



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**Criterios de eficiencia en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona
deudora.**

Tesina para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Aarón Elías Labbé Meza
Diego Andrés Quiroga Méndez
Profesor Nicolás Carrasco Delgado

Santiago, Chile.

2018

ABSTRACT

La ley 20.270 dictada el año 2014 reemplazó la antigua institución concursal e instauró el nuevo Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, este cambio es una novedad por tratarse de un procedimiento aplicable exclusivamente a personas naturales, las que por sí mismas o mediante representante legal podrán solicitarlo ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, tramitándose por vía electrónica. Tras cuatro años de la implementación de la ley, ésta tesis analizará si este nuevo procedimiento es eficiente a la hora de resolver la problemática de la insolvencia de la persona deudora y la relación del deudor con sus respectivos acreedores. Para lograr esto, se acude al Análisis Económico del Derecho y sus distintos criterios de eficiencia aportados por las doctrinas de Coase, Pareto, Kaldor-Hicks y Posner. Se examinarán tanto las instancias previas al procedimiento, como en las etapas dentro del mismo, concluyendo que el procedimiento concursal ha resultado eficiente conforme a los criterios de eficiencia utilizados. No obstante a aquello, hay instancias que podrían mejorar su rendimiento.

Conceptos claves: Ley 20.270, Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, Análisis Económico del Derecho, criterios de eficiencia, persona deudora.

INDICE

	Pág.
INDICE.....	3 a 4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPITULO I:	
CRITERIOS DE EFICIENCIA EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO PROCESAL	
1) Análisis Económico del Derecho.....	6 a 8
2) Análisis Económico del Derecho positivo y normativo.....	8 a 11
3) Criterios de eficiencia y su utilidad en el Derecho procesal.....	11
3.1) Criterio de minimización de costos de Coase.....	11 a 13
3.2) Criterio de eficiencia del superior y óptimo de Pareto.....	14
3.3) Criterio de eficiencia Kaldor-Hicks.....	14 a 15
3.4) Criterio de eficiencia de Posner.....	15
CAPÍTULO II:	
PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE RENEGOCIACIÓN DE LA PERSONA DEUDORA	
1) Principios Formativos de la Ley 20.720.....	16 a 24
2) Concepto de Persona deudora, significado y alcance.....	24 a 25
3) Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.....	25
3.1) Solicitud de inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación....	25 a 27

3.2) Audiencia de determinación del pasivo.....	27
3.3) Audiencia y acuerdo de renegociación.....	27 a 28
3.4) Audiencia y acuerdo de ejecución.....	28 a 29
4) Causales de término del acuerdo de renegociación y de ejecución de la persona deudora.....	29 a 31
5) Estadísticas del Procedimiento Concursal de la persona deudora.....	31 a 36

CAPÍTULO III:

APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE RENEGOCIACIÓN DE LA PERSONA DEUDORA.

1) Criterios de eficiencia en cuestiones previas al procedimiento.....	37 a 42
2) Criterios de eficiencia en solicitud de inicio y admisibilidad.....	42 a 55
3) Criterios de eficiencia en la audiencia de determinación del pasivo...	55 a 58
4) Criterios de eficiencia en la audiencia y acuerdo de renegociación....	58 a 63
5) Criterios de eficiencia en la audiencia y acuerdo de ejecución.....	63 a 66

CAPÍTULO IV:

CONCLUSIONES Y CRÍTICAS..... 66 a 71

BIBLIOGRAFÍA..... 72 a 75

INTRODUCCIÓN

La Quiebra ha sido una institución históricamente aparejada a los comerciantes, quienes la tildaron como “la muerte del comerciante”. Dicha asociación obtiene vital importancia para el mercado, ya que el concurso se establece como una herramienta legislativa para defender la buena fe en los negocios y castigar a los comerciantes insolventes.

Con la dictación y entrada en vigencia de la ley 20.720, también conocida como Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, los procedimientos concursales se extienden no sólo a los comerciantes, sino también a las personas naturales, lo cual importa una gran innovación respecto de las antiguas legislaciones pues termina con el sesgo de liquidar al deudor insolvente, optando por establecer procedimientos que impulsen el reemprendimiento como principio formativo, y la debida elección de las vías procedimentales asociadas a la viabilidad del deudor, siendo el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora el reflejo de dicha circunstancia. De esta manera, el concurso deja de ser una institución ligada exclusivamente a comerciantes y empresas.

Es a partir de esta innovación que se puede concluir la estrecha relación de la perspectiva económica con el Derecho procesal concursal.

En el presente trabajo, como objetivo principal, se busca contestar la siguiente cuestión: ¿Es eficiente la regulación del actual Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora a la luz del Análisis Económico del Derecho?. Para lograr responder dicha interrogante se adentrará en el estudio del Análisis Económico del Derecho, los respectivos criterios de eficiencia y el Procedimiento Concursal de la persona deudora. Para lograr este objetivo, se implementará un método bibliográfico a través de la recaudación de información y conocimientos de forma documental y sistemática.

Para abordar la anterior pregunta, es menester responder en qué consiste la ciencia del Análisis Económico del Derecho y sus criterios de eficiencia, para luego dar paso al estudio de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, respecto del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora. De esta manera, se procederá a analizar cada elemento del procedimiento concursal en comento desde la perspectiva de los criterios de eficiencia.

CAPÍTULO I: Criterios de eficiencia en el Análisis Económico del Derecho Procesal

1. Análisis Económico del Derecho.

El Análisis Económico del Derecho o Law and Economics es una reciente corriente doctrinal que busca desarrollar métodos, herramientas, técnicas y conceptos de las ciencias económicas al razonamiento jurídico, incorporando la racionalidad económica como un principio transversal al estudio del Derecho, dotándolo de eficiencia y entregando una mirada consecuencialista respecto de los efectos de la aplicación del mismo.

A pesar de que el Análisis Económico del Derecho es una doctrina contemporánea, la vinculación entre el Derecho y la Economía ha sido estudiada desde tiempos pretéritos, ya que es imposible aplicar el derecho sin el uso del sentido común económico, es decir, en función del problema de la satisfacción de necesidades ilimitadas por medio de recursos escasos.

Desde la antigua Grecia, Epicuro, antiguo filósofo utilitarista, señalaba respecto a la vinculación entre el derecho y la economía que: *“No le es posible a quien ocultamente viola alguno de los acuerdos mutuos sobre el no hacer ni sufrir daño, confiar en que pasará inadvertido, aunque haya sido así mil veces hasta el presente. Porque es imprevisible si pasará así hasta el fin de su vida”*¹. Como es de notar, dicha cita refleja las relaciones contractuales de largo tiempo, donde existe la posibilidad que se incumplan acuerdos, sin embargo, el juego repetitivo da como respuesta que no es opción incumplir contratos reiteradamente², ya que para aquel que incumple no existe certeza de que en el futuro se permitirán los incumplimientos que ha cometido, o bien será sancionado por aquellos incumplimientos.

El padre del capitalismo, Adam Smith, también se refiere a la vinculación del Derecho y la economía, señalando que *“en algunos países el interés del dinero ha sido prohibido por la ley. Pero como en todas partes algo se puede hacer con el uso del dinero, de aquí que en todas partes haya que pagar algo por usarlo. Sabido es, de sobra, que la regulación del*

¹ EPICURO. Máximas Capitales. D. L., X, 35. En: GARCÍA GUAL, Carlos. Sobre la Felicidad. Madrid, Editorial Debate, 2000. p.96.

² COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México DF, Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 284-287.

*interés, en lugar de evitarlo, no ha servido para otra cosa sino para incrementar el mal de la usura, porque los deudores suelen verse obligados a pagar, no sólo por el uso del dinero, sino por el riesgo a que se exponen los acreedores al aceptar una compensación por el empleo de la moneda. De tal suerte que los primeros se ven obligados, por decirlo así, a asegurar a los segundos contra las penas que conlleva la usura”*³. Smith constata que la prohibición legal de los intereses termina por aumentar los pactos e incentivando la usura, estableciéndose una legislación que perjudica en vez de ayudar a la sociedad.

Jeremy Bentham, autor moderno de la filosofía utilitarista, habla sobre la función preventiva de la ley como una manera de inducir a los individuos a conductas eficientes⁴.

Las citas anteriores demuestran la estrecha relación entre el derecho y la economía a través del pensamiento filosófico histórico, reflejándose en la búsqueda de la mayor eficiencia y utilidad por parte del hombre racional. Sin embargo, la racionalidad no puede plantearse como un hecho, sino como una presunción, porque no se da en todos los casos al existir distintas motivaciones y niveles de información en una persona a la hora de la elección de decisiones. No obstante aquello, la generalidad de las personas actúa racionalmente en busca del máximo provecho.

En conclusión, existe una aplicación de la teoría microeconómica a los problemas jurídicos, surgiendo la necesidad de estudiar el llamado **Análisis Económico del Derecho**. A saber, esta visión de la ciencia jurídica tiene la finalidad de perseguir la eficiencia del ordenamiento jurídico, ya sea al momento de aplicar las normas o durante la búsqueda de la reforma legislativa.

A pesar de lo precedentemente ilustrado, cabe señalar que el ordenamiento jurídico chileno se rige bajo un sistema jurídico continental, es decir, es una legislación íntimamente ligada a la “letra de la ley” y a la búsqueda de la justicia. En consecuencia, el sistema continental chileno tiene una base dogmática de aplicación del derecho. Este postulado suscita un problema de aplicación del Análisis Económico del Derecho en el ordenamiento jurídico chileno, ya que el sistema chileno busca solucionar las controversias por medio del contenido de los preceptos legales, negando la influencia de ciencias ajenas al derecho positivo.

³ SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. México DF, Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 323.

⁴ BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Batoche Books. Kitchener, 2000. p. 140-147.

Por lo tanto, las herramientas y métodos de la ciencia económica no tienen aplicación inmediata en el ordenamiento jurídico chileno, sino que solamente de forma remota a través de una influencia material (a través de principios) o por medio de una remisión positiva a dicha ciencia, es decir, por regla general se deja de lado a la racionalidad económica en la toma de decisiones, como también a la visión hacia los comportamientos futuros⁵.

En síntesis, el Análisis Económico del Derecho parte del supuesto que las ciencias jurídicas buscan la racionalidad en el comportamiento de los agentes sobre la base de un criterio de eficiencia en la asignación de los recursos. Sin embargo, resulta extraña la aplicación de la técnica económica en países como Chile, con una cultura centrada en la literalidad de la norma, en la exégesis y en el dogmatismo jurídico⁶.

No obstante a lo anteriormente indicado, la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento reconoce las herramientas microeconómicas como principios formativos de los procedimientos concursales. Por lo tanto, los procedimientos concursales, ya sean de reorganización, renegociación, como de liquidación, adoptan principios propios de las ciencias económicas. Dicha influencia y su aplicación en el sistema jurídico es el tema de este trabajo, específicamente en relación al Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.

2. Análisis Económico del Derecho positivo y normativo.

El Análisis Económico del Derecho estudia problemáticas jurídicas desde la perspectiva de las teorías microeconómicas, es decir, en función a la satisfacción de las necesidades desde un punto de vista legislativo. Se puede decir que el Análisis Económico del Derecho busca discernir cuál norma o precepto legal resulta más eficaz y eficiente para lograr el mayor provecho de las personas racionales.

Para lograr lo anterior, surgen dos aristas distintas, una positiva y otra normativa, las cuales se reflejan en dos cuestionamientos a resolver. La primera de ellas se puede formular del siguiente modo: ¿De qué manera se afecta el comportamiento humano con la

⁵ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Madrid, Editorial Tecnos, 1991. p. 31-35

⁶ CARRASCO DELGADO, Nicolás. “Análisis Económico del Derecho de la tutela cautelar: Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile”. Santiago, 2011. p.23.

promulgación de una norma jurídica determinada?⁷; vale decir, si el sujeto considera la norma jurídica al momento de realizar o no la conducta del supuesto jurídico de la norma, de manera que la norma se transforma en el precio implícito para realizar el supuesto. Así por ejemplo, una empresa dedicada a la construcción, que siempre tratará de maximizar sus beneficios, en uno de sus contratos de edificación necesita cumplir con distintas metas de la carta Gantt de avance de obra, el cual tiene vinculado distintas cláusulas penales que establecen multas ante el incumplimiento de las metas de construcción y, no obstante, esta planificación presenta atrasos, por lo que para cumplir con las fechas, tendría que emplear a sus trabajadores durante la noche, haciendo ruido con la maquinaria. A su vez, existe una normativa respecto al horario de construcción permitido para las empresas y los niveles de decibeles que éstas pueden emitir⁸, cuyo incumplimiento trae aparejada otra multa por parte del juzgado de policía local. El resultado que se obtenga del actuar del sujeto es una demostración de una conducta racional y entender la forma en que se comportará es el objeto del Análisis Económico del Derecho positivo.

Por otra parte, tenemos la pregunta ¿Por qué resulta preferible un conjunto normativo que promueve la eficiencia, a otro que no?⁹ Esto implica efectuar un juicio valórico en cuanto a que se deben elegir aquellas normas que posean sentido y contenido de eficiencia. El fin último de esta interrogante no es ver, describir o comprender el comportamiento del sujeto, sino buscar la óptima, traduciéndose en un juicio de valor que evalúa desde una óptica económica los fines del ordenamiento jurídico. Continuando con el ejemplo anterior, mediante esta pregunta se analiza la implementación o no de aquellas multas a las empresas constructoras que emiten ruidos molestos en horarios de descanso para los vecinos (ante la problemática de los ruidos molestos, el legislador será eficiente, por ejemplo si establece una norma donde el Estado subsidie a las viviendas cercanas a las construcciones u otorgue materiales para aislar el sonido de cada domicilio, en la medida de que los gastos en que se incurran sean más baratos que los costos que ocasionan el ruido generado por la empresa constructora).

⁷ Ibid., p.24.

⁸ Decreto N° 2477. Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente para la Comuna de Maipú Art. N° 40 Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de junio de 2003.

⁹ CARRASCO DELGADO, Nicolás. “Análisis Económico del Derecho de la tutela cautelar: Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile”. Santiago, 2011 p.25.

La primera interrogante planteada responde la problemática del Análisis Económico del Derecho positivo, mientras que la segunda pregunta supone un estudio del Análisis Económico del Derecho normativo. De esta manera, es posible afirmar que el Análisis Económico del Derecho persigue la eficiencia en estos dos ámbitos, los que a su vez se reflejan en las labores judiciales y legislativas, de tal forma que se pueden clasificar de la siguiente manera¹⁰:

En relación a la legislación, el Análisis Económico del Derecho normativo busca la creación de un nuevo estatuto en alguna área jurídica en particular, basado en formulaciones de eficiencia. La herramienta de utilidad aplicable en la especie es la reforma legal de *lege ferenda*. Mientras que el Análisis Económico del Derecho positivo, en su vínculo con el proceso legislativo, dice relación con el examen y descripción de las consecuencias económicas que trae consigo una normativa determinada de fuente legal o similar. La herramienta de utilidad aplicable a la especie es el estudio de *lege lata*.

En cuanto a las labores judiciales y aplicación de la ley, el Análisis Económico del Derecho persigue el uso de criterios de eficiencia por parte de los jueces, al momento en que ellos realizan su labor de adjudicación. Desde esta perspectiva, el análisis económico normativo no solamente resulta utilizable por el juez, sino que también por los operadores jurídicos involucrados en el conflicto, es decir, las partes. Los criterios de eficiencia constituyen el parámetro de la corrección de la decisión judicial, en términos tales que una decisión judicial será aceptada desde el Análisis Económico del Derecho en la medida que se encuentre fundada en criterios de eficiencia. En cambio, el Análisis Económico del Derecho positivo en relación al ámbito judicial, se traduce en examinar y describir las decisiones judiciales adoptadas desde el punto de vista de las consecuencias en el bienestar que ellas generaron.

Cabe mencionar que si bien el análisis de dichas perspectivas se dan generalmente de manera conjunta, por ejemplo al hacer un análisis positivo de la legislación antes de hacer uno normativo, esto no siempre ocurre.

En síntesis, el Análisis Económico del Derecho positivo pone énfasis en la descripción y contenido de un conjunto normativo o de prácticas contractuales, por lo tanto realiza un

¹⁰ CARRASCO DELGADO, “El Análisis Económico del Derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis”, en Ana Maria Neira (Dir.) y Federico Bueno de Mata y Julio Pérez (Coords.): Los desafíos de la justicia en la era post crisis: Barcelona-Editorial Atelier, 2016, p 300.

estudio estático del derecho. Por otro lado, el Análisis Económico del Derecho normativo busca la vía de cómo un ordenamiento jurídico puede ser eficaz desde una óptica económica, realizando una reflexión dinámica de la norma jurídica previniendo la realización de conductas ineficientes. Es decir, el análisis positivo describe la situación tal cual es, en cambio el examen normativo prescribe cómo debe ser dicha situación¹¹.

El estudio normativo planteado entrega herramientas para determinar el funcionamiento del ordenamiento jurídico, llamados criterios de eficiencia. Cabe señalar que el concepto de eficiencia tiene variadas acepciones en el Análisis Económico del Derecho, las cuales se analizarán a continuación.

3. Criterios de eficiencia y su utilidad en el Derecho procesal.

La economía ha dado herramientas fundamentales para analizar los efectos de las leyes sobre los comportamientos de las personas. Desde dicha óptica, se presupone que los sujetos pasivos de los preceptos legales actúen de forma racional, por lo tanto persiguen aumentar su beneficio económico, actuando bajo el arquetipo de *Homo Economicus*, es decir, saben perfectamente qué es útil o inútil¹².

Aquel comportamiento interiorizado a los preceptos legales, se traduce en el Análisis Económico del Derecho, que tal como se ha señalado, tiene una vertiente positiva como normativa, por lo tanto una arista que describe si una norma es eficiente o no y otra que atiende el cómo un precepto o sistema jurídico debería ser eficiente respectivamente.

Hasta este momento se ha planteado en qué consiste el Análisis Económico del Derecho, sin embargo para entrar en detalle con el estudio de dicha materia es menester precisar qué es lo que se entiende por eficiencia para poder realizar dichos análisis descriptivos y normativos. El criterio de eficiencia ha sido conceptualizado por una gran variedad de autores, siendo los más reconocidos Coase, Pareto, Kaldor – Hicks y Posner, los cuales se presentan a continuación.

