



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

RESGUARDO DE LOS ACREEDORES EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

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

GONZALO RAFAEL SANTELICES GREVE.

Profesor Guía: Patricio Ricardo Jamarne Banduc.

Santiago, Chile, 2021

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	4
TABLA DE ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I: OBJETIVOS DEL CONCURSO	9
1. DAR SEGURIDAD EN EL MERCADO PARA PROMOVER LA ESTABILIDAD Y EL CRECIMIENTO ECONÓMICO.....	9
2. OBTENER EL MÁXIMO VALOR POSIBLE DE LOS BIENES.....	9
3. PRINCIPIO PAR CONDITIO CREDITORUM.....	9
4. LOGRAR UNA SOLUCIÓN OPORTUNA, EFICIENTE E IMPARCIAL DE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA	10
5. RECONOCER LOS DERECHOS EXISTENTES DE LOS ACREEDORES Y REGLAS CLARAS PARA DETERMINAR EL GRADO DE PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS	11
CAPÍTULO II: APERTURA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN	12
1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS.....	12
1.1 Sujeto activo:.....	12
1.2 Sujeto pasivo:	12
1.3 Exclusiones:	13
2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS.....	22
2.1 Procedimiento voluntario:	22
2.2 Procedimiento forzoso:	24
3. ACTITUDES DEL DEUDOR:	25
3.1 Pago:.....	25
3.2 Allanarse:	26
3.3 Acogerse expresamente al Procedimiento Concursal de Reorganización:.....	26
3.4 Oponerse:	26
3.5 Rebeldía:	28
CAPÍTULO III: RESOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN	29
1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR:	29
1.1 Desasimiento del deudor:	29
1.2 Efecto relativo a las acciones:	29
1.3 Deber de colaboración:.....	30
1.4 Subsistencia de la persona jurídica:.....	30
2. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES:.....	30
2.1 Efecto sobre las ejecuciones individuales:	31

2.2	Efectos sobre los juicios en curso:	32
2.3	Efectos sobre lo créditos en particular:	33
3.	EFFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS EN CURSO	38
3.1	Regla General:.....	38
3.2	Excepciones:.....	39
	CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DEL PASIVO Y DEL ACTIVO	42
1.	DETERMINACIÓN DEL ACTIVO:	42
1.1	Mecanismos:	42
1.2	Inexistencia o insuficiencia de bienes en la incautación:	44
1.3	Acciones de separación de bienes:	45
2.	DETERMINACIÓN DEL PASIVO	47
2.1	Etapas de verificación:.....	47
3.	REALIZACIÓN DE LOS BIENES	57
3.1	Formas de Realización:	57
	CAPÍTULO V: PAGO A LOS ACREEDORES	66
1.	GRADUACIÓN:	66
1.1	Prelación de Créditos:	66
2.	PAGO A LOS ACREEDORES	76
2.1	Pagos administrativos:.....	76
2.2	Reparto de Fondos:.....	78
	CAPÍTULO VI: RESOLUCIÓN DE TÉRMINO	83
1.	CONCEPTO Y NATURALEZA:	83
2.	EFFECTOS:	84
2.1	Recuperación del deudor de la administración de sus bienes:	84
2.2	Rehabilitación del deudor:	85
2.3	Extinción de los Saldos Insolutos:	86
	CONCLUSIONES	93
	BIBLIOGRAFÍA	95

RESUMEN

Para nadie debiese ser un asunto controvertido, la comprensión del procedimiento concursal de liquidación como un mecanismo de ejecución colectiva, cuya finalidad principal es tutelar al conjunto de acreedores de aquel deudor inviable, con el objetivo de lograr que cada uno de ellos pueda ver satisfecho su interés particular, consistente en maximizar la recuperación de sus créditos. Por lo mismo, dicho procedimiento y cada una de las disposiciones que lo rigen, ineludiblemente debiesen propender a la consecución de tal propósito.

