel. Introducción al Derecho, Editorial Ariel, 1985, España.

LE-FORT CAMPOS, Guillermo. Los efectos de la quiebra en algunos contratos en curso de ejecución, Tesis para optar al grado de abogado, Universidad de Chile, 1953, Chile.

LINACERO DE LA FUENTE, María. Las acciones de reintegración en la Ley Concursal, Editorial Reus S.A., 2005, Madrid, España.

MATURANA MIQUEL, Cristián. Los Incidentes, el Juicio Sumario, Juicio de Arrendamiento de bienes urbanos, Juicio Ordinario Menor y Mínima Cuantía, el Juicio Ejecutivo, Juicio de Hacienda, Procedimiento Arbitral y Asuntos Judiciales no contenciosos. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Separata N° 05024 - 2007, Chile.

MONTERO AROCA, Juan. Derecho Jurisdiccional, Volumen III, Editorial Tirant lo Blanch, España.

MORALES ARIAS, Luis Guillermo. Artículo: El contrato de Agencia Mercantil. Análisis comparativo entre el Derecho Colombiano y el Derecho Anglosajón. Colombia.

NAVARRINI, Humberto. La Quiebra. Traducción: Francisco Hernández Borondo, Instituto Editoriales Reus, 1943, Madrid, España.

OLAVARRIA, Julio. Manual de Derecho Comercial, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, impreso en Barcelona, 1970, España.

ORTUZAR SOLAR, Antonio. El contrato de Leasing, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Chile.

PERRY, Adolfo. Efectos de la Quiebra y el Concurso Civil en las Obligaciones y Contratos, Tipográfica Editora Argentina, 1950, Argentina.

PRADO PUGA, Arturo. Artículo: El Cheque ante la Quiebra, Gaceta Jurídica N° 297, Marzo 2005, Chile.

PROVINCIALLI, Renzo. Tratado de Derecho de Quiebra, Volumen II, Adiciones de Derecho Español: José A. Ramírez Editorial AHR, Trad. Andrés Lupo Canaleta y José Romero de Tejada, 1958, España.

PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1971, Chile.

PUELMA ACCORSI, Álvaro. Letra de Cambio y pagaré: Ley 18.036, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Chile.

PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho Concursal, Derecho Concursal, El Juicio de Quiebra, Volumen I y II, Tercera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Chile.

QUETGLAS, Rafael Sebastián. Artículo: Aproximación la reforma de Derecho Concursal, Actualidad Jurídica Uria y Meléndez, 2003, España.

RAMIREZ, José. La Quiebra. Volumen II, Editorial BOSCH, 1959, España.

RAMOS OREA, Tomas. El principio *Intuito Personae* como configurador del contrato de matrimonio, Boletín N° 1.451, España.

RAMOS PAZOS, René. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 1999, Chile.

RAMOS PAZOS, René. De las Obligaciones, Tercera Edición, Editorial Legal Publishing, 2008, Chile.

ROMÁN RODRIGUEZ, Juan Pablo. Instituciones del Derecho Concursal. Efectos de la Quiebra. Editorial Lexis Nexis, 2004, Chile.

ROMÁN ROGRIGUEZ, Juan Pablo. Introducción al Derecho Cooperativo Chileno, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Chile.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho Comercial, Tomo IV: La Insolvencia de la Empresa. Derecho Concursal: Quiebras, Convenios y Cesiones de Bienes, Editorial Jurídica de Chile, 2006, Chile.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Operación de Leasing, Editorial Jurídica de Chile, 1992, Chile.

SANTOS BRIZ, Jaime José. Artículo: Derecho de Daños, Revista de Derecho Privado, Volumen II, 1963. España.

SATTA, Salvatore. Instituciones de Derecho de Quiebra, Trad. R. Fontanarrosa, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1951, Buenos Aires, Argentina

SOMARRIVA, Manuel y ALESSANDRI, Arturo. Curso de Derecho Civil, Redactado por Antonio Vodanovic, Tomo III, De las Obligaciones, Editorial Nascimento, 1941, Chile.

SOMARRIVA, Manuel. Tratado de las Cauciones, Editorial Nascimento, 1943, Chile.

TONÓN, Antonio. Derecho Concursal. Instituciones Generales, Vol. I, Editorial de Palma, 1988, Buenos Aires, Argentina.

TORRES ZAGAL, Oscar. Los Órganos de la Quiebra, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1992, Chile.

UBILLA GRANDI, Luis Eugenio. Teoría General de la Letra de Cambio y Pagaré en la Ley 18.092, Editorial Jurídica de Chile, 1990, Chile.

UGARTE VIAL, Jorge. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código de Comercio y Leyes complementarias, Editorial Jurídica de Chile, 1988, Chile.