3.1. Criterio de minimización de costos de Coase.

¹¹ Ibid., p 295.

¹² SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob.cit., p. 60-61.

Ronald Coase, en su obra titulada “El problema del costo social”, señala que toda decisión jurídica de asignación de derechos significa un problema contradictorio, por lo tanto con posturas distintas o duales. Coase indica que al beneficiar a un sujeto “A” se está perjudicando a un sujeto “B”. En consecuencia, para evitar un mal mayor debe decidirse si se permite que “A” dañe a “B” o bien que “B” dañe a “A”¹³.

A partir de aquella hipótesis, el autor plantea el llamado Teorema de Coase, el cual indica que frente a una asignación inicial específica de derechos de propiedad, el resultado final será eficiente cuando la asignación inicial legal se encuentre bien definida y las partes puedan llegar a un acuerdo, siempre y cuando se logre aplicar sin costo alguno. Es decir, pueden surgir dos situaciones, una sin costes de transacción y otra con costes de transacción. En la primera se llega a la eficiencia con independencia de la norma o decisión judicial atributiva del derecho elegida. Mientras que en la segunda situación, la eficiencia no puede lograrse con independencia de la norma jurídica o decisión judicial elegida, sino que por medio de aquella norma o decisión que reduzca al mínimo los efectos de los costes de transacción.

En consecuencia, el criterio de eficiencia de Coase se refiere a la reducción de costos, ya que aplicando el Teorema de Coase en situaciones reales debe elegir la alternativa menos cara o que genere menos costos de transacción. Dicha reducción de costos según Coase genera un mayor beneficio social, ya que reduce los daños tanto de “A” como de “B”. La idea anteriormente planteada es conocida en el Análisis Económico del Derecho como criterio de minimización.

El criterio de eficiencia de Coase es aplicado mayormente en el derecho, a razón de dos estados sociales coexistentes en los procedimientos, llamados costos de administración de justicia y costos del error. En términos de eficiencia, será preferible un estado social que produzca la máxima reducción del costo social que impone un proceso, como también aquel estado social que produzca el mínimo costo de error judicial¹⁴. Ambos conceptos son contradictorios e inversos, ya que a mayor costo de administración de justicia, menor costo del error, y a menor costo de administración, mayor es el costo del error. En consecuencia, el

¹³ COASE, RONALD. “El problema del costo social”. *Revista de Estudios Públicos*. Santiago, 1992. p. 3.

¹⁴ CARRASCO DELGADO, Nicolás. “La eficiencia procesal y el debido proceso”. en *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n °32, enero-junio 2017., p 446.

criterio de minimización de costos de Coase nos entrega una herramienta para equiparar ambos costos en el proceso.

Sin embargo, el problema de la eficiencia de Coase se encuentra en que no existen situaciones sin costos de transacción y en que siempre se realiza una valoración subjetiva al analizar situaciones duales, por lo tanto se presenta una disyuntiva de objetividad de aplicación.

3.2. Criterio de eficiencia del superior y óptimo de Pareto.

En contraposición a lo indicado por Coase, Wilfredo Pareto dejó de lado las valoraciones o juicios de valor, desarrollando dos conceptos de eficiencia como teorías de elección social, conocidos como Pareto Superior y Pareto Óptimo.

Una decisión de eficiencia de Pareto Superior tiene lugar cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X, en contraposición a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X¹⁵.

Encontramos una decisión de eficiencia de Óptimo de Pareto, cuando sólo se consigue una mejora para alguien, si se transita desde una determinada situación social a otra, sin que al menos una persona sufra un perjuicio a razón de tal cambio.

Como se puede preveer, el criterio de eficiencia de Pareto que efectivamente se puede aplicar en una generalidad de casos está dado por el Óptimo de Pareto, pues atiende una situación que puede generalizarse en la práctica, ya que el Pareto Superior depende de una preferencia, la cual tiene un ámbito subjetivo en su elección y no de un hecho, como en el caso del Óptimo de Pareto, donde simplemente se examina si efectivamente se produjo un perjuicio al menos a una persona, al transitar de una situación social a otra.

El problema del criterio de eficiencia de Pareto se refleja en que no asume el hecho que existen ganadores y perdedores al trasladarse de una situación a otra, a diferencia de la regla social de elección de Kaldor-Hicks, que será posteriormente planteada.

Este criterio de eficiencia de Pareto se aplica especialmente en el derecho procesal, respecto de mecanismos autocompositivos, tales como la negociación, mediación,

¹⁵ SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Ob. Cit., p. 40-45.

conciliación, entre otros, como también en el análisis de los efectos absolutos de las sentencias judiciales.

3.3. Criterio de eficiencia Kaldor- Hicks.

Nicholas Kaldor y John Hicks idearon un criterio de eficiencia o regla de elección social que recogía ideas del postulado señalado anteriormente por Wilfredo Pareto, el cual es conocido en el Análisis Económico del Derecho como criterio de Kaldor-Hicks.

Este criterio de eficiencia propone que un estado de cosas, “X”, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks, respecto de otro estado de cosas, “Z”, si después de moverse de “Z” a “X”, los ganadores pueden compensar a los perdedores, y no por ese hecho dejar de ser ganadores¹⁶.

Es decir, la regla de elección social establece perdedores y ganadores, asumiendo una consecuencia que Pareto dejó de lado. Al asumir dicha consecuencia respecto al tránsito de situaciones sociales, lo importante radica en la potencial posibilidad de que los ganadores puedan compensar a los perdedores, y en donde a pesar de tal compensación, los ganadores sigan teniendo esa calidad.

A todas luces, el criterio de eficiencia de Kaldor- Hicks establece una evaluación de intereses interpersonal en relación a la dualidad entre ganadores y perdedores, por lo tanto, esta regla de elección es la aplicación empírica de la ciencia económica de la filosofía utilitarista, ya que una situación es eficiente si los ganadores al compensar siguen teniendo utilidades. Como es de constatar, Kaldor-Hicks reintegra las evaluaciones interpersonales, a diferencia del criterio de Pareto en el cual se eliminan¹⁷.

La regla de Kaldor-Hicks tiene críticas aparejadas principalmente a la doctrina filosófica y económica utilitarista, a saber, se indica la imposibilidad de medir la satisfacción de desde un punto de vista subjetivo, como también la problemática de límites de la utilidad respecto del tránsito social.

¹⁶ KALDOR-HICKS. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*. Vol: 49. N° 549. 1939.

¹⁷ CARRASCO, Nicolás, "La comparación interpersonal y el Derecho procesal civil", en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24, N° 2 (2017), pp. 109-241.

Este criterio de eficiencia es aplicable en el derecho procesal, al examinar el contenido de una resolución judicial que resuelve un conflicto, donde inevitablemente existirán ganadores y perdedores. Asimismo, influye en toda norma que atiende a la generación de excedentes de utilidad en la aplicación del Derecho.

3.4. Criterio de eficiencia de Posner.

En discrepancia con los criterios de Pareto como de Kaldor-Hicks, Richard Posner elabora su concepto de eficiencia tratando de evitar los problemas utilitaristas de esos trabajos.

A partir de dicha primicia, Posner indica que hay eficiencia cuando existe predisposición a pagar por los derechos en el mercado, es decir, se asigna el derecho a quien tenga la máxima disposición para pagar¹⁸. En consecuencia, una situación es eficiente si la gente se encuentra dispuesta a pagar por dicha situación, o si puede pagar que alguien pueda desprenderse de lo que posee¹⁹.

Posner justifica su criterio de eficiencia en el principio en la autonomía de la voluntad, en cuanto a que las personas de forma libre, unánime y espontánea podrán elegir un criterio de eficiencia que maximice su riqueza. Cabe indicar que existirá dicho incremento de riqueza sobre la base que efectivamente se asignen los bienes a aquellas personas que más los valoren. Además, que la eficiencia se superedite al consentimiento de las partes, disminuyendo la existencia de costos de toda índole.

El criterio de eficiencia de Posner puede aplicarse en el derecho, respecto al régimen de subastas, donde por medio de la autonomía de la voluntad el mejor postor se adjudica los bienes sujetos a remate, como también en ciertas propuestas de reorganización atípicas en los procedimientos concursales²⁰.

CAPÍTULO II: Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora

¹⁸ POSNER, RICHARD A. “Análisis económico del derecho”. 1a. ed. en español. Fondo de Cultura Económica. México, 1998. p. 11 y ss.

¹⁹ POSNER, RICHARD A. Some uses and Abuses of Economics in Law. The University of Chicago Law Review. Vol. 46. N ° 2. p.119 y ss.

²⁰ ROE., M., «Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization», en *Columbia Law Review*, vol. 83 (1983), pp.575-580.

1. Principios Formativos de la Ley 20.270

El Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora está prescrito en los artículos 260 y siguientes de la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento. Este procedimiento está inspirado en la reforma concursal colombiana (Decreto 2677 del 21 de diciembre de 2012²¹), la cual ha tenido un brillante éxito de aplicación²², dejando de lado las deficiencias más o menos notorias respecto al procedimiento concursal que existía con anterioridad a la dictación de la ley referida²³.

La importancia sustantiva de este procedimiento se encuentra en acoger a las personas naturales o consumidores²⁴ al sistema concursal, que por múltiples razones (por pérdida de empleo, enfermedades, etcétera) se encuentran en cesación de pagos de sus deudas, ya sean créditos hipotecarios, tarjetas de crédito, deudas con casas comerciales, entre otras razones. De esta manera, la institución de la quiebra (expresión equívoca²⁵, ahora llamada concurso) no está aparejada exclusivamente a las empresas y personas jurídicas, sino al ciudadano común. Por lo tanto, el Derecho concursal chileno se une a la tendencia de los ordenamientos jurídicos, de tener métodos para afrontar la insolvencia de personas naturales, permitiendo una segunda oportunidad, a partir de la buena conducta y voluntad de cooperación en relación a la deuda insoluble²⁶.

Otra circunstancia especial del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora es la presencia de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, organismo público y administrativo que dirige exclusivamente este procedimiento, asumiendo la función de facilitadora de acuerdos²⁷, además de descentralizar el procedimiento concursal según lo expresado en el mensaje del Ejecutivo, donde la intervención jurisdiccional

²¹ CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. “Procedimientos Concursales: Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley N°20.720”. Legal Publishing; Thomson Reuters. Santiago, 2015. p. 242.

²² Historia de la Ley 20.720. p. 548.

²³ CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. cit., p 35.

²⁴ PUGA VIAL, JUAN. “Derecho Concursal: Del Procedimiento Concursal de Liquidación”. Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2014. p. 665.

²⁵ Ibid., p 34.

²⁶ PÉREZ-RAGONE, Álvaro, “La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas”, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, núm. 41, 2013.p, 671.

²⁷ MONTENEGRO ARANEDA, Josefina. Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento. Entrevista disponible en *Red de Negocios Sustentables Emprendo Verde*, www.emprendoverde.cl, consulta mayo de 2014.

solamente se encuentra en el caso que fracasen los acuerdos de renegociación o de ejecución, dando lugar al Procedimiento Concursal de Liquidación de persona deudora.

El procedimiento de renegociación entrega a la persona deudora que se encuentra en cesación de pagos la posibilidad de poder fijar nuevas condiciones de pago con sus acreedores reconocidos bajo la intervención de la Superintendencia como facilitadora de acuerdos. Esas nuevas condiciones consisten desde aumentar el número de cuotas, condonación de intereses y mantenimiento de condiciones, entre otras opciones. La liberación, condonación o repactación de las deudas juega un papel fundamental en la actualidad del Derecho concursal en general, especialmente cuando se trata de la insolvencia de personas naturales²⁸.

Lo esencial de este procedimiento se encuentra en la voluntariedad del mismo, ya que la persona natural se acoge discrecionalmente ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, reconociendo que se encuentra en una situación económica que perjudica a terceros y a sí mismo²⁹. Además, el éxito de las audiencias que se desarrollen dentro del procedimiento concursal dependen del consentimiento y colaboración conjunta entre acreedores y el deudor.

Antes de referir en detalle sobre el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, es menester analizar los principios formadores de la Ley 20.720, la cual estructura los Procedimientos Concursales de Reorganización y Liquidación de la empresa deudora, y los Procedimientos Concursales de Renegociación y Liquidación de la persona deudora.

El antiguo ministro de Economía, Fomento y Turismo, Pablo Longueira, según consta en las actas de la Historia de la Ley 20.720³⁰ señaló que Chile tenía una legislación completamente obsoleta en materia de quiebras, de modo tal que la legislación del año 1982 era completamente anacrónica a los tiempos actuales, incentivando la liquidación de las empresas sin solucionar el fondo de los asuntos, generando altos costos en el procedimiento concursal, además de generar incertidumbre en los trabajadores.

Dichas situaciones causaban estragos importantes a la economía, tales como desincentivar el emprendimiento y, en peor medida, el reemprendimiento; bajar la tasa de recuperación del crédito a los acreedores; no apoyar financieramente a empresas viables con

²⁸ PÉREZ-RAGONE, Álvaro, Ob.cit..p, 647.

²⁹ CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. Cit. p. 243.

³⁰ Historia de la Ley 20.720. p. 198.

problema de liquidez; lenta y escasa reasignación de activos productivos; disminución de la inversión extranjera; y encarecer el presupuesto del estado y de los particulares involucrados en los procedimientos concursales. Para solucionar estos problemas se dictó la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento.

Según el Ministro Longueira, la nueva normativa debería ayudar a despertar el espíritu emprendedor del país para que de esta manera afecte positivamente en su competitividad y productividad. Además, era necesario acabar con el estigma que existe sobre las personas que fracasan en sus emprendimientos, dando paso a una ayuda normativa que incentive el reemprendimiento.

Agrega el Ministro que la nueva normativa debería producir cambios positivos, evitando el encarecimiento del crédito y un aumento en las dificultades para el acceso a las garantías y su costo.

Finalmente, se destacan dos cifras importantes en materia de emprendimiento en el país: “Sobre un 50% de los actuales emprendedores ha tenido un negocio previamente, y un 87% de los emprendedores estaría dispuesto a volver a emprender en caso de fracaso. Destacó que es de la esencia de una persona que quiera desarrollar una compañía, un negocio, una actividad o un oficio, que, a pesar de fracasar, conserva su energía de querer emprender y de desarrollar una actividad económica. No desaparece a pesar del fracaso³¹”.

En síntesis, la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento tiene los siguientes principios formativos en referencia a la historia de la ley: incentivar el emprendimiento y ayudar al reemprendimiento, voluntariedad, transparencia, tribunales especializados, celeridad de los procedimientos, menores costos procesales y colaboración.

Además, Nelson Contador Rosales indica que los principios o fundamentos esenciales de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento son: el principio de bilateralidad de audiencia, intermediación, preeminencia de la función jurisdiccional, justicia especializada, y economía procesal y celeridad³².

A continuación se analizará sucintamente cada uno de los principios anteriormente aludidos.

³¹ Historia de la Ley 20.720, p. 204.

³² CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. cit., p 35-47.

- Principio de incentivar el emprendimiento y ayudar al reemprendimiento: Tal como se ha mencionado, la Ley 20.720 tiene el objetivo de potenciar la economía, en orden de impulsar a las personas naturales o jurídicas al emprendimiento desde un punto de vista de la cesación de pagos, es decir, que dicha situación no signifique el término de un negocio o actividad, ya que siempre se ha entendido en las legislaciones precedentes que existe una relación entre cesación de pagos e insolvencia, lo cual es errado, puesto que el fenómeno de cesación de pagos perfectamente puede ser una situación momentánea que puede sobrellevarse mediante mejores condiciones de pago o contractuales o por medio de facilidades modales. A su vez, en el caso que el deudor sea insolvente, la Ley 20.720 ampara la rapidez para la liquidación de las empresas deudoras para que con posterioridad dichos agentes tengan la facilidad de reemprender. Por lo tanto, el nombre de la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento no es antojadizo, sino que significa una verdadera declaración de principios. Lo señalado se puede plasmar en las normas de la referida ley con plenitud, a modo de ejemplo en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora en el acuerdo de renegociación, la persona deudora y sus acreedores pueden establecer condiciones de pago nuevas para facilitar el cumplimiento de las obligaciones, o en el caso que exista una situación de insolvencia, se puede proceder directamente a la liquidación voluntaria de bienes por parte del deudor. En consecuencia, la normativa concursal se encuentra al servicio de la economía y de la rehabilitación del emprendedor insolvente.
- Voluntariedad: La Ley 20.720 ha dotado de una trascendental importancia al principio de voluntariedad ya que el inicio de algunos procedimientos concursales se realiza a través de las mismas personas o empresas deudoras. A saber, el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora no tendría existencia sin la voluntad de los deudores, puesto que solamente de modo exclusivo se puede iniciar dicho procedimiento por medio de una solicitud de ingreso realizada por la persona deudora. Cabe agregar que se aprecia el principio aludido en los Procedimientos Concursales de Liquidación voluntarias. Además, la existencia de acuerdos solamente se puede lograr por medio del consentimiento entregado por deudores y acreedores, y no a través de una decisión de un tercero imparcial. Como es de notar, la voluntariedad en el inicio de los procedimientos

genera un eficiencia económica en orden a reducir costos, ya sea de información, del error o de administración de justicia, ya que la voluntariedad potencia la rapidez e información en la tramitación de los procedimientos concursales.