Sin embargo, los antecedentes de nuestra actual normativa, parecieran decirnos que las razones que motivaron su dictación, no fueron precisamente la corrección de las eventuales deficiencias del régimen anterior con relación al objetivo antedicho. Sino más bien, la búsqueda de una legislación más moderna que no significara – como venía siendo hasta entonces – en un procedimiento excesivamente gravoso para el deudor sometido al mismo.

Si bien coincidimos en la necesidad de un procedimiento concursal acorde a los tiempos, especialmente cuando el emprendimiento – y el reemprendimiento – juegan un papel relevante en nuestra economía, sí nos surge al respecto la interrogante sobre si el legislador, en su intento de otorgar una debida protección a quién históricamente venía siendo olvidado en las anteriores legislaciones, terminó despreocupándose de lograr el adecuado resguardo de los intereses de los acreedores, que no olvidemos sigue – y seguirá siendo – el fin por esencia de todo procedimiento de liquidación concursal.

Para esclarecer esta duda, la siguiente memoria buscará analizar cada una de sus etapas, de inicio a término, desde una perspectiva en particular: la de los acreedores. Por consiguiente, mientras se avanza en la exposición de sus fases, se pondrá énfasis en las principales deficiencias, indeterminaciones y/o lagunas que vayamos descubriendo – sí es que las hay – , que afecten estos intereses, y de esa manera acercarnos a una respuesta.

TABLA DE ABREVIATURAS

LC:	Ley Concursal; Ley N° 20.720
UNCITRAL:	United Nations Commissions on International Trade Law
CNUDMI:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
PCL:	Procedimiento Concursal de Liquidación
PCR:	Procedimiento Concursal de Reorganización
CPR:	Constitución Política de la República
LQ:	Ley de Quiebras; Ley N° 18.175
CC:	Código Civil
SIR:	Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento
NCI:	Nómina de Créditos Impugnados
CPC:	Código de Procedimiento Civil
UF:	Unidad de Fomento
RL:	Resolución de Liquidación

INTRODUCCIÓN

Las frases: “*Nuestro gobierno no sólo respeta la libertad económica, sino que quiere fomentar el emprendimiento como motor de la economía nacional*”¹; “*debe hacerse cargo de las empresas que en algunos momentos dejan de ser viables, permitiendo que el emprendedor pueda rápidamente iniciar nuevos negocios*”²; y “*Es también deber del Estado entregar las herramientas idóneas para asegurar que aquellos emprendimientos que simplemente carezcan de la entidad necesaria para perseverar puedan ser liquidados en breve tiempo, estimulando el resurgimiento del emprendedor*”³; son sólo algunas de las que es posible encontrar en el mensaje presidencial, con el cual se daba inicio a la tramitación del proyecto de ley, que a la postre terminaría por convertirse en nuestra actual Ley N° 20.720 por allá por el año 2012.

La inclusión de este tipo de proposiciones no debe interpretarse como algo baladí, sino más bien lo contrario, ya que como nos señala Núñez Vaquero, el Mensaje de una ley es “*aquel texto en que se hace mención a las razones que han llevado al Presidente a presentar el proyecto de ley*”⁴.

A mayor abundamiento, si uno realiza un simple ejercicio de conteo de todas las veces en que se mencionan las palabras “acreedor” y “deudor” en el mencionado mensaje, nos daremos cuenta – aunque sin la intención de sacar ninguna conclusión apresurada – que al menos en este aspecto, existe un desbalance en el número de veces que se alude al término “acreedor” (seis) frente a las referencias hechas a la palabra “deudor” – o su sinónimo para estos efectos: “emprendedor” – al ser las menciones a estos últimos, el doble en cantidad (doce).

Es por ello, que no resulta difícil advertir que nuestra actual legislación concursal tuvo, entre una de sus justificaciones, el dotar al deudor de un mecanismo concursal que no implicara un proceso excesivamente gravoso que inhiba al emprendedor de volver a intentarlo, lo que da cuenta, que más que sólo una legislación concursal propiamente tal, lo que se buscó fue generar un instrumento de política económica que compatibilizara los fines propios de un procedimiento concursal – resguardar los intereses de los acreedores de aquel deudor insolvente – con la idea de establecer un régimen

¹ Historia de la Ley N° 20.720. p.6.