VARELA MORGAN, Raúl. Efectos que produce la quiebra del concedente o del usuario en un leasing financiero de bienes muebles, Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo LXXXV, N°3, 1988, Chile.

VERGARA FLORES, Amalia. De la facultad de ejecutar en el juicio de quiebra. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Edición Bicentenario, Volumen XLV, 2010, Chile.

VIAL DEL RIO, Víctor. Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno, Segunda Edición, Editorial Biblioteca Americana, 2007, Chile.

VIVANTE, César. Derecho Mercantil. Edición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito General, 1934, Italia.

OTROS DOCUMENTOS

Apuntes preparados por Pedro Luch para rendir la cédula de licenciatura en Derecho Concursal basados en clases de Álvaro Puelma. Universidad de Derecho. 2009, Chile.

Apuntes de las Clases de Convenios Concursales, del profesor Rafael Gómez Balmaceda, Universidad de Chile, Escuela de Derecho, año 2011, Chile.

Apuntes del contrato de compraventa, tomados por la ayudante Sandra Benedetto, sobre la base de las explicaciones dadas por el profesor Enrique Barros en Derecho Civil III del año 1992

Artículo: La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Estudios Laborales, Unidad de Defensa Laboral, Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile, Septiembre del 2010.

58° sesión de la comisión redactora de la Ley de Quiebras.

Cámara de Diputados, 46° Sección Ordinaria del 25 de Septiembre de 1928.

Boletín Técnico N° 22 del Colegio de Contadores.

La quiebra del empleador y derechos de los trabajadores. Estudios Laborales, Unidad de Defensa Laboral, Ministerio de Justicia, Gobierno de Chile, Septiembre del 2010

Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo V. Preparado por Buenaventura Pellisé Prats, Francisco Seix, 1953, España.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema. Recurso de Casación en la Forma, 12 Septiembre 2011, Coonavicoop c/ Aguacor S.A.

Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo. 21 de Enero del 2010, Nancuqueo Nahelhuen Bernardino c/ Sociedad Constructora Cautin.

Corte Suprema, Recurso de Casación en el Fondo, 22 de Septiembre del 2010, Sociedad Agrícola Padre Hurtado Ltda. Y otro c/ Dole Chile S.A.

Corte Suprema, Recurso de Amparo. 29 de Agosto del 2000, Sociedad Importadora y Distribuidora de Productos Industriales Limitada c/ Augusto Luis Colarte Carle.

Corte Suprema. Recurso de Casación en el Fondo. 11 de Septiembre del 2007, Contreras Medina, Raúl c/ Banco Sud Americano.

Corte Suprema, Recurso de Amparo, 21 de Agosto de 1996, Marchant Herrera y Otros

Corte Suprema, Casación en el Fondo, 11 de diciembre de 2001. Jorge Manuel Villegas Quiroz y otros c/ Sociedad Exportadora Limitada.

Corte Suprema, 18 de Julio de 1910, R., t.8, sec. 1º,

Corte Suprema. 29 de Agosto del 2000, Rol 3.170-2000.

Corte Suprema, Recurso de Amparo, 21 de Agosto de 1996, "Marchant Herrera y Otros" y; RDJ. N° 2-1996

Corte Suprema, 24 Noviembre 1980, Revista Jurídica del Trabajo Agosto 1981

Corte de Apelaciones de Chillan, HNS Leasing S.A. con Hostería Las Brisas Limitada.

Corte de Apelaciones de Concepción, 7 de Diciembre de 1934, Fuentes con Chávez.

Corte de Apelaciones de Iquique, 30 de Mayo 1922, G., 1922. 1.er sem., N° 128.

Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de mayo de 1994, Castillo Gutierrez, Jeannette.

C. del Trabajo de Santiago, 10 de Abril de 1980, Contreras Gamboa Jimena y otros con Aycaguer S.A.

Drew v Nunn (1879) 4 QBD 661, USA.

PÁGINAS DE INTERNET

BACH, Miguel y MAQUIEIRA, Carlos. Evolución del Mercado de Capitales:
<<http://memoria.econ.uchile.cl/>>

ARAYA, Tomás M. La empresa insolvente y los créditos subordinados:
<<http://www.bomchil.com/cv.aspx?AbogadoID=513>>

Definición de pacto de retrocompra: <<http://inverpedia.com/diccionario/725-pacto-de-recompra.html>>

Resumen estadístico por año y mes de las quiebras en Chile:
<http://www.squiebras.gob.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=420:resumen-estadistico-por-ano-y-mes&catid=22:estadisticas&Itemid=36>

Estudios de justicia concursal:
<http://www.squiebras.gob.cl/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=16>.

RODRIGUEZ VELARDE, Contratación empresarial, IV parte, sección III, Editorial RODHAS, 1998, Perú. Libro con plataforma en internet:
http://www.rodriuezvelarde.com.pe/pdf/libro2_parte4_sec3_cap4.pdf