- **Transparencia:** La existencia de información oportuna respecto a la normativa de los procedimientos concursales, la publicidad del organigrama de la Superintendencia, el conocimiento de los presupuestos de los procedimientos concursales, la publicación de las estadísticas anuales, la existencia del Boletín Concursal³³, entre otras características, ilustran indudablemente la existencia del principio de Transparencia. Que un procedimiento concursal se establezca a través del principio de transparencia mejora la posibilidad de toma de decisiones por parte de los agentes que intervienen en el mismo, generando facilidad en tanto a la recopilación de información como de antecedentes. Por lo tanto, la transparencia dota de herramientas para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales.
- **Bilateralidad de audiencia:** Este principio está asociado a la garantía constitucional del debido proceso, en tanto *“el juez no podrá definir una pretensión o reclamo del actor si la persona en contra de quien ha sido propuesto no ha tenido oportunidad de ser oída”*³⁴. Como es de saber, la bilateralidad de audiencia ha sido recogida como uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho concursal. A saber, en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, una vez declarada admisible una solicitud de ingreso al procedimiento aludido se comunica a los acreedores y terceros del inicio del Procedimiento Concursal de la persona deudora, además de la fecha de celebración de la audiencia de determinación del pasivo. Cabe

³³ En virtud del Artículo 2 n°7 de la Ley 20.720, el Boletín Concursal es una plataforma electrónica a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de libre acceso al público, gratuito, en la que se publicarán todas las resoluciones que se dicten y las actuaciones que se realicen en los procedimientos concursales, salvo que la ley ordene otra forma de notificación. Algunos ejemplos de resoluciones que se notifican por dicho medio son: Resoluciones de admisibilidad; de mero trámite; que contiene acta con nómina de créditos reconocidos y citación a audiencia de renegociación; que contiene el acta con el acuerdo de renegociación; que certifica inasistencia a audiencia de determinación del pasivo y fija nuevo día y hora para su continuación; que declara finalizado el Procedimiento Concursal de Renegociación; entre otras resoluciones.

³⁴ PEÑA ESCOBAR, José Felipe. Teoría General del Proceso. Los Principios procesales. Departamento de Derecho Privado y Procesal, Universidad de El Salvador. p.1.

señalar que dicha comunicación será publicada en el Boletín Concursal, donde los acreedores se entenderán legalmente notificados en virtud de la publicación, sin perjuicio de la notificación de la resolución por correo electrónico. Por lo tanto, el principio de la bilateralidad de audiencia se encuentra totalmente vigente en la Ley 20.720 desde un punto de vista dogmático como desde una óptica económica, ya que los acreedores una vez notificados de la admisibilidad de la solicitud de ingreso al procedimiento, podrán defender sus intereses respecto a la deuda insoluble, asegurando el monto determinado del pasivo y exigiendo condiciones de pago que garanticen la seguridad crediticia. La posibilidad de un discurso dialéctico facilita la reducción del error por parte del tribunal, el que se nutrirá de los argumentos de ambas partes antes de decidir (tales argumentos expresan los intereses en juego en cada decisión).

- **Inmediación:** Este principio está asociado a la intervención directa de un órgano jurisdiccional competente. En el caso del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora se encuentra una excepción a dicho principio, y a la vez una contraexcepción que confirma la presencia del principio de la inmediatez. Tal como se sabe, la renegociación es conocida por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, un órgano público y administrativo, quien actúa como facilitador de acuerdos entre la persona deudora y sus acreedores, por lo tanto existe una excepción al principio de la inmediatez, ya que el asunto atendido no es conocido por un órgano jurisdiccional de manera directa. Sin embargo, el principio de inmediatez actúa de manera indirecta en el Procedimiento Concursal de Renegociación de persona deudora, puesto que la justicia ordinaria conocerá de estos asuntos en el caso que no exista acuerdo entre las partes en las audiencias de determinación del pasivo, de renegociación o de ejecución, o en el caso que se encuentre con la aplicación de alguna de las causales de término del acuerdo de renegociación o de ejecución. Dicha contraexcepción ilustra el principio de inmediatez, desde una perspectiva dogmática como económica, ya que la intervención de los órganos jurisdiccionales solamente se hace necesaria cuando se frustran las instancias administrativas, disminuyendo el número de causas conocidas por los tribunales de justicia, que pueden solucionarse de manera más rápida y menos costosa mediante la presencia de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

- Justicia y tribunales especializados: Este principio consiste en la promoción de una completa formación, capacitación y perfeccionamiento de las materias del Derecho concursal a los jueces, especialmente respecto de la normativa de la Ley 20.720. En un primer momento se puede confundir un tribunal especializado con un tribunal especial, pero dichos términos son totalmente distintos, ya que el conocimiento excepcional de las materias concursales del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora se encuentra en los tribunales ordinarios de justicia y no en tribunales especiales. El principio aludido está vinculado al estudio del Derecho concursal, el cual es encomendado por la ley a la Academia Judicial para que entregue un adecuado conocimiento y capacitación de la normativa concursal a los jueces. La justicia especializada está vinculada a consideraciones económicas, puesto que tal modelo de capacitación minimiza costos en comparación a la implementación de tribunales especializados, garantizando cierto nivel de preparación en temas concursales.
- Economía procesal y celeridad: En primer lugar, la economía procesal consiste en conseguir los resultados del proceso, con el empleo de un mínimo de actividad procesal, naturalmente sin violar el derecho fundamental al debido proceso³⁵. Mientras que la celeridad significa rapidez en la entrega de justicia, en orden de evitar la dilación innecesaria con prescindencia de la actividad de partes en el procedimiento. Ambos principios se encuentran recogidos en la Ley 20.720, especialmente en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, ya que es por medio de la oralidad que se acelera la tramitación de los asuntos. A saber, las audiencias de determinación del pasivo, renegociación y ejecución se realizan oralmente por parte de los agentes que asistieren. Además existen plazos concretos para el desarrollo del procedimiento que no dan lugar a la dilación innecesaria en el procedimiento concursal. Cabe agregar, que en dicho procedimiento no existe la obligación de una asistencia letrada por parte de las personas deudoras, por lo tanto ellas pueden agilizar personalmente la recopilación de datos para la causa, no constituyéndose en una barrera económica a la entrada.

³⁵ CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. Cit. p.45.

- **Colaboración:** En el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora prima el principio de colaboración procesal entre las partes, cuya finalidad última es impulsar el comportamiento crediticio responsable, de esta manera enfrentar las crisis que actualmente afrontan las economías familiares o pequeños negocios que no se encuentran en condiciones de hacer frente a los pagos insolutos³⁶. Este principio tiene variadas manifestaciones en el Procedimiento Concursal de la persona deudora, a saber, en la iniciativa del procedimiento, tal como se señaló en el análisis sucinto del principio de voluntariedad, solamente el deudor puede iniciar el procedimiento ya que en él descansa la obligación de informar su situación patrimonial y, en el caso contrario, cuando no colabore se declarará inadmisibles dicha solicitud por parte de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. En la búsqueda de acuerdos, ya que las normas de los artículos 260 y siguientes del cuerpo legal ha dispuesto que en todas las audiencias que contempla el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora (audiencia de determinación del pasivo, de renegociación o de ejecución), el Superintendente o quien este designe, debe propender a la búsqueda de soluciones y acuerdos entre las partes³⁷; y especialmente respecto en la exoneración del pasivo restante, ya que en el acuerdo de ejecución se producen efectos sobre las obligaciones que forman parte del mismo, las cuales se entienden extinguidas, novadas o repactadas según lo acordado, quedando la persona deudora habilitada para todos los efectos legales, debiendo la Superintendencia emitir un certificado de incobrabilidad respecto de las deudas remitidas, lo cual es una clara demostración del principio de colaboración entre deudores y acreedores en el procedimiento concursal. En el caso que deje de primar el principio de colaboración, esto es, como por ejemplo en el caso en que el deudor realice actos o suscriba contratos sobre bienes que forman parte del procedimiento de renegociación, o si no se llega a un acuerdo en las audiencias del procedimiento, o si se detecta una falta de transparencia en la declaración de bienes en la solicitud de ingreso, existe como sanción el término anticipado

³⁶ AGUIRREZABAL, Maite, “Manifestaciones del principio de colaboración en el nuevo Procedimiento Concursal de Renegociación”, en Eduardo Jequier (editor): Estudios de Derecho Concursal. La Ley 20720, a un año de su vigencia, Santiago, Thomson Reuters, 2016. p. 181.

³⁷ *Ibid.* p, 189.

del Procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona deudora, procediendo la liquidación de la persona deudora bajo el conocimiento de los tribunales ordinarios³⁸.

A raíz del análisis de los principios indicados, la nueva normativa concursal indudablemente está inspirada en principios ligados a la economía, incorporando la racionalidad económica en los procedimientos concursales, quedando en evidencia que el Derecho concursal chileno pasa a tener una connotación también económica³⁹.

2. Concepto de Persona deudora, significado y alcance.

Tal como se ha señalado, la Ley 20.720 integra a las personas naturales o consumidores a los procedimientos concursales. Lo anterior se incluye por medio del concepto de “persona deudora”. Dicho concepto se define por exclusión, según lo prescrito por el artículo 2 n°25 de la Ley 20.720, ya que persona deudora es toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora⁴⁰. Por lo tanto, se debe remitir al concepto de empresa deudora, definido en el artículo 2 n°13 del mismo cuerpo legal, indicando que empresa deudora es toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2 del artículo 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta⁴¹.

El alcance del concepto de persona deudora integra a personas naturales contribuyentes de segunda categoría, o sea asalariados como también personas naturales que reciben ingresos de fuentes no gravadas (montepíos, jubilaciones, etc.), y otros sujetos de crédito, tales como estudiantes y dueñas de casa⁴².

³⁸ Ibid. p.195.

³⁹ SANDOVAL, Ricardo, 2014, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal, Editorial Jurídica, Santiago. p, 14.

⁴⁰ Ley 20.270. SUSTITUYE EL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE POR UNA LEY DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS Y PERSONAS, Y PERFECCIONA EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL RAMO. Art. N° 2 n°25 .Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de enero de 2014 Ley 20.720 de 2014.

⁴¹ Ibid. Artículo 2 n°13.

⁴² CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. Cit., p. 242.

Cabe recalcar que solamente la persona deudora puede iniciar el Procedimiento Concursal de Renegociación ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, quien debe reunir los requisitos prescritos por el legislador, los cuales serán estudiados en el próximo apartado.

3. Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.

Este procedimiento se puede definir como un procedimiento administrativo gratuito, en el cual la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento actúa como facilitadora de acuerdos entre las persona deudora y sus acreedores. Este convenio puede tratar la renegociación de las obligaciones del deudor, o bien sobre la ejecución de sus bienes para el pago de los créditos insolutos. Cabe mencionar que el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 260 de ley 20.720, solamente puede ser aplicado únicamente y exclusivamente por las personas deudoras, pues estas son quienes voluntariamente deben iniciar el procedimiento.

3.1. Solicitud de inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación.

Respecto a los requisitos mínimos necesarios para someterse al procedimiento, estos se encuentran en el artículo 260 inciso 2º de la Ley 20.720, el cual señala: *“La Persona Deudora podrá someterse a un Procedimiento Concursal de Renegociación si tuviere dos o más obligaciones vencidas por más de 90 días corridos, actualmente exigibles, provenientes de obligaciones diversas, cuyo monto total sea superior a 80 unidades de fomento, siempre y cuando no haya sido notificada de una demanda que solicite el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier otro juicio ejecutivo iniciado en su contra que no sea de origen laboral”*.

De reunirse dichos requisitos, la persona interesada debe iniciar el procedimiento a través de una solicitud ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. Se puede acceder al formulario de esta solicitud a través de la página web de la Superintendencia, o bien en las dependencias de la misma⁴³. De acuerdo al artículo 261 de la Ley 20.270, en dicha

⁴³ <http://www.superir.gob.cl>

solicitud de inicio del procedimiento, la persona deudora o su representante legal debe adjuntar los siguientes documentos:

- a) Una declaración jurada con una lista de todas las obligaciones del deudor, sean estas vencidas o no, que sean o no actualmente exigibles correspondientes a todas las obligaciones y sus respectivos acreedores, donde se indique el monto adeudado a cada uno, o bien su saldo, según corresponda, individualizando a cada acreedor o a su representante legal si lo conociese, indicando su número telefónico, correo electrónico y cualquier otro dato de contacto si los hubiere.
- b) Una declaración jurada donde se determine cada uno de los ingresos que este perciba, ya sean fijos o esporádicos, estos deben ser acreditados en su totalidad acompañando los antecedentes que sean necesarios.
- c) Una declaración jurada que contenga el listado de la totalidad de sus bienes, especificando aquellos a los que la ley califica de inembargables, junto con indicar los gravámenes y prohibición que estos tengan.
- d) Una propuesta de renegociación de todas sus obligaciones vigentes.
- e) Una declaración jurada en la que consta que es una persona deudora o que, habiendo iniciado actividades comerciales, no haya prestado servicios por tales actividades durante 24 meses anteriores a la presentación de la solicitud.
- f) Una declaración jurada donde conste que no ha sido notificado por una demanda de liquidación o cualquier juicio ejecutivo iniciado en su contra a excepción de que este sea de materia laboral.

Cabe mencionar que la Ley 20.270 no establece si las declaraciones juradas deben ser otorgadas ante un notario público o cualquier otro ministro de fe, asimismo, tampoco indica si se debe hacer una declaración jurada por cada uno de los documentos que indica la Ley o bien se puede presentar tan sólo una sola declaración que contenga cada uno de los requerimientos⁴⁴. Una vez presentada la solicitud ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, ésta podrá resolver la solicitud dentro de los cinco días siguientes, donde la puede declarar admisible o puede declararla inadmisibile a través de un resolución que debe fundarse en el incumplimiento de los requisitos que señala la Ley 20.270 en su artículo 261.

⁴⁴ SANDOVAL, Ricardo, 2014, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal, Editorial Jurídica, Santiago. p, 379.

Por otra parte, podrá ordenar al solicitante que rectifique los antecedentes proveyendo nueva información que sea necesaria para subsanar los defectos de los primeros antecedentes o bien proporcionar otros nuevos según corresponda de acuerdo a los plazos que le otorgue la Superintendencia, que se cuentan desde la referida resolución, y que en caso de no cumplir podrá ser derechamente declarada inadmisibles.

En el caso de que la resolución de la Superintendencia declare admisible la solicitud de inicio del procedimiento, esta resolución se comunicará a los acreedores y terceros declarados por el interesado en la solicitud y fijará fecha de celebración de la audiencia de determinación del pasivo. Dicha resolución de admisibilidad junto con todos los antecedentes que se acompañan a ella se publican en el Boletín Concursal⁴⁵. Por otra parte, la resolución de la admisibilidad de la solicitud de inicio tendrá como efecto la protección financiera concursal de la persona deudora⁴⁶.

3.2. Audiencia de determinación del pasivo.

La audiencia de determinación del pasivo se celebrará con los acreedores que asistieren, la persona deudora y ante un representante de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, el que actúa como facilitador del acuerdo de reconocimiento del pasivo. La audiencia tiene como propósito que acreedores y la persona deudora aprueben la propuesta de nómina de pasivo elaborada por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento⁴⁷. De haber un acuerdo, se cita para la realización de una audiencia de renegociación, en caso contrario, si no se logra llegar a algún acuerdo, se citará a una audiencia de ejecución.

3.3. Audiencia y acuerdo de renegociación.

Respecto a la audiencia de renegociación, la ley dispone: “(...) se celebrará con los acreedores que asistieren o sus representantes, la persona deudora o su representante, y un representante de la Superintendencia, que nuevamente actuará como facilitador de un

⁴⁵ Ley 20.270. SUSTITUYE EL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE POR UNA LEY DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS Y PERSONAS, Y PERFECCIONA EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL RAMO. Art. N° 263. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de enero de 2014.

⁴⁶ Ibíd. Art. N° 264

⁴⁷ Ibíd. Art. N° 265

acuerdo entre las partes. Para llegar a un acuerdo de renegociación es necesario el voto conforme de la persona deudora y de dos o más acreedores que en conjunto representen más del 50% del pasivo reconocido(...)”⁴⁸

El acuerdo de renegociación puede consistir en una repactación, novación o remisión de las obligaciones de la persona deudora. Dicho acuerdo obliga únicamente a los acreedores que figuren en la nómina de créditos reconocidos, afectando a los acreedores que hayan concurrido o no a la audiencia de renegociación.

En el caso de no llegar a un acuerdo de renegociación, se puede suspender la audiencia por única vez para celebrarla en otra ocasión, sin embargo si todavía no existe un acuerdo, se citará a una audiencia de ejecución.

3.4. Audiencia y acuerdo de ejecución.

Como se señaló anteriormente, la audiencia de ejecución se celebrará en caso que no haya acuerdo en las audiencias de determinación del pasivo o de renegociación y su propósito es establecer la forma en que serán realizados los bienes y cómo se realizará el pago a los acreedores.

Esta etapa se celebra con los acreedores que asistieren, la persona deudora y un representante de la Superintendencia que actúa como facilitador de un acuerdo de ejecución. En dicha audiencia la Superintendencia presentará una propuesta de realización del activo del deudor. Para llegar a un acuerdo de ejecución es necesario que voten a favor la persona deudora y dos o más acreedores que representen a lo menos el 50% del pasivo reconocido con derecho a voto o el 50% del pasivo que consta en la propuesta de la Superintendencia⁴⁹.

En caso de no haber acuerdo de ejecución, la Superintendencia remitirá los antecedentes al tribunal competente para que dicte la resolución de liquidación de los bienes de la persona deudora. Por lo tanto, el procedimiento concursal pasa a ser dirigido por un organismo jurisdiccional.

Concluidas las audiencias por medio de un acuerdo de renegociación o de ejecución, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento declarará finalizado el Procedimiento Concursal de Renegociación una vez vencido el plazo para impugnar el acuerdo de

⁴⁸ *Ibíd.* Art. N° 266

⁴⁹ *Ibíd.* Art. N° 267

renegociación o el acuerdo de ejecución, según corresponda, o en el caso que resuelva y deseche la impugnación.

Finalizado el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, el acuerdo de renegociación tiene como efecto que las obligaciones se entenderán extinguidas, novadas o repactadas según lo acordado y la persona deudora se entenderá rehabilitada para todos los efectos legales. Por otro lado, el efecto del acuerdo de ejecución es extinguir por el sólo ministerio de la ley los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por la persona deudora respecto de los créditos parte de dicho acuerdo⁵⁰.