² Historia de la Ley N° 20.720. p.6.

³ Historia de la Ley N° 20.720. p.7.

⁴ (Núñez Vaquero, 2016. p. 148)

concurstal eficiente y acotado en el tiempo, que no reprima al comerciante fallido a seguir incurriendo en nuevos negocios, en razón de lo importante que es el emprendimiento en la economía nacional.

Los profesores Araya y Bofill, analizando el proyecto de la actual ley concursal, lograron acertadamente desprender y enumerar con gran detalle, cuáles eran sus objetivos:

“(i) el reconocimiento de que contamos con una regulación anacrónica , que hace necesaria una legislación que permita al emprendedor iniciar rápidamente nuevos negocios, sin que el proyecto fallido signifique un lastre que le impida volver a ponerse de pie, lo que redundaría en nuevos procedimientos, más ágiles y eficientes; (ii) la intención explícita de apoyar a los emprendedores del país, otorgándoles herramientas que les facilite desprenderse de un proyecto fallido, permitiendo a los acreedores recuperar todo o parte de sus acreencias, y así poder iniciar uno nuevo que pueda ser exitoso; (iii) la declaración consistente en que la nueva legislación se basa en fomentar la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra (...) y solo en segundo lugar, entregar las herramientas idóneas para asegurar que aquellos emprendimientos que simplemente carezcan de la entidad necesaria para perseverar puedan ser liquidados en breve tiempo (...); (iv) la incorporación de un régimen especial aplicable a las personas naturales que se encuentran en incapacidad de responder a sus obligaciones financieras (...); (v) la intención declarada de corregir el sistema secundario de Chile en el plano internacional, tanto respecto de sus pares de la OCDE como de los vecinos de la región, en lo que refiere a legislación concursal”⁵.

Importante es hacer hincapié desde ya, en que no consideramos que la consagración de un régimen concursal moderno, más amigable con el deudor, en los sentidos antes esbozados, sea *per se* un aspecto criticable de nuestra actual legislación – es más, lo valoramos como un objetivo loable –. Para nosotros, es evidente que el régimen concursal ideal no debiese estar estrictamente limitado a conseguir el máximo resguardo de los acreedores, a toda costa, sino que se debe perseguir dicho objetivo preocupándose de otorgar la debida protección de los demás intereses en juego.

Opinión que es compartida por parte importante de nuestra doctrina, de hecho, así es posible desprenderlo de la definición que nos entrega Ricardo Sandoval del “Derecho Concursal” como: *“El conjunto de normas que regula la cesación de pagos velando por el tratamiento igualitario de los*

⁵ (Araya y Bofill, 2013. p. 281-282)

acreedores, por los legítimos derechos y por los intereses de la comunidad, a través de su triple contenido, sustantivo, procesal y penal”⁶.

Sin embargo, sí creemos que podría llegar a ser de dudosa virtuosidad, una legislación concursal que por tender a fines ajenos a los que su esencia le mandata, deje de lado – o que lo haga de forma deficiente – el propósito por el cual fue concebido, que es servir como un mecanismo de ejecución colectiva de un deudor insolvente, que permita aunar los intereses de cada acreedor en particular y así maximizar el pago de sus respectivos créditos.

En tal sentido, sostiene Puga: *“Un sistema concursal no debe centrarse en el deudor porque si bien puede traer beneficios para empresas en crisis, perjudica en general a todas las empresas que viven permanentemente del crédito”⁷.*

Es por todo lo dicho hasta ahora, que en los siguientes capítulos, se analizarán las distintas etapas procedimentales de la liquidación concursal, en búsqueda de eventuales deficiencias en lo que refiere al resguardo de los acreedores, como también indeterminaciones y/o vacíos que puedan igualmente afectarles, para qué el resultando que obtengamos de dicho examen, nos permita determinar si nuestra normativa concursal sufre del defecto arriba indicado.