4. Causales de término del acuerdo de renegociación y de ejecución de la persona deudora.

La Ley 20.270 establece que la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento podrá declarar el término anticipado del Procedimiento Concursal de Renegociación y sus efectos⁵¹ si la persona deudora ejecuta o celebra contratos relativos a sus bienes embargables que sean parte del Procedimiento Concursal de Renegociación, bajo el apercibimiento de ser tenido por depositario alzado de acuerdo a los términos del artículo N° 444 del Código de Procedimiento Civil⁵². La Superintendencia también podrá declarar el término si la persona deudora deja de cumplir alguno de los requisitos propios del procedimiento señalados en el artículo 260 de la Ley 20.270, vale decir, si se extinguen las obligaciones de la persona deudora dejando de tener esta dos o más obligaciones actualmente exigibles o bien la persona deudora es notificada de la demanda que solicita el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier otra demanda de juicio ejecutivo. También se podrá declarar el término si no se arribase a un acuerdo en la audiencia de ejecución. Por último, se podrá poner término al procedimiento de renegociación si con posterioridad al inicio del procedimiento, aparecieran bienes no declarados por la persona deudora en los antecedentes que esta haya

⁵⁰ *Ibíd.* Art. N° 268

⁵¹ *Ibíd.* Art. N° 269

⁵² Código de Procedimiento Civil Art. 444 (466). Si la ejecución recae sobre una empresa o establecimiento mercantil o industrial, o sobre cosa o conjunto de cosas que sean complemento indispensable para su explotación, podrá el juez, atendidas las circunstancias y la cuantía del crédito, ordenar que el embargo se haga efectivo, o en los bienes designados por el acreedor, o en otros bienes del deudor, o en la totalidad de la industria misma, o en las utilidades que ésta produzca, o en parte de cualquiera de ellas.

aportado a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento en el formulario de solicitud de inicio del procedimiento.

Declarado el término anticipado del Procedimiento Concursal de Renegociación, se pone fin a los efectos de la resolución de admisibilidad y, una vez finalizados los plazos para presentar recurso de reposición de acuerdo al artículo 270 de la Ley 20.270, la Superintendencia remitirá los antecedentes al tribunal competente, el que dictará la correspondiente resolución de liquidación de los bienes de la persona deudora de acuerdo al Procedimiento Concursal de Liquidación de los Bienes de la persona deudora.

Por otra parte, en el artículo 272 de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento se establece la posibilidad de impugnar el acuerdo de renegociación o el acuerdo de ejecución por parte de los acreedores cuando ocurriese algunas de las siguientes causales:

1. El error en el cómputo de las mayorías requeridas en este capítulo, siempre que incida en el quórum necesario para el acuerdo. Es decir, si durante los acuerdos del Procedimiento Concursal de Renegociación llevados a cabo ante la Superintendencia en los que hayan habido votaciones entre dos o más acreedores y la persona deudora, pero esta mayoría no representase el 50% o más del pasivo determinado con derecho a voto y el representante de la Superintendencia no se haya percatado, el acreedor o acreedores pertenecientes a las supuestas minorías podrán impugnar el acuerdo.
2. La falsedad o exageración del crédito de alguno de los acreedores que haya concurrido con su voto a formar el quórum para el respectivo acuerdo y si, excluida la parte falsa o exagerada del crédito, no se lograre el quórum para el acuerdo. En este caso, las partes afectadas deberán probar que alguno de los otros acreedores haya modificado dolosamente el crédito para obtener ventaja en la consideración de sus votos de los acuerdos.
3. El concierto entre uno o más acreedores y la persona deudora para votar a favor, abstenerse, o bien rechazar el acuerdo en la medida de que se falsee, omita o adultere la información con el objetivo de obtener una ventaja indebida respecto de los demás acreedores. De esta forma, los acreedores deben probar en la impugnación el dolo del o los acreedores beneficiados.

Si una vez se haya celebrado un acuerdo de renegociación o de ejecución aparecieran luego nuevos bienes, los acreedores afectados podrán impugnar el acuerdo en la medida que la

persona deudora pudo haber ocultado dolosamente la existencia de alguno de sus bienes que posean el carácter de embargable, contraviniendo a la declaración jurada en la que se individualiza la totalidad de los bienes del deudor, requisito propio de la solicitud del Procedimiento Concursal de Renegociación.

Esta impugnación se tramita conforme a las normas del juicio sumario. La impugnación deberá deducirse ante el tribunal al que le corresponderá conocer del Procedimiento Concursal de Liquidación de los Bienes de la persona deudora dentro del plazo de 10 días contados desde la publicación del acuerdo en el Boletín Concursal y contra la resolución que se pronuncie no procederá recurso alguno.

En caso de que se haga lugar a la impugnación de los acuerdos, en la misma resolución que acoja la impugnación el tribunal de oficio y sin más trámite dictará la resolución de la liquidación de los bienes de la persona deudora. En caso contrario, en el que no se de lugar a la impugnación, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento declarará terminado el procedimiento de acuerdo al artículo 268 de la Ley⁵³.

5. Estadísticas del Procedimiento Concursal de la persona deudora.

Josefina Montenegro, ex Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento, dio a conocer el 9 de octubre de 2015 un balance del primer año de vigencia de la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. Informó que a dicha fecha más de 32 mil personas se acercaron a la Superintendencia a solicitar información sobre los nuevos procedimientos. De éstas, un 71% realizó consultas sobre los nuevos procedimientos concursales de personas deudoras.

En cuanto a los procedimientos, se registran 739 renegociaciones de personas deudoras y 384 procedimientos judiciales, de los cuales 26 corresponden a reorganizaciones de empresas deudoras, 217 a liquidaciones de empresas deudoras y 141 a liquidaciones de bienes de personas deudoras⁵⁴.

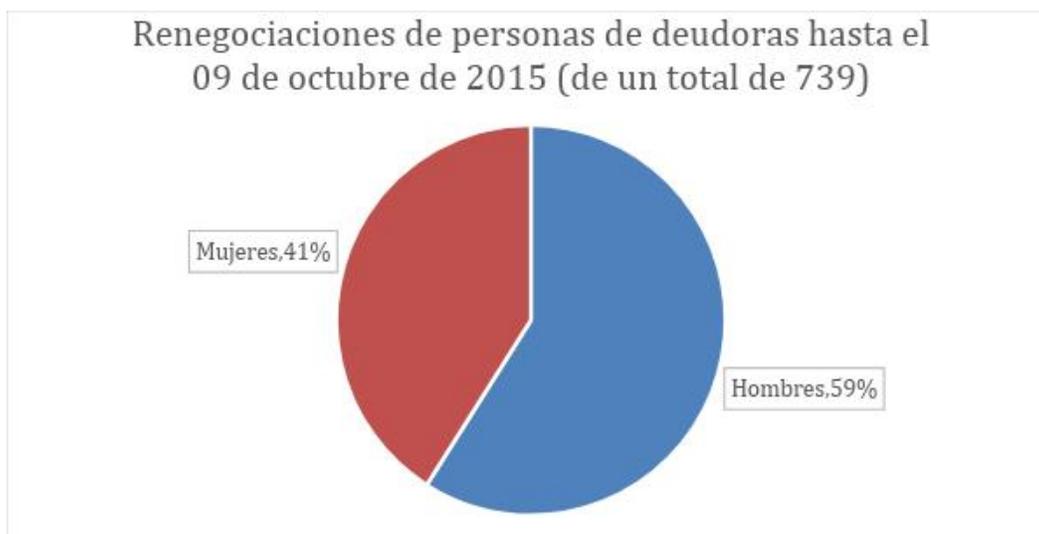
⁵³ SANDOVAL, Ricardo, 2014, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal, Editorial Jurídica, Santiago. p, 394.

⁵⁴ SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. “Superintendente destacó: Los chilenos prefieren hacer frente a sus deudas que liquidar sus bienes y perderlos”. 9 de octubre del 2015. Recuperado de: <http://www.superir.gob.cl/superintendente-destaco-los-chilenos-prefieren-hacer-frente-a-sus-deudas-que-liquidar-sus-bienes-y-perderlos>

Respecto al primer año de vigencia de la Ley, la superintendente manifestó su satisfacción y explicó que *“una de las principales novedades de la ley es la renegociación de la persona deudora, que consiste en un procedimiento voluntario, administrativo y gratuito, que permite resolver su situación de sobreendeudamiento, sobre la base de acuerdos con sus acreedores, actuando la Superintendencia como facilitadora⁵⁵”*.

Agregó que *“Las cifras demuestran que los chilenos prefieren hacer frente a sus deudas que liquidar sus bienes y perderlos. Eso es justamente lo que ofrece el Procedimiento de Renegociación facilitado por la Superintendencia, que la persona tenga una instancia para renegociar con sus acreedores, en atención a su real capacidad de pago, y establecer nuevas condiciones que les permitan cumplir con sus obligaciones⁵⁶”*.

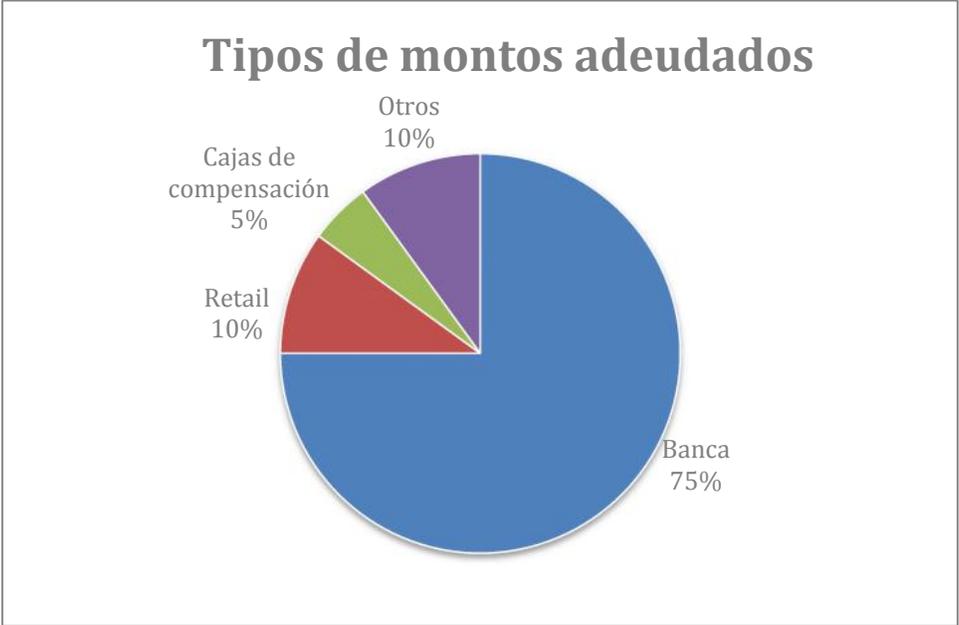
De las 739 renegociaciones de personas deudoras, un 59% corresponde a hombres y un 41% a mujeres, dichas cifras se mantienen relativamente estables hasta el año 2018. En cuanto a las edades de las personas que renegocian, la mayor participación se da en aquellas personas cuyas edades fluctúan entre los 30 y 44 años (46%), seguido del tramo que comprende entre los 45 y 59 años (30%), luego las personas de 60 años y más (15%) y por último, desde los 18 a 29 años (9%).



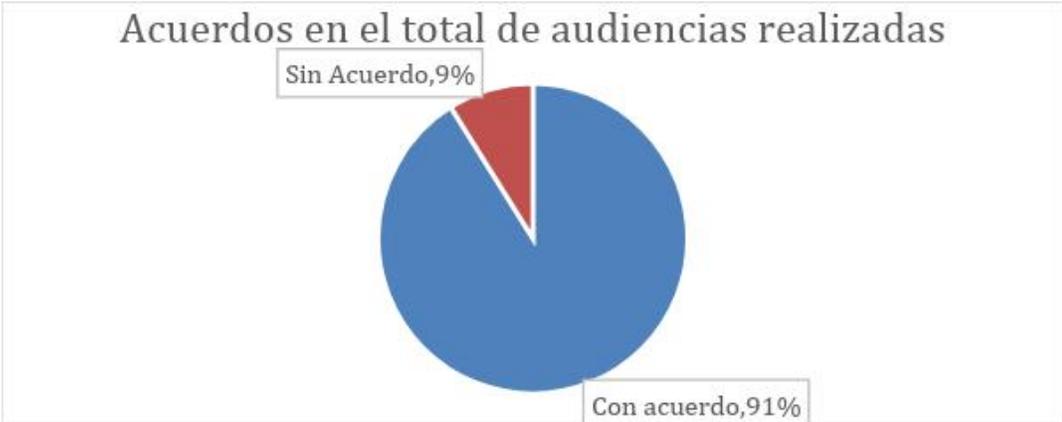
⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

El pasivo promedio de las personas deudoras que accedieron al procedimiento de renegociación es de \$25,9 millones de pesos. Según género, las deudas promedio de los hombres es de 29,7 millones de pesos y el de las mujeres asciende a \$20,6 millones de pesos. Cabe destacar que la mayor proporción de los montos adeudados de las personas se concentra en la banca (75%), retail (10%) y cajas de compensación (5% x).

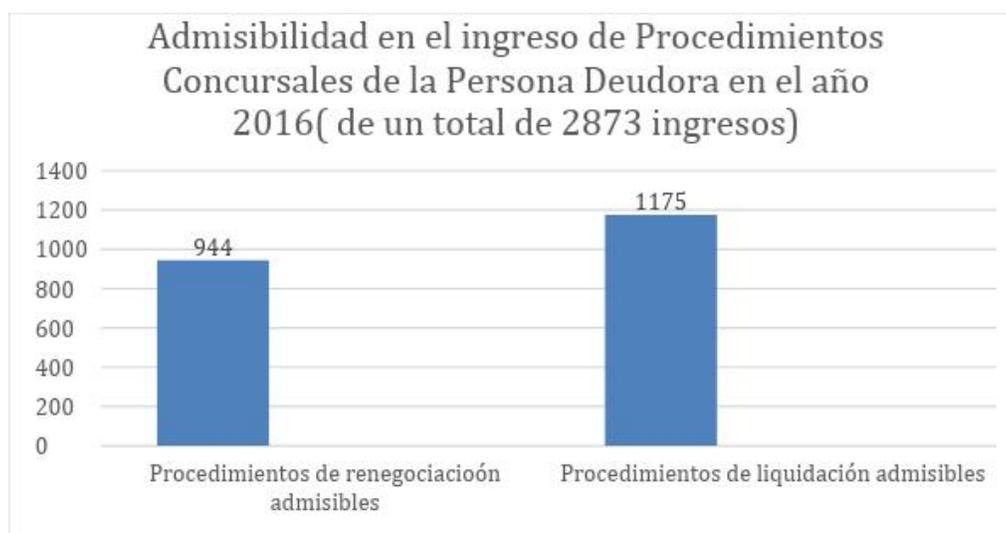


Se han celebrado 1.272 audiencias, en las que han participado deudores y acreedores facilitados por la Superintendencia, de las cuales se ha llegado al 92% de acuerdos. Hasta fines de 2015, 505 procedimientos culminaron, en los que el tiempo de tramitación promedio ha sido de 70 días.



La mayor concentración se da en el tramo etario que fluctúa entre los 30 y 44 años de edad (49%) y el pasivo promedio declarado es de \$25,4 millones, correspondiendo los créditos reconocidos en las Liquidaciones con cuenta definitiva presentada en un 99% a créditos valistas y en un 1% a créditos garantizados⁵⁷.

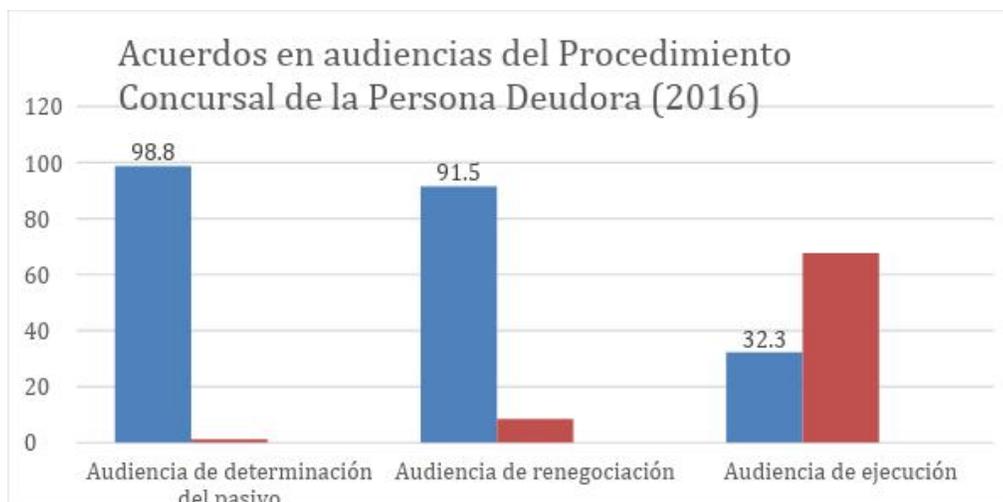
Respecto a las estadísticas del año 2016 (enero-diciembre), ingresaron un total de 2.873 procedimientos concursales, en que un 55,9% corresponden a la Región Metropolitana y un 44.1% a las otras regiones del país. En relación a los procedimientos concursales de renegociación de la persona deudora, a dicha fecha se declararon 944 procedimientos admisibles, mientras que se alcanzó la cifra de 1175 procedimientos concursales de liquidación de la persona deudora.



En cuanto al Procedimiento Concursal de Renegociación, se llegó a un 98,8% de acuerdos en audiencias de determinación del pasivo, 91,5% en audiencias de renegociación, y a un 32,3 % en audiencias de ejecución⁵⁸.

⁵⁷ Ibid.

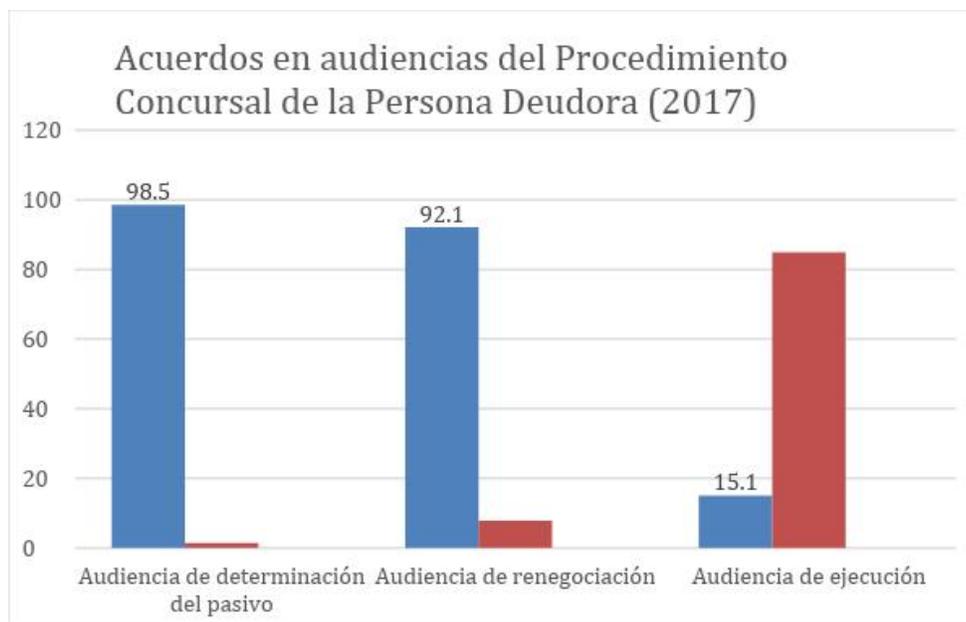
⁵⁸ SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. Recuperado de <http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/estadisticas/ley20720/BOL-EST-201612.pdf>.