Finalmente, y antes de continuar con el desarrollo de esta memoria, es menester hacer una prevención con respecto a los acápites que siguen, y es que si bien este trabajo no distingue entre el procedimiento concursal de liquidación de una Empresa Deudora como de la Persona Deudora, y por lo tanto, se examinaran las eventuales problemáticas que tengan relación con los acreedores en ambos tipos de procedimientos, la mayoría del análisis estará centrado en el procedimiento atingente a la empresa, en atención a que en la práctica es el más común, y que salvo en cuestiones muy puntuales, su tratamiento es bastante similar.

⁶ (Sandoval, 2007. p. 13)

⁷ (Puga, 2014. p. 147)

CAPÍTULO I: OBJETIVOS DEL CONCURSO

En este primer Capítulo, se busca exponer cuales serían los principales objetivos que debiese perseguir todo procedimiento concursal, según lo señalado por la Guía Legislativa Sobre el Régimen de la Insolvencia de la UNCITRAL/CNUDMI, y con ello, hacernos una idea de lo que sería un procedimiento ideal de este tipo.

1. DAR SEGURIDAD EN EL MERCADO PARA PROMOVER LA ESTABILIDAD Y EL CRECIMIENTO ECONÓMICO

El primero de los objetivos que plantea esta Guía, es que todo régimen de insolvencia debiese tener como finalidad buscar aumentar la seguridad en el mercado y promover la estabilidad y crecimiento económico⁸.

Este objetivo según expresa Puga, refiere a que debe propender a establecer *“un sistema que se cuide de promover certidumbre en el mercado, de forma que se integre como un elemento más del sistema crediticio que permita evaluar riesgos a acreedores nacionales e internacionales”*⁹.

Lo anterior resulta ser un aspecto muy relevante, puesto que un escenario de incertidumbre en el mercado crediticio, va a afectar la predictibilidad de los riesgos por parte de los oferentes de crédito, lo que producirá como consecuencia, que los créditos se encarezcan fruto justamente de la dificultad de evaluar dicho riesgo, puesto que al ser la imprevisibilidad un riesgo en sí mismo, lleva a que la tasa de interés cobrada sea mayor.

El problema es que, como señala nuevamente Puga: *“En Chile, particularmente en la nueva ley pero también en las anteriores, se olvida este elemento crucial”*.

2. OBTENER EL MÁXIMO VALOR POSIBLE DE LOS BIENES

Este es otro de los fines que debe perseguir todo procedimiento concursal – y uno de los primeros que se nos viene a la cabeza cuando pensamos en aquel – , la razón es simple, del éxito de éste dependerá la maximización del pago a los acreedores del deudor.

3. PRINCIPIO PAR CONDITIO CREDITORUM

Un siguiente objetivo que señala esta guía es *“Tratar de manera equitativa a los acreedores que se encuentren en situaciones similares”*, que según la explicación que nos da la propia Guía, refiere a la

⁸ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. p.12

⁹ (Puga, 2014. p.147)

premisa que los acreedores con derechos similares deben ser tratados como iguales y percibir sus créditos según su rango relativo y las garantías que dispongan¹⁰.

Este objetivo o regla, en palabras de Puga : “*es lo que nosotros llamamos par conditio creditorum*”¹¹.

Conocida también como regla de igualdad de tratamiento de los acreedores, se suele entender como un principio general que rige al concurso, el cual admitiría excepciones siempre que sean contadas y justificadas, sin embargo, existen ciertos autores que consideran que dichas excepciones han terminado por corromper el principio *par conditio creditorum*¹².

Sin embargo, nosotros no coincidimos con la interpretación antes planteada, sino que compartimos lo expresado por Ruz sobre este principio: la regla *par conditio creditorum* desde sus orígenes romanos, siempre ha reconocido la existencia de créditos preferentes, por lo que sería impropio e injusto, pretender interpretarla como una igualdad entre créditos que no son iguales¹³.

El profesor Goldenberg, quien no coincide con la forma de entender esta regla como un principio que informa o tiene razón de informar los sistemas concursales, sino más bien como un nombre equívoco que se le da a la necesidad de coordinación de estos procedimientos¹⁴. De igual forma, nos señala respecto de quienes pregonan la distorsión de dicha regla por considerar que la *par conditio creditorum* trata de una igualdad formal donde todos los acreedores deben ser tratados sin distinción alguna, que “*este criterio no puede ser racionalmente sustentado ante la evidencia del ordenamiento jurídico que ofrece modelos de organización y clasificación de créditos*”¹⁵.

En cuanto a su consagración en nuestro ordenamiento concursal vigente, consideramos, al igual que Puga que “*nuestro sistema lo cuida bien*”¹⁶ pero no de forma absoluta, ya que en nuestra opinión existirían algunas disposiciones en la LC que contradecirían este principio, las cuales se detallarán más adelante en este trabajo.

4. LOGRAR UNA SOLUCIÓN OPORTUNA, EFICIENTE E IMPARCIAL DE LA SITUACIÓN DE INSOLVENCIA

Lo que se busca de todo procedimiento concursal es que sea ordenado, rápido y eficiente, con el fin de reducir el impacto en el deudor, pero al mismo tiempo, reducir al mínimo el costo del proceso¹⁷.

¹⁰ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. p.14

¹¹ (Puga, 2014. p. 148)

¹² (García Escobar, 2014. p. 25)

¹³ (Ruz, 2019. p. 72-73)

¹⁴ (Goldenberg, 2010. p.94)

¹⁵ (Ibíd. p. 79)

¹⁶ (Puga, 2014. p. 148)

¹⁷ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. p.14

A este respecto, Puga es de la opinión que: “*el nuevo régimen empeoró las cosas, porque muy preocupado por concentrar las actuaciones dentro del proceso concursal, mediante múltiples modificaciones del sistema antiguo, logra que el sistema concursal sea mucho menos oportuno.*”¹⁸

5. RECONOCER LOS DERECHOS EXISTENTES DE LOS ACREEDORES Y REGLAS CLARAS PARA DETERMINAR EL GRADO DE PRELACIÓN DE LOS CRÉDITOS

Finalmente creemos que este es otro de los objetivos más destacables propuestos por la Guía, y concordante con los ya expuestos, principio *par conditio creditorum* y la búsqueda de seguridad jurídica del mercado crediticio. Su virtud descansa en que de la correcta ejecución de este principio depende la facilidad de acceder a créditos, puesto que repercute positivamente en la previsibilidad del riesgo de incumplimiento de los prestamistas¹⁹.

En otras palabras, “*todo sistema concursal debe ser cuidado en que los concursos no alteren los derechos sustantivos de los acreedores y el eficiente resguardo del efectivo respecto de las preferencias legales*”²⁰.

¹⁸ (Puga, 2014. p. 149)

¹⁹ Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia. p.16

²⁰ (Puga, 2014. p. 149-150)

CAPÍTULO II: APERTURA DEL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

Habiendo expuesto, a grandes rasgos, los fines más relevantes que debiese perseguir todo procedimiento concursal, corresponde pasar ahora a examinar cada una de las etapas de nuestro PCL, para averiguar si se cumple con el adecuado resguardo de los intereses de los acreedores.

En este sentido, la etapa de apertura es una de las fases de mayor relevancia para el propósito de este trabajo, porque su examen nos permite rápidamente detectar eventuales deficiencias del proceso de liquidación. Debido a que no sólo determina como se puede dar inicio al mismo, sino que quienes pueden – y aún más importante, quienes no pueden – quedar afectados a este.

1. PRESUPUESTOS SUBJETIVOS

Los presupuestos subjetivos, como se infiere de la propia denominación, guardan relación con quienes pueden ser parte de un PCL, o dicho de otra manera, qué sujetos están legitimados para solicitar la apertura de un procedimiento concursal de liquidación, como también, quienes pueden quedar afectados a un procedimiento de este tipo.

1.1 Sujeto activo:

Sobre quienes pueden ser parte activa de un PCL, la LC hace una distinción entre el procedimiento voluntario y el forzoso. Se debe tener presente, que cuando hablamos del procedimiento voluntario, nos referimos a que es el mismo deudor quien solicita su apertura – cumpliendo con ciertos presupuestos objetivos de los cuales hablaremos más adelante – y en consecuencia, el deudor pasa a ser simultáneamente parte activa y pasiva de dicho procedimiento. En cambio, en el procedimiento forzoso, es un acreedor quien solicita el comienzo del PCL en contra del deudor, debiendo también cumplir con determinados requisitos fácticos.