El año 2017 (enero-diciembre) ingresaron un total de 4.309 procedimientos concursales, de los cuales un 42,4% corresponde a la Región Metropolitana y un 57,6 a las otras regiones del país. En relación al Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora se declararon 1.177 procedimientos admisibles y se ingresaron 2.085 procedimientos concursales de liquidación de la persona deudora. En los procedimientos concursales de persona deudora se llegó a acuerdos en un 98,5 % en la audiencia de determinación de pasivo, a un 92,1% en la audiencia de renegociación, y a un 15,1% en la audiencia de ejecución⁵⁹.



⁵⁹ SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. Recuperado de <http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/estadisticas/ley20720/BOL-EST-201712.pdf>.



En relación al año 2018 en curso, solo existen estadísticas del primer trimestre, donde han ingresado un total de 1.359 procedimientos concursales, correspondiendo un 48,2% a la Región Metropolitana y un 51,8% a otras regiones del país. Sobre el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, se han declarado 289 procedimientos admisibles y han ingresado 723 procedimientos de liquidación de la persona deudora. En los procedimientos concursales de persona deudora del primer trimestre del año 2018 se llegó a un 97,4 % de acuerdos en la audiencia de determinación de pasivo, a un 92,4% en la audiencia de renegociación y a un 14,3% en la audiencia de ejecución⁶⁰.

CAPÍTULO III: Aplicación de los criterios de eficiencia en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.

Ya explicada someramente la íntima relación que existe entre el Derecho y la Economía, además de describir el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora y las herramientas que entrega el Análisis Económico del Derecho respecto a los criterios de eficiencia, es momento de aplicar dichas técnicas al procedimiento en estudio, específicamente los criterios de Coase, Pareto, Kaldor-Hick y Posner.

⁶⁰ SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO. Recuperado de <http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/estadisticas/ley20720/BOL-EST-201803.pdf>.

Para facilitar el estudio en comento, se realizará un análisis por separado del Procedimiento Concursal de la persona deudora, con un enfoque detallado con respecto a las cuestiones previas al procedimiento; a la solicitud de inicio y admisibilidad de la misma; a la audiencia de determinación del pasivo; a la audiencia y acuerdo de renegociación; a la audiencia y acuerdo de ejecución; y por último, se analizará en su totalidad el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, a la luz de los criterios de eficiencia, el cual será tema del cuarto capítulo de este estudio.

1. Criterios de eficiencia en cuestiones previas al procedimiento.

Antes de analizar el procedimiento en sí, es necesario enfocarse en las circunstancias previas a este, vale decir, las situaciones de hecho que debe tener en vista la persona deudora antes de iniciar el Procedimiento Concursal de Renegociación. En primer lugar se analizarán las opciones procedimentales que tiene la persona deudora insolvente o en cesación de pago a la luz de los criterios de eficiencia; y en segundo lugar, la ausencia de asistencia letrada obligatoria en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.

Inicialmente, se encuentra una persona deudora que puede optar voluntariamente por el Procedimiento Concursal de Renegociación, o bien ser sujeto pasivo de una demanda ejecutiva, como también según el caso en concreto, puede iniciarse a su respecto un Procedimiento Concursal de Liquidación voluntaria o forzosa. Para saber cuál de estas vías es la más eficiente, se debe constatar la situación patrimonial, financiera y económica de la persona deudora.

A saber, se debe identificar si el deudor se encuentra en un estado de insolvencia, vale decir, si el presupuesto objetivo en el que la persona deudora se encuentra en un estado en el que no puede cumplir con sus obligaciones contraídas.⁶¹

Para obtener el pago de las deudas contraídas de una manera eficiente, y ante la opción de optar entre un procedimiento de reorganización o bien un procedimiento de liquidación o juicio ejecutivo, es necesario distinguir si es una situación de viabilidad. Se puede decir que una persona deudora se encontrará en una situación viable cuando posee utilidades

⁶¹ BONILLA.; C., FISCHER, R.; LUDERS, R.; MERY, R., y TAGLE, J., «Análisis y Recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras», en Documentos de Trabajo del Centro de Economía Aplicada del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, núm. 191 (2004), p 58.

operacionales no negativas y el valor presente de éstas es no inferior a su valor de liquidación. Es decir, será eficiente liquidar a través del Procedimiento Concursal de Liquidación o bien un juicio ejecutivo toda vez que sea menos costoso que las utilidades que posea la persona deudora.

El Procedimiento Concursal de Renegociación es útil para las personas deudoras que tienen problemas de liquidez, concepto que puede ser definido como la capacidad de poseer activos que puedan ser transformados en efectivo o dinero y que permitan acceder a una mayor capacidad de pago en un momento determinado teniendo en consideración tanto el tiempo requerido para convertir los activos en dinero, así como también la incertidumbre en el tiempo y del valor de realización de los activos en dinero. En consecuencia, la falta de liquidez da paso a la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones contraídas, ya sean originadas por deudas de consumo, cuentas de suministro de servicios básicos, créditos con casas comerciales, tarjetas de créditos, aumento de gastos de los miembros dependientes de su familia, siniestros, enfermedades, fallecimiento del sostenedor familiar⁶², entre múltiples de causas. El acuerdo de renegociación podrá entonces cambiar las condiciones, plazos y modalidades de pago fijadas entre acreedores y la persona deudora, en consecuencia tendrán más opciones para cumplir sus obligaciones. De modo tal que dichas personas deudoras en un largo plazo podrán cumplir sus obligaciones, ya que la cesación de pagos en que se encuentran se debe a un hecho temporal, no a una condición irremediable o de inviabilidad.

De esta forma, y en términos de Kaldor-Hicks, se presentará una situación de eficiencia para los acreedores dependiendo de la elección realizada (ya sea procedimiento de reorganización o una liquidación a través del juicio ejecutivo o el procedimiento de liquidación forzosa), si tal decisión atiende a una adecuada satisfacción del crédito de tales sujetos (lo que se encuentra en función de que la elección procedimental dependa de la viabilidad o no del deudor).

Respecto a esto último, el criterio de eficiencia de Posner toma fuerza en caso que exista una ejecución individual o colectiva (Procedimiento Concursal de Liquidación), pues se observa que las reglas de subastas permiten el ejercicio de predisposiciones en torno a pagar por los derechos que se poseen en el mercado, por lo tanto el mejor postor se adjudicará los derechos en juego, generando un mayor producto en la ejecución de los bienes de la persona

⁶² PUGA VIAL, JUAN. Ob. Cit., p. 665.

deudora, produciendo beneficios para los acreedores. Para capturar una mayor disposición para pagar por la asignación de derechos, se deben analizar las reglas que se establecerán en una subasta determinada, ya que el resultado de la tasa de recuperación de crédito puede cambiar según el tipo de subasta que se elija (subasta inglesa, holandesa, de sobre cerrado y Vickrey), siendo favorable en términos de eficiencia de Posner aquella que establezca normas flexibles⁶³. Cabe señalar que posiblemente la ejecución de un deudor insolvente no logre dar pago a todos los acreedores, pero sí a los acreedores garantizados.

En consecuencia, será más eficiente liquidar que renegociar con el deudor cuando la persona deudora se encuentre en una situación de inviabilidad, en vez que en una situación de falta de liquidez (normalmente temporal).

Con respecto a los costos de transacción que implica el Procedimiento Concursal para la persona deudora, a pesar de que el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora es gratuito, aparecerán otros costos relacionados al mismo, tal como el factor tiempo, conocimiento, información previa, etcétera.

La doctrina especializada ha clasificado estos costos, distinguiendo entre costos concursales directos, consistentes a los costos reales que nacen del distress financiero o angustia financiera de la parte deudora, dentro de los cuales se encuentran honorarios de profesionales externos a una empresa insolvente, específicamente abogados, contadores, tasadores, actuarios y síndicos. Además, en esta categoría de costos se encuentran los gastos correspondientes a los recursos internos que el deudor en situación insolvencia invierte en términos del tiempo y esfuerzo de su staff de personal involucrado en evaluar y tratar con las implicaciones de sujetarse a un procedimiento concursal.⁶⁴

Por otra parte, se encuentran los costos concursales indirectos, que corresponden a los costos de pérdida de las energías administrativas del deudor, entre los cuales se pueden incluir las ventas y ganancias perdidas (resultado de que los potenciales compradores perciben la posibilidad de default), el alto costo crediticio o la posibilidad de inhabilidad del deudor de obtener créditos o emitir activos para financiar nuevas oportunidades⁶⁵. A estos costos se

⁶³ CARRASCO DELGADO, NICOLÁS. "El óptimo de justicia procesal concursal en la subastas electrónicas ¿Como podemos obtener una mayor tasa de recuperación en los procesos concursales?. V Congreso Fodertics, Universidad de Salamanca, España (2016). p 7.

⁶⁴ BONILLA, C., y GUTIERREZ, E., «Costos Directos en las Quiebras. El caso chileno», en *Capiv Review*, vol. 5 (2007) p. 56.

⁶⁵ *Ibid*, p.57.

pueden sumar los costos de un enfoque a corto plazo, así como los costos derivados de una pérdida en la cuota del mercado en el que se desarrolla normalmente el deudor⁶⁶, agregando además el menoscabo de la imagen del deudor ante el mercado al hacerse pública su situación de insolvencia.

Para comenzar a analizar la eficiencia del procedimiento se trabajará a partir de los costos concursales directos que este conlleva, pues en la práctica es imposible mensurar o cuantificar los costos indirectos asociados al procedimiento debido a la infinidad de variables que este puede tener, por lo que a continuación al hablar de costos se hará referencia a los costos concursales directos. Para este análisis se empleará la perspectiva del criterio de eficiencia de Coase.

Ante la necesidad de acceder a un procedimiento que permita a las personas deudoras mejorar su situación de insolvencia económica o de cesación de pagos, éstas deberán incurrir necesariamente en costos, los cuales pueden ser costos de administración de justicia (suma de costos concursales directos y costos concursales indirectos) o costos del error. Ambos elementos operan de manera inversa, es decir, un aumento de costos concursales directos de corrección del error genera una disminución de los costos concursales del error⁶⁷. A partir de una lectura detallada de los preceptos del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, se puede observar una reducción de esos costos en la Ley 20.270, pues en ninguna parte se señala la obligatoriedad de una asistencia letrada para presentar la solicitud de inicio del procedimiento ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, produciéndose una circunstancia excepcional dentro de un proceso concursal. Aparentemente se encuentra con una disminución de los costos concursales directos privados (la remuneración de un abogado), sin embargo, la ausencia de la asistencia letrada pueden generar un riesgo mayor de error, pues las peticiones de la persona pueden ser en menor manera fundadas, por lo que finalmente podría derivar a un mayor costo directo.

Si bien la asistencia letrada está garantizada constitucionalmente por medio del Derecho a la defensa⁶⁸, el Procedimiento Concursal de Renegociación tiene un carácter gratuito, voluntario y administrativo, por lo tanto no se establece la necesidad imperiosa de un abogado patrocinante. Sin embargo, es evidente que la falta de una asistencia jurídica puede

⁶⁶ BRANCH B., The Cost of bankruptcy: A review, International Review of Financial Analysis, Tomo 11, N°1 (2002) p. 51

⁶⁷ CARRASCO DELGADO, Nicolas. Ob. Cit. p 446.

⁶⁸ Constitución Política de la República de Chile, art 19 n°3.

afectar el debido proceso, ya que la persona deudora puede tomar decisiones que se alejen a una correcta administración de Justicia, ya sea por la falta de conocimiento de la persona deudora o el temor a someterse a un juicio ejecutivo donde pueda ser embargado, o por las tácticas de intimidación desplegadas por los acreedores, quienes a su vez pueden encontrarse asesorados jurídicamente por profesionales, o bien por cualquier otra circunstancia que signifique una relación asimétrica entre las partes.

No obstante a aquello, la falta de asistencia jurídica es suplida en cierta medida por el rol de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento ya que actúa como un tercero activo dentro de las audiencias del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora. Dicho rol no es específicamente la de asesor jurídico de la persona deudora, sino que la de un mediador que facilita la adopción de acuerdos entre los acreedores y el interesado, de manera tal que significa una ayuda a la igualdad de condiciones dentro de la audiencia, equiparando los poderes en la mesa de negociación. De este modo, los acreedores no podrán ejercer estrategias competitivas⁶⁹ en contra de la persona deudora.

La Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento cumple un rol informativo, donde las personas pueden consultar información vía telefónica o bien de forma presencial. Además, es la misma Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento quien puede derivar a aquellas personas que requieran asistencia legal a instituciones que prestan asesoría y representación gratuita, tal como la Clínica Jurídica de la Universidad de Chile o cualquier Corporación de Asistencia Judicial de las distintas comunas del país.

De esta forma concluye que existen costos del error asociados a la falta de obligatoriedad de asistencia letrada, sin embargo, a pesar de que estos costos son reducidos en alguna medida por la asistencia de la Superintendencia lo que significa un aumento de costos concursales directos. Por lo tanto, no existe una eficiencia de reducción de los costos en virtud del criterio de minimización de costos de Coase, pues se presenta una relación inversa entre los aumento de costos por existencia e implementación de Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento y la disminución de costos privados por no exigencia de asistencia letrada de un abogado con un incremento correlativo de los costos del error en ambos casos (materialización de la relación inversa de costos que se ha indicado). En este sentido, para que

⁶⁹ HIGHTON, ELENA I. y STELLA ÁLVAREZ, GLADYS. “Mediación para resolver conflictos”. Ad-Hoc, 1995. p. 71.

existiera una eficiencia en los términos de Coase, tendría que implementarse una normativa que minimice la totalidad de los costos.

2. Criterios de eficiencia en solicitud de inicio y admisibilidad.

Como se señaló anteriormente, el Procedimiento Concursal de Renegociación se aplica únicamente a la persona deudora y se inicia exclusivamente con una solicitud que se presenta ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 260 de la ley 20.270. Esta petición debe realizarse a través de un formulario de solicitud de inicio, el cual está disponible vía internet, a través de la página web de la Superintendencia o bien, físicamente en las dependencias de la misma.

Analizando el inicio del procedimiento desde la perspectiva de Coase en cuanto a la minimización de costos, se puede decir que el procedimiento como tal resulta eficiente en la medida que reduce los costos de transacción para las partes, toda vez que se trata de un procedimiento gratuito, del cual se puede acceder a través de internet, medio virtual que en el siglo XXI se encuentra masificado y que es de fácil acceso para la comunidad. Por otra parte, de acuerdo a lo señalado en el artículo 261 de la ley 20.270, se encuentran los requisitos de admisibilidad de la solicitud, los que consisten en distintas declaraciones juradas que buscan principalmente la individualización de los acreedores de la persona deudora y sus respectivas obligaciones, así como también la individualización del patrimonio de la persona deudora y de los ingresos que esta perciba normalmente. No obstante, la ley resulta ineficiente en términos de minimización, pues no especifica si la declaración jurada debe encontrarse en un solo documento o bien debe presentarse una declaración jurada por cada antecedente que exige la ley. Además, tampoco detalla si esta debe ser ante notario público o cualquier otro ministro de fe, por lo que aumentarían los costos para la persona deudora si esta tuviese que tramitar cada una de las declaraciones juradas por separado, en vez de adscribirlas en un solo documento.

En cuanto a la resolución de admisibilidad de la solicitud realizada por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, esta no es eficiente para los acreedores de la persona deudora, debido a que esta resolución es publicada en el Boletín Concursal, plataforma electrónica utilizada en el procedimiento, de acuerdo al artículo 2 n° 7 de la Ley 20.270, que si bien es gratuito, aumentará los costos para los acreedores de la persona deudora

toda vez que estos deban estar pendientes o emplear tiempo para revisar el Boletín Concursal, ya que el hecho que estos sean notificados vía correo electrónico va a depender paradójicamente de que la persona deudora haya aportado los datos de sus acreedores al momento de realizar la solicitud, lo que consta en el inciso final del artículo 263 de la Ley 20.270. Ante esto, las personas o acreedores interesados podrán observar o hacer sus objeciones a los créditos, así como también los listados de los bienes señalados en la resolución que declara admisible la solicitud de inicio del procedimiento, sólo hasta tres días antes de la fecha que fije la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento para la realización de la audiencia de determinación del pasivo, de acuerdo a los dispuestos en el numeral 5° del artículo 264 de la Ley 20.270. En consecuencia, los costos administrativos para los acreedores son mayores que los efectuados por la persona deudora.

En cuanto a los criterios de eficiencia de Pareto en relación al inicio del procedimiento, para determinar si nos encontramos con un superior paretiano, vale decir, la preferencia unánime de una comunidad por una situación determinada X a otra situación Y, o bien, la indiferencia ante ambas situaciones pero prefiriendo como mínimo la situación X, no se puede hablar de que exista un Superior de Pareto, porque inevitablemente no todas las personas deudoras potenciales de la comunidad se han sometido a este proceso, ya sea por desconocimiento del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, por miedo a su situación de hecho o por cualquier otro factor que disuade al deudor a acceder a ese procedimiento. Sin embargo, de acuerdo a las estadísticas proporcionadas por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento señalados en el capítulo anterior, una mayor cantidad de personas ha preferido dar inicio a este procedimiento, pues las resoluciones que declaran a los procedimientos admisibles han aumentado cada año y actualmente la cifra de Procedimiento Concursales de Renegociación de la persona deudora iniciados alcanza el número de 289.

Al determinar si el inicio del procedimiento alcanza un óptimo paretiano, es decir, que consiga una mejora para alguna de las partes sin que al menos una de estas sufra un perjuicio, se comprueba que esto no ocurre, ya que al iniciarse el procedimiento y una vez cumplido los requisitos que prescribe el artículo 260 de la Ley 20.270 y declarado admisible la resolución, en especial el requisito de que la persona deudora no debe haber sido notificada de ninguna demanda que solicite el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación o de cualquier

otro juicio ejecutivo que no sea de materia laboral, de acuerdo al artículo 264 n° 1, el efecto de la resolución que declara admisible la solicitud presentada establece que no podrá solicitarse la liquidación de la persona deudora, ni iniciarse juicios ejecutivos, ni ejecuciones de cualquier clase hasta el término del procedimiento concursal.

Esto se aleja del Óptimo de Pareto, en la medida que se favorece a la persona deudora y se perjudica a los acreedores, pues el inicio del procedimiento puede darse única y exclusivamente por la persona deudora o su representante legal, ante lo cual los acreedores y terceros interesados pierden su oportunidad de demandar o ejecutar a la persona deudora y sólo pueden hacer sus observaciones u objeciones de los créditos o bienes declarados por la persona deudora cuando esta ya ha ingresado la solicitud. Acorde a los requisitos para alcanzar el Óptimo Paretiano, las mejoras que se logren no deben afectar a ninguna de las partes, cosa que no ocurriría en el caso de los acreedores, pues pasan de encontrarse en una posición menos favorable una vez que ha comenzado el procedimiento, pues se les priva de la tutela individual de sus derechos.

En relación al criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, se aprecia un cambio en la situación social de la persona deudora y los acreedores. No obstante, para establecer ganadores y perdedores se debe analizar el artículo 264 de la Ley 20.270, donde se establecen los efectos de la resolución de la admisibilidad de la solicitud de inicio del procedimiento.

Por una parte, y a favor de la persona deudora, ya no podrá iniciarse la liquidación de la persona deudora ni cualquier otro juicio ejecutivo en su contra, tampoco se podrá continuar devengando los intereses moratorios que la persona deudora haya pactado en los distintos actos y contratos vigentes suscritos con sus acreedores. Mientras que en beneficio de los acreedores, se establece que se suspenderán los plazos de prescripción extintiva de las obligaciones de la persona deudora, así como tampoco podrá la persona deudora ejecutar actos ni celebrar contratos que se relacionen con los bienes embargables que hayan sido declarados al momento de solicitar el inicio del procedimiento. Sin perjuicio de esto, los acreedores o cualquier interesado podrán objetar u hacer observaciones respecto de los bienes y créditos señalados en la declaración jurada que se acompaña en la solicitud de inicio.

Otro efecto de la resolución de admisibilidad que afecta igualmente a ambas partes, es que todos aquellos contratos suscritos entre ambas partes mantendrán su vigencia y condiciones de pago y no se podrán hacer efectivas aquellas cláusulas de resolución o

caducidad que se funden en el inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación, con la única excepción de suspender las líneas de crédito o sobregiro que se hubieren pactado. Además, y sin perjuicio de lo anterior, aquellas obligaciones contraídas mantienen sus condiciones de pago sin que se pueda acelerar o aplicar multas de cláusulas punitivas que se funden en el inicio de este procedimiento. Ahora bien, si cualquiera de los acreedores realizare alguna acción que importe el término de la obligación o exigiera anticipadamente el pago de su crédito, dicho crédito quedará pospuesto en su pago hasta que se paguen la totalidad de los acreedores a quienes les afecte el acuerdo de renegociación.

Ante esta situación, es difícil determinar quienes son los ganadores y quienes son los perdedores, pues los efectos de la declaración de admisibilidad de la solicitud de inicio del procedimiento afecta a ambas partes. Sin embargo, se puede ver que la persona deudora es quien se encuentra con una mayor ventaja inicial en la medida que la determinación de los créditos adeudados y los bienes embargables son declarados en primera instancia por la misma persona deudora, quien es la que inicia el procedimiento mediante la solicitud. A continuación se presenta un cuadro comparativo que clarifica la situación tanto de los acreedores como de la persona deudora y de quienes resultan ganadores y perdedores con la resolución que declara admisible la solicitud del Procedimiento Concursal de Renegociación:

Numeral del art. 264 en el que se encuentra el efecto	Efectos	Acreedor	Persona Deudora	Ganador	Perdedor
1	No podrá solicitarse la Liquidación Forzosa de la persona deudora.	(-) Pierde la tutela personal. (+)Acreedores con mayores garantías no podrán solicitar la liquidación (en favor de acreedores sin garantías).	(+) No podrá ser liquidado forzosamente. (+) Obtiene tiempo.	Persona Deudora.	Acreedores con mayores garantías.
1	No podrá solicitarse la Liquidación Voluntaria de la Persona Deudora		(-) Pierde la tutela personal.		Persona Deudora.

1	No podrá iniciarse en contra de la persona deudora juicios ejecutivos o ejecuciones de cualquier clase.	(-) Pierde la tutela individual. (+) Otros acreedores no podrán ejecutar	(+) No podrá ser ejecutado. (+) Obtiene tiempo.	Persona Deudora.	Acreedores.
1	No se podrán realizar las restituciones en juicios de arrendamiento.	(-) Acreedor arrendador no puede tutelar sus derechos	(+) Persona deudora arrendataria sigue usando y gozando el inmueble	Persona Deudora.	Acreedor arrendador.

1	<p>Para los efectos de hacer valer la oposición al inicio de las ejecuciones a que se refiere este número, la Persona Deudora acompañará al tribunal competente copia autorizada de la Resolución de Admisibilidad, pudiendo hacerse valer solamente como excepción. Para ello, la Persona Deudora podrá comparecer personalmente sin</p>	<p>(-) Posibilidad de oponibilidad de la persona deudora durante el juicio ejecutivo, afectando costos del proceso ejecutivo y de tiempo.</p>	<p>(-)Carga procesal de hacer valer la excepción con copia autorizada (+) Posibilidad de comparecer sin el patrocinio de abogado durante el juicio.</p>	<p>Persona Deudora.</p>	<p>Acreedores.</p>
---	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------	--------------------

	necesidad de patrocinio de abogado.				
--	-------------------------------------	--	--	--	--

2	Se suspenderán los plazos de prescripción extintiva de las obligaciones del Deudor.	(+) Aumentan sus garantías respecto al plazo	(-) Pierde una de las oportunidades para extinguir la obligación.	Acreeedores.	Persona Deudora.
3	No se continuarán devengando los intereses moratorios que se hayan pactado en los respectivos	(-) Pierden los intereses y el valor que le hubiese asignado al invertir.	(-) Deja de aumentar deuda.	Persona Deudora.	Acreeedores.

	actos o contratos vigentes suscritos por la Persona Deudora.				
4	Todos los contratos suscritos por la Persona Deudora mantendrán su vigencia y condiciones de pago, en su caso, y no será posible hacer efectivas cláusulas de resolución o caducidad fundadas en el inicio del Procedimiento Concursal de Renegociación	(-) Pierden la oportunidad de aplicar mecanismos de resolución o caducidad (cláusulas).		Masa de acreedores.	Acreedor contraparte del deudor (asociado al contrato respectivo)..
4	Excepcionalmente, se suspenden las líneas de crédito o sobregiro que se hubieren pactado	(+) No aumenta la deuda por la línea de crédito (acreedores distintos al	(-) Pierde la posibilidad de obtener efectivo, afectando su liquidez.	Acreedores de obligaciones distintas a la línea de crédito.	Persona Deudora.

		banco).			
4	Sin perjuicio de lo anterior, las obligaciones ya contraídas mantendrán sus condiciones de pago, sin que se pueda acelerar o aplicarles multas fundadas en el inicio del referido procedimiento.	(-) Pierden la oportunidad de aplicar cláusulas.		Masa de acreedores.	Acreedor financiero del deudor.
4	Si la contraparte de estos contratos realizare cualquier acción que importe el término de los mismos o exigiera anticipadamente el pago de su crédito, dicho crédito quedará pospuesto en su pago hasta que se paguen la	(-) Acreedores se ven obligados a ser parte del procedimiento o para obtener pago.	(+) Los acreedores no pueden terminar con el contrato para exigir el pago.	Persona Deudora.	Acreedor contratante deudor..

	totalidad de los acreedores a quienes afectará el Acuerdo de Renegociación.				
5	Cualquier interesado podrá observar u objetar los créditos del listado señalado en el número 2) del artículo 263 , hasta tres días antes de la celebración de la audiencia de determinación del pasivo regulada en el artículo siguiente, pudiendo concurrir a la misma con derecho a voz y voto.	(+)Posibilidad de observar u objetar el listado de acreedores y sus respectivos créditos aportados por la persona deudora		Acreedores que no aparecen en la solicitud del procedimiento	Masa de acreedores.

5	Cualquier interesado podrá observar u objetar el listado de bienes señalado en el número 3) del art. 263, hasta tres días antes de la celebración de la audiencia de determinación del pasivo regulada en el artículo siguiente, pudiendo concurrir a la misma con derecho a voz y voto.	(+)+Posibilidad de observar u objetar el listado de bienes e ingresos aportados por la persona deudora.		Acreedores.	Masa de acreedores.
6	La Persona Deudora no podrá ejecutar actos ni celebrar contratos relativos a sus bienes embargables que sean parte de Procedimiento Concursal de Renegociación, bajo el apercibimiento de	(+)+Se garantiza la posibilidad de pago a los acreedores al mantener los activos declarados por la persona deudora.	(-)Posibilidad de perder la administración de sus bienes.	Acreedores.	Persona Deudora.

	ser tenido por depositario alzado en los términos del artículo 444 del Código de Procedimiento Civil.				
--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--	--	--

* Cabe mencionar que el inciso final del art. 264 señala que todos los efectos se extinguirán con la publicación en el Boletín Concursal del acta que contiene el Acuerdo de Renegociación o el Acuerdo de Ejecución, en su caso.

Ahora bien, a partir del análisis de la solicitud de inicio del procedimiento junto con los efectos de la resolución que declara dicha solicitud admisible, se observa que existe una mayoritaria posición ganadora de la persona deudora por sobre los acreedores. Según el criterio de Kaldor-Hicks, habrá eficiencia si los ganadores pueden compensar potencialmente a los perdedores, sin que estos últimos dejen su calidad de ganadores. Sin perjuicio de que no siempre existen mecanismos que permiten la compensación para los perdedores, teniendo en cuenta que esta compensación tiene el carácter de potencial. Por otra parte, y a modo de ejemplo, se puede ver cómo la normativa busca compensar el hecho de que sea la misma persona deudora quien declare inicialmente cuáles son las obligaciones respectivas a cada acreedor, así como también cuáles son los bienes e ingresos con los cuales la persona deudora puede dar cumplimiento a las mencionadas obligaciones con la posibilidad que tienen los acreedores de objetar y observar la declaración de la persona deudora, permitiendo además que aquellos terceros interesados se hagan parte en el procedimiento, todo esto sin perjuicio de que se continúe con la audiencia de la determinación del pasivo. De esta forma se compensa potencialmente a aquellos acreedores interesados cuando al presentar sus observaciones u objeciones, se les otorga el derecho a participar con voz y voto en la audiencia de determinación del pasivo, lo que además puede traer consecuencias para las posteriores

audiencias de renegociación o de ejecución, en la medida que la confianza dentro de las negociaciones puede verse afectada entre el resto de acreedores y la persona deudora al comprobar que la declaración jurada de esta última no fue del todo cierta.

3. Criterios de eficiencia en la audiencia de determinación del pasivo.

La audiencia de determinación del pasivo es aquella que tiene lugar no antes de quince ni después de treinta días contados desde la publicación realizada en el Boletín Concursal, que declara admisible la solicitud de inicio al Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, sin perjuicio de la notificación realizada a los acreedores por correo electrónico. Esta audiencia se regula en el artículo 265 de la Ley 20.710.

La audiencia de determinación del pasivo en función al criterio de minimización de costos de Coase ilustra problemas de eficiencia en relación a costos administrativos que no se justifican en pos de la disminución de los costos del error. Tal como se sabe, la audiencia de determinación del pasivo tiene como finalidad determinar con exactitud el pasivo de la persona deudora, teniendo a la vista el listado de acreedores que fue acompañado en la solicitud de ingreso al procedimiento de renegociación tratada en el artículo 261 de la Ley 20.720. En dicha audiencia, la Superintendencia presentará una propuesta de nómina de pasivo en función a los antecedentes recopilados para que finalmente con el voto de la persona deudora y de la mayoría absoluta del pasivo (acreedores) se determine el pasivo con derecho a voto. En el caso que no exista acuerdo, la Superintendencia podrá suspender la audiencia, con el objeto de llegar al acuerdo, sin embargo si persiste dicha negativa, se citará a las partes a una audiencia de ejecución. Por otro lado, si existe acuerdo, la Superintendencia dictará una resolución que contiene el acta con la nómina de créditos reconocidos y la citación a una audiencia de renegociación. A la luz del criterio de minimización de costos de Coase, la existencia de la audiencia de determinación del pasivo es totalmente innecesaria, puesto que en el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora se realiza un primer estudio de la determinación del pasivo del deudor por medio del examen de admisibilidad de la solicitud de ingreso (donde se fija la cantidad de acreedores y el pasivo de la persona deudora).

La audiencia en comento tiene como finalidad disminuir los costos del error respecto al crédito reconocido de la persona deudora, aumentando los costos de administración de justicia que significan la celebración de una audiencia. Sin embargo, los costos administrativos generados en la audiencia de determinación del pasivo pueden ser disminuidos por medio de un mayor control de admisibilidad, sin la necesidad de una audiencia que genere mayores costos de transacción (debido a la obligatoriedad de la presencia de la persona deudora, los acreedores notificados y de la misma Superintendencia) y procedimentales. De modo que en términos del criterio de eficiencia de minimización de costos de Coase, los costos administrativos que significa la celebración de la audiencia de determinación del pasivo, pueden ser disminuidos mediante el mismo examen, pero con mayor exactitud en el control de admisibilidad de la solicitud de ingreso al Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora.

Cabe señalar que incluso se podría minimizar dicho costo administrativo por medio de la concentración de audiencias, es decir, que durante la celebración de las audiencias de renegociación o de ejecución, según lo determinado por la Superintendencia en el examen de admisibilidad, se discuta la determinación del pasivo al inicio de dichas audiencias, para que una vez avanzada la audiencia respectiva, se realice un debate en torno a los acuerdos de renegociación o de ejecución propiamente tales.

A mayor abundamiento, la posibilidad de suspensión de la audiencia de determinación del pasivo por parte de la Superintendencia con el objeto de propender a un acuerdo es ineficiente en función al criterio de Coase, ya que aumenta los costos de administración de justicia, debido a que en el caso que no exista consentimiento entre las partes, lisa y llanamente debería citarse a la realización de una audiencia de ejecución, puesto que otorgaría mayor celeridad al procedimiento concursal, desincentivando la dilatación innecesaria de un acuerdo o eventual realización de bienes de la persona deudora.

Respecto al criterio de eficiencia superior y óptimo de Pareto, las estadísticas publicadas por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento señalan que se llega a acuerdo respecto a la determinación del pasivo, en aproximadamente un 98% de los casos, por lo tanto en términos de Superior de Pareto no se llega a una eficiencia propiamente tal, ya que una decisión de eficiencia de Pareto Superior existe cuando todo miembro de una comunidad prefiere la situación X, en contraposición a la situación Y, o bien, es indiferente a ambas

situaciones, pero prefiere mínimamente la situación X, lo cual no se presenta en este caso, ya que no hay unanimidad en todos los casos.

Por otro lado, la audiencia de determinación del pasivo puede llegar a encontrar una decisión de eficiencia de óptimo de Pareto, ya que se puede conseguir una mejora para alguien, cuando el deudor y los acreedores transitan de una situación social a otra, sin que al menos una persona sufra un perjuicio. Tal como se ha señalado, en un 98% de los casos se llega a un acuerdo en las audiencias de determinación del pasivo, por lo tanto sin que alguna de las partes sufra un perjuicio, ya que en el caso que exista una disminución o aumento del crédito, el deudor o acreedor dependiendo del caso, simplemente no entregará su consentimiento en dicho acuerdo. Por lo tanto, la audiencia de determinación del pasivo es eficiente en casi la totalidad de los casos.

En relación al criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, en la audiencia de determinación del pasivo, la persona deudora y sus acreedores transitan de un estado social a otro para finalmente llegar a un acuerdo o no. De manera que un acuerdo de determinación del pasivo puede ser eficiente en términos de Kaldor-Hicks, si los ganadores compensan a los perdedores, no dejando los primeros de serlo por dicho hecho. La existencia de perdedores o ganadores se configura en relación a la nómina de créditos reconocidos por el deudor en su solicitud de ingreso, la nómina de la Superintendencia y por los antecedentes que presentan los mismos acreedores. Así, existirán perdedores o ganadores en el caso que exista inexactitud en la determinación del pasivo propiamente tal o en caso que no se reconozca la existencia de una deuda. Sin embargo, por medio de un acuerdo de determinación del pasivo, los ganadores podrán compensar a los perdedores, si posteriormente hay consenso en la audiencia de renegociación o de ejecución según el caso en concreto, siendo la audiencia de determinación del pasivo una instancia preliminar para considerar una eventual compensación en función al resultado que se encuentre en las audiencias posteriores.

En consecuencia, la compensación hipotética es la expectativa de un acuerdo entre las partes. Tal como se sabe, este criterio solamente exige una compensación potencial e hipotética, por lo tanto el hecho que exista efectivamente dicha compensación no disminuye de eficiencia los posibles acuerdos. De modo que la audiencia de determinación del pasivo es eficiente en términos de Kaldor-Hicks, puesto que tanto persona deudora como acreedores

pueden transitar de una situación social a otra, en función a la defensa de sus créditos e intereses, generando inevitablemente ganadores como perdedores por medio de un acuerdo.

Respecto al criterio de eficiencia de Richard Posner, en la audiencia de determinación del pasivo no encontramos una circunstancia en que se pueda predisponer a pagar por los derechos de la persona deudora ni de los acreedores, ya que el objetivo de dicha audiencia es determinar tanto a los acreedores como la cuantía de sus créditos, no la adjudicación de los derechos. Por lo tanto, no es posible analizar la audiencia de determinación del pasivo en relación al criterio de eficiencia de Posner, ya que es inaplicable respecto a sus postulados.