1.2 Sujeto pasivo:

En lo relativo a la calidad de sujeto pasivo, una de las novedades que introdujo la LC fue generar un régimen especial para la persona natural. Por lo que actualmente, se distingue entre Empresa Deudora y Persona Deudora. Distinción que no ha estado exenta de algunas críticas, por ejemplo, Puga considera que es equívoca, ya que las empresas son también personas – solo que jurídicas –, y en consecuencia, la distinción correcta sería más bien entre empresas y consumidores²¹. Asimismo, otro usual defecto que se le ha hecho notar, es que en la propia definición legal de Empresa Deudora del artículo 2 N°13 LC se indica que esta es: “*toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y*

²¹ (Puga, 2014 p. 9). En el mismo sentido: (Caballero, 2018. p. 134)

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 renta”.

Como se advierte, de acuerdo a dicho artículo, una persona natural pero que emite boletas puede llegar a ser considerado empresa, lo que evidentemente sobrepasa el concepto natural y obvio de la misma. En cuanto al concepto de Persona Deudora, el mismo artículo en su numeral 25°, la define como: *“Toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora”*. O sea, se trata de una figura residual.

1.3 Exclusiones:

Además de coincidir con lo conveniente que sería que la distinción entre los potenciales sujetos pasivos de la liquidación fuese más precisa en términos conceptuales. Al examinar los conceptos antes esgrimidos de ambos tipos de Deudor, nos encontramos frente a la primera gran deficiencia – a nuestro entender – que tiene nuestra actual legislación concursal, y es que no abarca la totalidad de entidades y/o patrimonios capaces de contraer deudas con diferentes acreedores.

Por lo tanto, si se tiene en consideración, como se esbozó en la Introducción, que la justificación de este procedimiento, es precisamente la necesidad de establecer un mecanismo que, ante la inminente insolvencia de un hipotético deudor, permita coordinar a sus diferentes acreedores, con el fin de maximizar la posibilidad de pagos, o en otros términos, evitar que los efectos propios del famoso dilema planteado genialmente por Garret Hardin conocido como la *“tragedia de los comunes”*²² adquieran aplicación práctica²³.

El mantener al margen a posibles sujetos pasivos de estos mecanismos de coordinación, termina siendo perjudicial para los acreedores de estos deudores excluidos, puesto que sólo podrán buscar el pago de sus acreencias mediante las reglas generales del derecho de las obligaciones.

El problema de tales normas de derecho común, es que tienen como presupuesto la solvencia del deudor, por lo que frente a la – no inusual – circunstancia en que los activos del deudor se encuentren en una considerable menor proporción que el pasivo, sólo quedará que cada acreedor ejecute individualmente al deudor, pudiéndose pagar sólo aquellos que primero lo hagan.

²² (Hardin, G. 1968. p. 1244-1245) La Tragedia de los Comunes consiste en una explicación teórica del fenómeno en que frente a un recurso común limitado, si es que no se establece regulación alguna sobre su explotación, terminará por agotarse, dando lugar a efectos inconvenientes para quienes se benefician de dicho aprovechamiento. En esta analogía, el recurso común es el activo del deudor, común para todos sus acreedores.

²³ (Bermejo, 2004. p. 13)

1.1.1 Personas jurídicas de Derecho público:

De las definiciones de los sujetos pasivos del PCL, es posible desprender que entre los deudores no incluidos en este procedimiento, se encuentran las denominadas personas jurídicas de derecho público.

Conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 547 CC, se encontrarían dentro de esta categoría: *“La nación, el fisco, las municipalidades, las iglesias, las comunidades religiosas, y los establecimientos que se costean con los fondos del erario (...)”*.

En concordancia con lo hasta ahora dicho, Araya y Bofill lamentan que *“nuestro legislador perdió una valiosa oportunidad para tomar una posición clara respecto de la aplicabilidad del procedimiento concursal al Fisco, a las empresas fiscales y a las demás personas jurídicas de derecho público”*²⁴.

1.1.2 Empresas estatales:

La imposibilidad de someter a concurso a empresas estatales – o con participación estatal – ha sido un tema que ha generado discusión en la doctrina nacional. Especialmente, por que como bien señala Puga: *“Alrededor del fisco se han creado múltiples personas jurídicas autónomas con patrimonio propio, a veces para el desarrollo de un servicio público; a veces para el desarrollo de una actividad económica”*²⁵.

Es posible notar, que este autor en primer lugar, se está refiriendo principalmente a las municipalidades – cuya “concursabilidad” se analiza en la sección 1.1.3 de más abajo –, y luego alude a un conjunto de empresas estatales que realizan actividades económicas en la misma forma que lo harían si su propietario fuese un privado, en conformidad con lo establecido en el artículo 19 N°21 inciso segundo de la CPR²⁶. Por mencionar algunos ejemplos, se encontrarían en esta situación: Televisión Nacional de Chile, Codelco, Banco del Estado, etc. por lo que – según el académico – no existirían razones para su exclusión del régimen concursal²⁷.

Sobre las empresas en que existe participación estatal, o cuando se trate de empresas estatales con personalidad jurídica de derecho privado y patrimonio propio, que a su vez desarrollan actividades en un mercado en el cual compiten con empresas privadas, Puga es de la opinión que deben ser sujetas

²⁴ (Araya y Bofill, 2013. p. 301)

²⁵ (Puga, 2014. p. 241)

²⁶ (Ruiz-Tagle, 2016. p. 53), en igual sentido: (Vallejo y Pardow, 2008. p. 141)

²⁷ (Puga, 2014. p. 242)

al régimen general concursal, salvo que una ley expresamente las exceptúe, ya que según él, esta sería la solución que se extraería del art. 2 N° 13 de la Ley 20.720²⁸.

Si bien nos cuesta extraer de dicho artículo la conclusión arribada por este autor. Si coincidimos con él, en que la exclusión de este tipo de entidades del procedimiento concursal, sólo produce un efecto pernicioso para sus acreedores ante a una eventual problema de insolvencia de la empresa fiscal, debido a ello, es que no entendemos el porqué de su sustracción del ámbito concursal, especialmente si tomamos en cuenta, que en muchos ordenamientos jurídicos de la región, tales como Argentina²⁹ o Colombia³⁰ si se encuentra contemplada dicha posibilidad.

1.1.3 Municipalidades:

Tal como se anticipó, existen personas jurídicas estatales con patrimonio propio, cuya finalidad es desarrollar un servicio – o mejor dicho – una función pública. Nos referimos con esto, en particular, a las municipalidades. En este caso, a diferencia de las empresas estatales, podría ser mucho más discutible su concursabilidad, en razón justamente del importante labor que realizan. A pesar de lo anterior, hay algunos autores, como el mismo Puga, quien sostiene: *“aún para aquellas que sí son entidades que ejercen una actividad pública, como las municipalidades, el Banco Central, etc., no se entiende por qué deben ser excluidas de un régimen de concursabilidad, máxime, además, cuando hoy es cada día más aceptado que muchas funciones públicas las ejecuten empresas privadas bajo el régimen de asignación por concesión”*³¹.

Al anterior argumento, podría añadirse que actualmente existen ordenamientos en el derecho comparado que expresamente contemplan esa opción.

Sin embargo, antes de expresar cual sería nuestra postura en torno a concursabilidad de estas entidades, consideramos pertinente antes, bosquejar cómo funciona el procedimiento concursal municipal norteamericano – por ser el ordenamiento más conocido que contempla esta posibilidad – cuya regulación se encuentra contenida en Capítulo IX de su respectiva Legislación Concursal, denominada *“Bankruptcy Code”*, para así comprender su lógica, y analizar su eventual aplicabilidad en nuestro país.