4. Criterios de eficiencia en la audiencia y acuerdo de renegociación.

La audiencia de renegociación es aquella que tiene lugar cuando existe acuerdo en la audiencia de determinación del pasivo, la cual se celebrará no antes de quince ni después de treinta días contados desde la publicación realizada en el Boletín Concursal, respecto de la resolución que contiene la nómina de créditos reconocidos y que cita a los acreedores cuyos créditos fueron reconocidos. Esta audiencia está tratada en el artículo 266 de la Ley 20.710.

La audiencia de renegociación, en términos del criterio de minimización de costos de Ronald Coase, es eficiente si se analiza la relación entre costos de administración de justicia y costos de error. Tal como se sabe, la audiencia de renegociación es de la esencia del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, ya que en ella se discuten las condiciones y modalidades de pago de los créditos insolutos existentes entre acreedores y el deudor, donde el resultado de dicho debate ilustrará si la persona deudora tiene solvencia (donde se alcanzará un acuerdo de renegociación) o, en el caso contrario, se discutirá los términos de una futura realización de bienes por medio de un acuerdo de ejecución.

A partir de lo planteado, si hipotéticamente se disminuyen los costos de administración de justicia asociados a la audiencia de renegociación, inversamente aumentarán los costos del error, de manera que el procedimiento no concretaría los fines y principios establecidos para su funcionamiento, esto es, que exista la mayor tasa de recuperación de créditos por parte de los acreedores y que el deudor pueda impulsar su emprendimiento por medio de nuevas condiciones o modalidades. Además, se debe recordar que el criterio de eficiencia de Coase considera la totalidad de los costos para determinar si estos resultan eficientes en comparación

a la situación de hecho anterior o posterior a la modificación de la normativa, de manera de que la minimización eficiente de los costos será aquella que derive de la normativa que logre disminuir tanto costos administrativos como costos de error.

El aumento de los costos del error afecta a la recuperación de créditos de los acreedores, cuando a raíz de dicho aumento, se constata falta de información por parte de persona deudora, los acreedores o la Superintendencia, o encontramos inexistencia de mecanismos que ilustran a las partes a tomar la mejor decisión posible en la audiencia de renegociación, puesto que en circunstancia tales como que se liquide a un acreedor viable con falta de liquidez por falta de información de los agentes, se logrará una menor tasa de recuperación de créditos en dicho momento, si se compara con una situación en que existe información completa (por resguardar los costos del error), en que se logra un acuerdo de renegociación otorgando un mayor plazo al deudor viable para que llegue a tener liquidez, es decir, con la finalidad que esté en condiciones de cumplir con sus obligaciones.

En consecuencia, si aumentan los costos del error, las personas deudoras van a preferir una realización de sus bienes por medio de un juicio ejecutivo o por una liquidación voluntaria o simplemente negociar directamente con el acreedor, quedando en desuso el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, ya que bajo dichas circunstancias sería un procedimiento ineficiente. Por lo tanto, la audiencia de renegociación actualmente es eficiente en términos de Coase, puesto que cualquier cambio hipotético en la asociación entre costos de administración o costos del error, generaría un perjuicio en la aplicación del Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora, en virtud de las situaciones planteadas anteriormente, donde la única forma de mejorar la eficiencia sería minimizando a la vez tanto costos administrativos como costos de error.

No obstante, replicando el análisis señalado en el estudio de la audiencia de determinación del pasivo, donde se indicó que sería eficiente que se concentraran las audiencias de determinación del pasivo y de renegociación, con el fin de minimizar los costos asociados al procedimiento, en el caso que no se suprima la existencia de la audiencia de determinación del pasivo. Además, la posibilidad de suspender la audiencia de renegociación por parte de la Superintendencia con el objeto de propender a un acuerdo, es igualmente ineficiente en relación al criterio de minimización de costos de Coase, ya que en el caso de no existir consentimiento entre la persona deudora y sus acreedores, debería citarse directamente

a la realización de una audiencia de ejecución, disminuyendo los costos administrativos asociados al procedimiento.

Respecto a los criterios de eficiencia de Wilfredo Pareto, esto es el Superior y Óptimo de Pareto, su aplicación se constata por medio de una preferencia o un acuerdo unánime entre los agentes intermediarios. En la audiencia de renegociación, los acreedores analizan su crédito existente en relación a si este es más conveniente que el resultante de un acuerdo de renegociación. En consecuencia, es posible constatar eficiencia en los términos de superior como de Óptimo de Pareto en la audiencia de renegociación, siempre y cuando exista unanimidad respecto a la celebración de un acuerdo de renegociación entre el deudor y los acreedores.

Los criterios ya aludidos, se reflejan en la audiencia de renegociación, específicamente según la garantía de los créditos de los acreedores. A saber, el artículo 266 inciso 4° de la Ley 20.720 trata en sus apartados sobre la situación de los acreedores garantizados, ya sea por cauciones personales o reales. Dichos acreedores pueden perseguir sus créditos por forma separada, con prescindencia de lo establecido en el acuerdo de renegociación, siempre y cuando asistan a la audiencia de renegociación y voten en contra del mismo acuerdo. Para que los acreedores tomen dicha decisión, es necesario atenerse a la calidad del acuerdo de renegociación, es decir, si suscribir el acuerdo es más conveniente para sus intereses que el crédito existente con anterioridad a la audiencia, o bien, si se mantienen condiciones, y es en este punto que encontramos los puntos de eficiencia superior y Óptimo de Pareto.

Habrà una situación superior de Pareto en la audiencia y acuerdo de renegociación, si los acreedores con garantía personal o real mantienen las condiciones de sus créditos o las mejoran, ya que bajo cualquier otra circunstancia preferirán ejecutar sus garantías fuera del acuerdo de renegociación, debido a que sus créditos están garantizados en mayor medida fuera de los términos del acuerdo de renegociación.

Por otro lado, en el caso que solamente estemos en presencia de acreedores valistas, es posible vislumbrar eficiencia respecto al criterio superior de Pareto, únicamente en el caso que la persona deudora y los acreedores lleguen a un acuerdo de renegociación unánime por medio de una estrategia colaborativa que beneficie a todas partes.

En tanto al Óptimo de Pareto, dicha eficiencia solamente se puede lograr en el caso que exista una actitud colaborativa⁷⁰ entre los participantes de las audiencias de renegociación, puesto que el óptimo paretiano implica una situación de confort para todas las partes, por lo tanto, debe haber unanimidad. Es posible establecer la eficiencia de Óptimo Paretiano entre acreedores valistas, ya que ellos al no tener créditos privilegiados y estar bajo la sombra del principio de la *par conditio creditorum* y de colaboración, tendrán que llegar a un acuerdo que les convenga a todos los participantes de la mesa de renegociación. Cabe señalar y recalcar, que el Óptimo de Pareto es una situación de eficiencia ideal y unánime, por lo tanto es difícil de alcanzar.

Por otro lado, la audiencia de renegociación en relación al criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, es eficiente en el caso que los criterios de eficiencia de Superior y Óptimo de Pareto no logren configurarse, ya que como se sabe, dichos criterios satisfacen los intereses de la persona deudora y los acreedores sin que existan ganadores y perdedores, a diferencia del criterio Kaldor-Hicks.

La eficiencia del criterio Kaldor-Hicks se logra cuando el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora es utilizado como medida de mitigación a una posible ejecución (repactación como acuerdo de renegociación) o para ejecutar de la manera menos gravosa al deudor (acuerdo de ejecución), como también en el caso que se establezca un acuerdo de renegociación con el consentimiento de la persona deudora y dos o más acreedores que representen más del 50% del pasivo total reconocido, pero sin la voluntad de los acreedores minoritarios, esto es, aquellos que representen un porcentaje menor al 50% del pasivo total reconocido. El deudor que se somete al procedimiento concursal puede encontrarse en un estado de insolvencia o simplemente de cesación de pagos.

En el primer caso, el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora será un mecanismo para mitigar una posible ejecución de un deudor viable en cesación de pagos, pudiendo repactar las modalidades o condiciones de sus obligaciones, ya que por medio de acuerdo de renegociación se otorga la posibilidad de cambiar los términos de la deuda, disminuyendo la posibilidad de que el deudor en cesación de pagos sea ejecutado directamente por el acreedor, puesto que dicho acuerdo de renegociación puede establecer nuevas modalidades o condiciones que garanticen en mayor medida el cumplimiento de su

⁷⁰ Ibid. p. 72.

crédito. En esta situación, la persona deudora y los acreedores mayoritarios que voten a favor del acuerdo de renegociación se establecerán como ganadores, ya que transitan de una situación social de incertidumbre a otra en que los acreedores tienen sus créditos asegurados en mayor medida y en que el deudor viable tiene tiempo para recuperar su liquidez, otorgando respiros financieros a este último⁷¹. Mientras tanto, los acreedores minoritarios que votan en contra del acuerdo de renegociación que representen menos de un 50% del pasivo reconocido serán los perdedores, puesto que serán exigibles para ellos los términos del acuerdo de renegociación, a pesar de su voluntad.

En el segundo caso, el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora será un mecanismo de dilación a una futura ejecución, ya que nos encontramos con un deudor que no puede cumplir sus obligaciones, de modo que los acreedores no buscarán mejorar las modalidades de sus créditos por medio de un acuerdo de renegociación, sino que tratarán de recuperarlos, ya sea por medio de un acuerdo de ejecución (en el cual se podrá pactar una forma de realización de los bienes del deudor, ya sea en relación a la forma, modo o tiempo en que se realice, sin someterse a las normas señaladas en el juicio ejecutivo, siendo menos gravosa para el deudor) o una liquidación forzosa o un juicio ejecutivo. Esta situación en relación a la audiencia de renegociación establece como ganador al deudor inviable, puesto que cumple con su propósito de retrasar una futura ejecución, mientras que los acreedores se configuran como perdedores, ya que se extiende el periodo de espera para la recuperación de sus créditos, teniendo solamente como expectativa el resultado de la futura audiencia de ejecución.

Además, existe otra circunstancia en la cual el acuerdo de renegociación es eficiente en función del criterio de Kaldor-Hicks, esto es cuando la persona deudora y dos o más acreedores que en conjunto representen más del 50% del pasivo reconocido lleguen a un acuerdo de renegociación, en contra de la voluntad de los acreedores que representen menos del 50% del pasivo reconocido. En esta situación, el deudor y los acreedores mayoritarios transitan de una situación social a otra, generando un acuerdo de renegociación eficiente en términos de Kaldor-Hicks, y a la vez estableciendo a los acreedores minoritarios como perjudicados. El acuerdo de renegociación suscrito por el deudor y los acreedores mayoritarios será exigible para los acreedores minoritarios, a pesar de haber votado en contra del acuerdo,

⁷¹ CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN. Ob. Cit., p. 242.

configurando una eficiencia social con prescindencia del “bando perdedor”. La ley considera socialmente más valorables (y superiores) las ganancias de los acreedores mayoritarios que las pérdidas de los minoritarios.

Respecto al criterio de eficiencia de Posner, en la audiencia de renegociación no se encuentra una circunstancia en que se pueda predisponer a pagar por los derechos de la persona deudora ni de los acreedores, ya que en dicha audiencia lisa y llanamente se negocia respecto a créditos insolutos ya existentes entre la persona deudora y los acreedores, sean estos créditos con garantías personales o reales, o simplemente valista, no siendo objetivo de la audiencia de renegociación la adjudicación *ex ante* de los derechos. En consecuencia, no es posible analizar la audiencia de renegociación, en relación al criterio de eficiencia de Posner, ya que nuevamente es inaplicable respecto a sus postulados, tal como señalamos en la audiencia de determinación del pasivo.

5. Criterios de eficiencia en la audiencia y acuerdo de ejecución.

La audiencia de ejecución es aquella que tiene lugar en el caso que no se llegare a acuerdo en la audiencia de determinación del pasivo o en la audiencia de renegociación, ya sea en la primera o segunda audiencia. Esta audiencia deberá celebrarse no antes de quince ni después de treinta días contados desde la publicación señalada en el artículo 263. Esta audiencia está tratada en el artículo 267 de la Ley 20.710.

Respecto al análisis de los criterios de eficiencia en la audiencia de ejecución, en este apartado se sintetizan las ideas señaladas en la audiencia de renegociación, ya que a pesar de tener distintas finalidades, son sin embargo soluciones para el estado de cesación de pago o insolvencia de la persona deudora.

El criterio de minimización de costos de Coase aplicado a la audiencia de ejecución es igualmente eficiente en relación a los costos de administración de justicia y del error, puesto que el fin de la audiencia en estudio es la realización de los bienes de la persona deudora para realizar el pago de las deudas insolutas a los acreedores. Es decir, los costos aparejados a la audiencia de ejecución se encuentran justificados, a raíz de la finalidad que persigue, de esta manera, el deudor insolvente o en cesación de pagos pueda rehabilitarse de su situación patrimonial y tenga las posibilidades de reemprender nuevamente. Además, el hecho que la

realización de los bienes de la persona deudora y el pago con el producto de dicha realización a los acreedores se encuentre determinado por medio de un acuerdo de ejecución, disminuye los costos de transacción entre las partes y los costos que podría aparejar la presencia de un organismo jurisdiccional. Por lo tanto en términos del criterio de eficiencia de Coase, la audiencia de ejecución es totalmente eficiente.

Cabe señalar que en el caso que no se cumplan con los plazos y condiciones indicadas en el acuerdo de ejecución, o no se respete la normativa prescrita en el artículo 267 de la Ley 20.720, los antecedentes serán remitidos a la justicia ordinaria para que las partes se sometan a un Procedimiento de Liquidación forzosa de la persona deudora.

Respecto al Superior y Óptimo de Pareto, en la audiencia de ejecución se discute la forma de realización del activo de la persona deudora, de modo que habrán distintas preferencias por parte de los acreedores o de la misma persona deudora para que dicho fin se lleve a cabo.

Se presentará una situación Superior de Pareto cuando las partes acuerden unánimemente y coordinadamente la realización de los bienes y el pago de los créditos bajo una modalidad “X”, en contraposición de una circunstancia “Y”. Para que exista dicho acuerdo, cada acreedor deberá constatar la calidad de sus crédito, es decir, si tiene garantías personales, reales o simplemente valista, con el propósito de establecer qué estrategia es más adecuada para la persecución del pago del crédito insoluto, ya sea por medio del acuerdo de ejecución, una liquidación por medio de los tribunales ordinarios o una ejecución separada. Sin embargo, las estadísticas entregadas por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento indican que en el año 2017 se llegó a un 15% de acuerdos en la audiencia de ejecución, por lo tanto la eficiencia de superior de Pareto se establece en una cantidad mínima de casos.

Acerca del Óptimo de Pareto, en la audiencia de ejecución solo se puede llegar a dicha eficiencia por medio de una actitud colaborativa entre acreedores y la persona deudora. En el caso que la totalidad de los acreedores sean valistas, esta situación tendría mayor probabilidad de alcanzarse, ya que sin créditos privilegiados tendrán que discutir un acuerdo que cubra el pago a la totalidad de los acreedores en función del activo del deudor. En consecuencia, el Óptimo de Pareto también tiene dificultades para consagrarse en la audiencia de ejecución.

En relación al criterio de Kaldor-Hicks, como se ha indicado, se logra eficiencia en dichos términos en el Procedimiento Concursal de Renegociación cuando la persona deudora lo inicia como medida de mitigación a una posible ejecución (repactación como acuerdo de renegociación) o para ser ejecutado de una manera menos gravosa (acuerdo de ejecución), como también en el caso que se establezca un acuerdo de ejecución sin el consentimiento de los acreedores minoritarios, esto es, aquellos que no logren representar un 50% del pasivo reconocido. En el caso en concreto, en la audiencia de ejecución la persona deudora busca realizar los bienes de una manera menos gravosa o humillante, es decir, sin someterse estrictamente a la normativa prescrita del juicio ejecutivo, pudiendo optar por formas, modos y circunstancias especiales para la realización de sus bienes mientras exista consenso entre el deudor y sus acreedores, siendo eficiente en dichos términos, en comparación a una ejecución por medio de la justicia ordinaria, transitando de una situación social a otra.

Además, existe eficiencia en la audiencia de ejecución en términos de Kaldor-Hicks cuando se establece un acuerdo por medio del consentimiento de la persona deudora y dos o más acreedores que en conjunto representan más de un 50% del pasivo reconocido, de manera que dicho tránsito de una circunstancia social a otra por medio de un acuerdo de ejecución, genera perdedores, que en el caso en concreto, serán los acreedores minoritarios, es decir, aquellos que representen un porcentaje menor al 50% del pasivo reconocido. Evidentemente, en la audiencia señalada se configuran ganadores y perdedores por medio del acuerdo de ejecución, sin embargo para la persona deudora es una “derrota menos dolorosa”. Cabe señalar que en las eventuales propuestas de vías alternativas de realización de bienes de la persona deudora, se puede configurar la eficiencia del criterio de Kaldor-Hicks, siempre y cuando signifique una mejora a las ideas planteadas por la Superintendencia, la persona deudora y la mayoría de los acreedores con derecho a voto.

En relación al criterio de eficiencia de Posner, un acuerdo de ejecución puede ser eficiente en virtud de su contenido, en función a la realización de los bienes del deudor. Recordar que Posner indica que habrá eficiencia cuando existe predisposición para pagar por la asignación de derechos, en este sentido, un acuerdo de ejecución puede pactar formas de ventas de bienes del deudor que aumenten el valor que hipotéticamente resulte de una subasta pública o venta al martillo por medio de las normas establecidas en el juicio ejecutivo o en el Procedimiento Concursal de Liquidación Forzosa. De esta manera, dicho acuerdo de ejecución

sería eficiente en términos de Posner, ya que de una situación en que los agentes se predisponen a pagar por los derechos por una suma determinada, se puede aumentar dicho valor si es que la persona deudora y los acreedores celebran un acuerdo con disposiciones diferentes. Por ejemplo, una subasta pública de bienes raíces a través de un juicio ejecutivo se realiza en la generalidad de los casos con las características de una subasta inglesa, sin embargo por medio de un acuerdo de ejecución se puede realizar una subasta de bienes raíces con las características de una subasta holandesa, de oferta sellada o de Vickrey, las cuales pueden obtener un resultado más favorable para la venta de bienes raíces del deudor (y permite atender de mejor manera a los perfiles de riesgo de cada acreedor), de modo que dicho acuerdo de ejecución mejoraría la tasa de recuperación de los créditos impagos. En consecuencia, es posible que un acuerdo de ejecución sea eficiente según el criterio de Posner, siempre y cuando las disposiciones del pacto logren comprender las distintas predisposiciones de quienes participan en las subastas.

CAPÍTULO IV: Conclusiones y críticas

Una vez analizado el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora a la luz de los criterios de eficiencia del Análisis Económico del Derecho, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

La nueva normativa concursal ha incorporado la racionalidad económica como herramienta legislativa. La Ley 20.720 se ha inspirado en principios tales como el incentivo al emprendimiento y reemprendimiento, voluntariedad, transparencia, bilateralidad de audiencia, intermediación, justicia especializada, economía procesal, celeridad, y colaboración, que indudablemente constatan la influencia de la economía en materias concursales. Es decir, la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento es posible analizarla por medio de los criterios de eficiencia del Análisis Económico del Derecho.

El Análisis Económico del Derecho ha entregado los criterios de eficiencia de Ronald Coase, Wilfredo Pareto, Kaldor-Hicks y de Richard Posner, precedentemente explicados en el capítulo I del presente trabajo. A su vez, el Procedimiento Concursal Renegociación de la persona deudora está compuesto de las siguientes etapas: solicitud de inicio del procedimiento,

resolución de admisibilidad, notificación a los acreedores reconocidos en solicitud de inicio por medio del Boletín Concursal como vía correo electrónico, protección financiera concursal, citación a audiencia de determinación del pasivo, audiencia de determinación del pasivo, audiencia de renegociación y eventualmente una audiencia de ejecución. Lo anterior dicho se enuncia sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 260 y siguientes de la Ley 20.720 (materia de estudio del capítulo 2 de este trabajo).

Respecto al análisis de eficiencia en cuestiones previas a procedimiento, la persona deudora debe constatar su situación de viabilidad para saber si es eficiente o no iniciar un Procedimiento Concursal de Renegociación. Este procedimiento será ineficiente en el caso que liquidar a través del Procedimiento Concursal de Liquidación o bien un juicio ejecutivo sea menos costoso que las utilidades que posea la persona deudora. Por otra lado, será eficiente para las personas deudoras que tienen problemas de liquidez, ya que el acuerdo de renegociación podrá entonces cambiar las condiciones, plazos y modalidades de pago fijadas entre acreedores y la persona deudora, teniendo más opciones para cumplir sus obligaciones. En términos de Kaldor-Hicks, para los acreedores se presentará una situación de eficiencia de la elección realizada, si tal decisión atiende a una adecuada satisfacción del crédito de tales sujetos. Si existe una ejecución individual o colectiva, habrá además eficiencia según Posner, pues se observa que las reglas de subastas permiten el ejercicio de predisposiciones para pagar por los derechos que se poseen en el mercado, generando un mayor producto en la ejecución de los bienes de la persona deudora en virtud de las reglas de subasta que se establezcan, produciendo beneficios para los acreedores.

Respecto a los costos tanto directos como indirectos del procedimiento concursal en cuestiones previas al procedimiento tales como la gratuidad del mismo, la falta de obligatoriedad de asistencia letrada, presencia de la Superintendencia y demás circunstancias analizadas en este trabajo, se concluye que no se puede hablar de una eficiencia de reducción de los costos en virtud del criterio de minimización de costos de Coase, pues se presenta una relación inversa entre los aumentos de costos por existencia e implementación de Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento y la disminución de costos privados por no exigencia de asistencia letrada de un abogado con un incremento correlativo de los costos del error en ambos casos. En este sentido, para que existiera una eficiencia en los términos de Coase tendrían que implementarse una normativa que minimice la totalidad de los costos.

En cuanto al inicio del procedimiento, se puede decir que de acuerdo al criterio de eficiencia de Coase, existe una eficiencia al reducir los costos de transacción de ambas partes al ser este un procedimiento gratuito que se tramita a través de internet, plataforma electrónica de general acceso al público. Por otra parte, la normativa pierde una oportunidad para ser eficiente en la minimización de costos al no especificar la forma en que deben ser entregadas las declaraciones juradas junto con la solicitud del procedimiento, pues la ley sólo establece que los documentos deben respaldados por una declaración jurada ante algún ministro de fe.

Respecto a la resolución de admisibilidad del procedimiento, la ley resulta ineficiente para la parte acreedora en la medida de que esta tiene la carga de notificarse a través del Boletín Concursal, lo que podrá hacer sólo si previamente la persona deudora ha aportado con los datos de contacto electrónico del acreedor en la solicitud del procedimiento. De no ser así, el acreedor podrá objetar la solicitud sólo hasta tres días antes de la fecha que fije la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento para la realización de la audiencia de determinación del pasivo, lo que aumentaría sus costos de transacción.

De acuerdo al superior paretiano y el óptimo de Pareto en el inicio del procedimiento, el primero no logra alcanzarse en la medida de que es imposible que la totalidad de la comunidad opte por este procedimiento, a pesar que según las estadísticas cada año se presenta un aumento. Respecto al óptimo de Pareto, el inicio del procedimiento se aleja completamente de este en la medida de que los beneficios para la persona deudora se logran en perjuicio de los acreedores. En los términos de eficiencia de Kaldor- Hicks, se puede identificar que tras la resolución que declara admisible la solicitud del inicio del procedimiento y la observación de los efectos de dicha resolución, la cual significa distintos beneficios y perjuicios para las partes, la persona deudora es quien se encuentra en una posición ganadora mayoritariamente, existiendo además mecanismos que potencialmente pueden compensar a los acreedores, por lo que la norma sería eficiente.

Respecto a la audiencia de determinación del pasivo, a la luz del criterio de minimización de costos de Coase, la existencia de dicha audiencia es totalmente innecesaria, ya que por medio del examen de admisibilidad de la solicitud de ingreso al procedimiento se realiza un primer estudio de la determinación del pasivo del deudor, es decir, este segundo examen de determinación del pasivo aumenta los costos de administración, los cuales perfectamente pueden ser disminuidos por medio de un mayor control de admisibilidad, sin la

necesidad de una audiencia que genera mayores costos de transacción y procedimentales. Incluso, se podría minimizar dicho costo administrativo por medio de la concentración de las audiencias de determinación del pasivo con la de renegociación o ejecución según el caso en concreto. La audiencia de determinación del pasivo a la luz del criterio de eficiencia superior y óptimo de Pareto, es ineficiente en la mayoría de los casos, ya que en aproximadamente un 98% de los casos existe acuerdo, por lo tanto no hay unanimidad en todos los casos. Sin embargo, la audiencia de determinación del pasivo puede llegar a encontrar una decisión de eficiencia de óptimo de Pareto, cuando se pueda conseguir una mejora para alguien, sin que al menos una persona, sufra un perjuicio.

En relación al criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks, la audiencia de determinación del pasivo es eficiente en términos de Kaldor-Hicks, ya que tanto persona deudora como acreedores transitan de una situación social a otra, en función a la defensa de sus créditos e intereses, generando inevitablemente ganadores como perdedores por medio de un acuerdo o no. Sobre el criterio de eficiencia de Richard Posner, no encontramos una circunstancia en que se pueda predisponer a pagar por los derechos de la persona deudora ni de los acreedores, por lo tanto, no es posible analizar la audiencia, ya que es inaplicable respecto a sus postulados.

Respecto de la audiencia de renegociación, en términos del criterio de minimización de costos de Ronald Coase, es eficiente actualmente en relación a los costos de administración de justicia y costos de error, ya que cualquier disminución hipotética de dichos factores generaría un perjuicio a la celebración de un acuerdo de renegociación, por lo tanto atacaría la esencia del procedimiento de la persona deudora. Sobre los criterios de eficiencia superior y óptima de Pareto, es posible constatar dichas eficiencias, siempre y cuando exista unanimidad respecto a la celebración de un acuerdo de renegociación entre el deudor y los acreedores, sin embargo en la mayoría de los casos no habrá eficiencia porque existen distintos intereses por parte de los acreedores valistas, garantizados, mayoritarios o minoritarios, que difícilmente encuentren un punto de encuentro y de colaboración.

Por otro lado, la eficiencia del criterio Kaldor-Hicks se logra cuando el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora es utilizado como medida de mitigación a una posible ejecución o para ejecutar de la manera menos gravosa al deudor, como también en el caso que se establezca un acuerdo de renegociación con el consentimiento de la persona deudora y dos o más acreedores que representen más del 50% del pasivo total reconocido,

pero sin la voluntad de los acreedores minoritarios. En el primer caso, la persona deudora y los acreedores mayoritarios que voten a favor del acuerdo de renegociación se establecerán como ganadores, ya que transitan de una situación social de incertidumbre a otra en que los acreedores tienen sus créditos asegurados en mayor medida y en que el deudor viable tiene tiempo para recuperar su liquidez, otorgando respiros financieros a este último. Por otro lado, los acreedores minoritarios que votan en contra del acuerdo de renegociación, serán los perdedores, porque serán exigibles para ellos los términos del acuerdo de renegociación, a pesar de su voluntad.

En el segundo caso, el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora será un mecanismo de dilación a una futura ejecución, ya que nos encontramos con un deudor que no puede cumplir sus obligaciones, estableciendo como ganador al deudor inviable, porque cumple con su propósito de retrasar una futura ejecución, mientras que los acreedores se configuran como perdedores, ya que se extiende el periodo de espera para la recuperación de sus créditos, teniendo solamente como expectativa el resultado de la futura audiencia de ejecución; y en el último caso, el acuerdo de renegociación es eficiente cuando la persona deudora y dos o más acreedores que en conjunto representen más del 50% del pasivo reconocido lleguen a un acuerdo de renegociación, en contra de la voluntad de los acreedores que representen menos del 50% del pasivo reconocido, ya que el deudor y los acreedores mayoritarios transitan de una situación social a otra, estableciendo a los acreedores minoritarios como perjudicados, porque el acuerdo de renegociación suscrito por el deudor y los acreedores mayoritarios será exigible para los acreedores minoritarios, a pesar de haber votado en contra del acuerdo, configurando una eficiencia social con prescindencia del “bando perdedor”. Sobre el criterio de eficiencia de Posner, en la audiencia de renegociación no se encontró una circunstancia en que se pueda predisponer a pagar por los derechos de la persona deudora ni de los acreedores, ya que en dicha audiencia lisa y llanamente se negocia respecto a créditos insolutos existentes entre la persona deudora y los acreedores.

En relación a la audiencia de ejecución a la luz del criterio de minimización de costos de Coase, resulta eficiente debido a que los costos aparejados a la audiencia de ejecución se encuentran justificados a raíz de la búsqueda de la realización de los bienes del deudor, ya que cualquier disminución hipotética de aquellos costos, haría preferible a otros procedimientos de ejecución existentes en el ordenamiento jurídico. Respecto al criterio superior y óptimo de

Pareto no habrá eficiencia en la mayoría de los casos, ya que las estadísticas estudiadas en este trabajo han indicado que hay poca probabilidad de concebir un acuerdo de ejecución, y en menor medida con unanimidad de las partes.

En relación al criterio de Kaldor-Hicks, se logra eficiencia en la audiencia de ejecución cuando la persona deudora inicia el procedimiento como medida de mitigación a una posible ejecución o para ser ejecutado de una manera menos gravosa, como también en el caso que se establezca un acuerdo de ejecución sin el consentimiento de los acreedores minoritarios, ya que el deudor busca no someterse estrictamente a la normativa prescrita del juicio ejecutivo, pudiendo optar por formas, modos y circunstancias especiales para la realización de sus bienes, transitando de una situación social a otra. Además, cuando se establece un acuerdo por medio del consentimiento de la persona deudora y dos o más acreedores mayoritarios, habrá eficiencia ya que el tránsito de una circunstancia social a otra por medio de un acuerdo de ejecución, establece a los acreedores mayoritarios como ganadores, mientras que los minoritarios serán perdedores. En relación al criterio de eficiencia de Posner, un acuerdo de ejecución puede ser eficiente en virtud de su contenido, vale decir que si se pactan formas de ventas de bienes del deudor que aumenten el valor que hipotéticamente resulte de una subasta pública o venta al martillo, mejorando la tasa de recuperación de los créditos impagos.

Por tanto, el Procedimiento Concursal de Renegociación de la persona deudora es eficiente en la mayoría de los casos si se aplican los criterios de Coase, Kaldor Hicks y Posner, debido a que la relación de costos del procedimiento, los beneficios de los tránsitos sociales y el aumento de la predisposición a pagar por los derechos, están afianzados en la Ley 20.720 de Insolvencia y Reemprendimiento, como en sus principios.

Sin embargo, la audiencia de determinación del pasivo es una etapa procedimental que sigue siendo perfectible, ya que genera más costos que utilidades al procedimiento concursal, según lo planteado precedentemente en este trabajo. Además, el criterio de eficiencia superior y óptimo paretiano logra poca aplicación, ya que la unanimidad es una situación difícilmente aplicable en materias concursales, debido a que los intereses de las partes son diversos, a pesar de que generalmente exista un ánimo de colaboración.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

- 1.- BENTHAN, Jeremy. An Introducción to the Principles of Morals and Legislation. Batoche Books. Kitchener, 2000.
- 2.- CARRASCO DELGADO, Nicolás. Análisis Económico del Derecho de la tutela cautelar: Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile. Santiago, 2011.
- 3.- CARRASCO DELGADO, Nicolás. El óptimo de justicia procesal concursal en la subastas electrónicas ¿Como podemos obtener una mayor tasa de recuperación en los procesos concursales?. V Congreso Fodertics, España, Universidad de Salamanca, 2016.
- 4.- COASE, Ronald. El problema del costo social. Revista de Estudios Públicos. Santiago, 1992.
- 5.- CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristian. Procedimientos Concursales: Ley de Insolvencia y Reemprendimiento Ley N°20.720. Santiago, Legal Publishing; Thomson Reuters, 2015.
- 6.- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México DF, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- 7.- EPICURO. Máximas Capitales. D. L., X, 35. En: GARCÍA GUAL, Carlos. Sobre la Felicidad. Madrid, Editorial Debate, 2000.
- 8.- HIGHTON, ELENA I. y STELLA ÁLVAREZ, Gladys. Mediación para resolver conflictos. Ad-Hoc, 1995.

9.- MONTENEGRO ARANEDA, Josefina. Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento. Entrevista disponible en *Red de Negocios Sustentables Emprendo Verde*, www.emprendoverde.cl, consulta mayo de 2014.

10.- PEÑA ESCOBAR, José Felipe. Teoría General del Proceso. Los Principios procesales. Departamento de Derecho Privado y Procesal, Universidad de El Salvador.

11.- POSNER, Richard A. Análisis Económico del Derecho. 1a. ed. en español. México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

12.- PUGA VIAL, Juan. Derecho Concursal: Del Procedimiento Concursal de Liquidación. Santiago, Cuarta edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

13.- SANDOVAL, Ricardo, Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal, Santiago, Editorial Jurídica, 2014.

14.- SCHAFER, Hans-Bernd y OTT, Claus. Manual de Análisis Económico del Derecho Civil. Madrid, Editorial Tecnos, 1991.

15.- SMITH, Adam. Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones. México DF, Fondo de Cultura Económica, 2005.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS:

1.- AGUIRREZABAL, Maite, Manifestaciones del principio de colaboración en el nuevo Procedimiento Concursal de Renegociación, en Eduardo Jequier (editor): Estudios de Derecho Concursal. La Ley 20720, a un año de su vigencia, Santiago, Thomson Reuters, 2016.

2.- BONILLA, C., y GUTIERREZ, E., Costos Directos en las Quiebras. El caso chileno, en Capiv Review, vol. 5, 2007.

3.- BONILLA.; C., FISCHER, R.; LUDERS, R.; MERY, R., y TAGLE, J., Análisis y Recomendaciones para una reforma de la ley de quiebras, en Documentos de Trabajo del Centro de Economía Aplicada del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, núm. 191, 2004.

4.- BRANCH B., The Cost of bankruptcy: A review, *International Review of Financial Analysis*, Tomo 11 N°1, 2002.

5.- CARRASCO DELGADO, Nicolás. La eficiencia procesal y el debido proceso. *en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n °32, enero-junio 2017.

6.- CARRASCO DELGADO, Nicolás, La comparación interpersonal y el Derecho procesal civil, *en Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24 N° 2, 2017.

7.- KALDOR-HICKS. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *Economic Journal*. Vol: 49. N° 549. 1939.

7.- CARRASCO DELGADO, Nicolás. El Análisis Económico del Derecho como herramienta procesal en la sociedad post-crisis, en Ana Maria Neira (Dir.) y Federico Bueno de Mata y Julio Pérez (Coords.): *Los desafíos de la justicia en la era post crisis*: Barcelona-Editorial Atelier, 2016.

8.- PÉREZ-RAGONE, Álvaro, La progresiva humanización de los procesos de insolvencia de personas, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 41, 2013.

9.- POSNER, Richard A. Some uses and Abuses of Economics in Law. *The University of Chicago Law Review*. Vol. 46. N ° 2.

10.- ROE., M., Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization, *en Columbia Law Review*, vol. 83, 1983.

FUENTES DOCUMENTALES:

- 1.- Código de Procedimiento Civil de la República de Chile.
- 2.- Constitución Política de la República de Chile.
- 3.- Decreto N° 2477. Ordenanza Municipal de Protección del Medio Ambiente para la Comuna de Maipú Art. N° 40 Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 25 de junio de 2003.
- 4.- Historia de la Ley 20.720.
- 5.- Ley 20.270. SUSTITUYE EL RÉGIMEN CONCURSAL VIGENTE POR UNA LEY DE REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN DE EMPRESAS Y PERSONAS, Y PERFECCIONA EL ROL DE LA SUPERINTENDENCIA DEL RAMO. Art. N° 2 n°25 .Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de enero de 2014 Ley 20.720 de 2014.

FUENTES INFORMÁTICAS:

- 1.- <http://www.superir.gob.cl>