Para ello, nos basaremos en un notable y muy claro trabajo realizado por los académicos estadounidenses Michael W. McConnel y Randal C. Picker, donde realizan una didáctica

²⁸ (Puga, 2014. p. 242)

²⁹ Art. 2 de Ley N°24.522 de Argentina

³⁰ Art. 1 Ley N° 550 de Colombia

³¹ (Puga, 2014. p. 242)

introducción conceptual a este procedimiento concursal especial. Buscando responder a naturales interrogantes que surgen al escuchar el concepto “Bancarrota municipal”, como son: ¿Qué pasa cuando una ciudad cae en bancarrota?; ¿se disuelve la corporación municipal?; ¿Los acreedores toman el control del Municipio y de sus bienes?; ¿pueden los acreedores obtener un derecho sobre la principal fuente de ingresos de la ciudad: los impuestos?³².

Lo primero que es posible desprender del artículo de dichos autores, es que este es un procedimiento concursal especial, es decir, no cabe dentro de los conceptos tradicionales de reorganización ni tampoco de liquidación concursal, dicho de otra manera, no consiste en la mera adición de un nuevo sujeto pasivo al que se le permite someterse a alguno de los procedimientos concursales destinado a empresas y/o consumidores, sino que, corresponde a un procedimiento específico, exclusivo para las municipalidades (ciudades) y cuyas características, más bien lo asemejan a un híbrido entre ambos procedimientos.

En lo que respecta a sus particularidades, se trata de un procedimiento exclusivamente voluntario, sólo las municipalidades pueden solicitar su inicio. Y los requisitos para poder dar inicio al mismo, son que el Deudor Municipal i) sea insolvente; ii) que haya efectuado un plan para lidiar con sus deudas; o que haya fallado en dicho intento. Vale prevenir, que estas exigencias, según los mismos autores, retrasa y desincentiva las solicitudes de bancarrota municipal, sirviendo de importante barrera de inicio a dicho procedimiento³³.

Otra característica importante, – y que la distingue de los demás procedimientos concursales – es que el grado de control que ejerce la Corte sobre el deudor es mínimo, el Capítulo IX dispone que el Tribunal de Bancarrota no puede interferir con los poderes políticos y gubernamentales; con las propiedades o ingresos del deudor; o el uso o goce de cualquier propiedad generadora de ingresos. Es decir: Se preserva el poder de las autoridades políticas de dichas municipalidades, de establecer sus prioridades de gasto doméstico, sin control o restricción de la Corte³⁴.

Es en base a lo expuesto, que consideramos que si se está realmente convencido de la necesidad de incorporar a este tipo de entidades en la lógica concursal, el camino optado por la legislación estadounidense debe ser la vía a seguir, es decir, se debe establecer un mecanismo concursal especial, diferente de los procedimientos de liquidación y reorganización tal como los conocemos, debido a que la entidad en insolvencia tiene una naturaleza totalmente distinta a cualquier ente privado, las municipalidades en Chile cumplen una función pública indispensable, tal como dispone el artículo 1°

³² (McConnel y Picker, 1993. p. 426)

³³ (Ibíd. p. 461)

³⁴ (Ibíd. p. 435)

de la Ley Orgánica de Municipalidades: “*La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad. Las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de las respectivas comunas*”.

Sin perjuicio de lo anterior, no deja de ser cierto, que el hecho de que en nuestro país una municipalidad pueda encontrarse en estado de insolvencia tampoco resulta algo inverosímil, al contrario, existen antecedentes en dicho sentido³⁵.

Es por estas razones, que discrepamos con Puga, de que la solución sea la incorporación de la municipalidad como sujeto pasivo de la liquidación concursal, en los mismos términos que lo haría una empresa privada, sino que más bien, la solución correcta, a nuestro entender, debería ser la consagración de un mecanismo especial que permita un efectivo equilibrio entre el imprescindible resguardo de los acreedores de dichas entidades, con el fundamental funcionamiento de estos organismos administrativos, misión que como vimos en el caso norteamericano, no resulta utópica.

Misma opinión comparte la profesora Matilde Carlón Ruiz, que analizando esta posibilidad para el ordenamiento español, nos afirma: “*La vocación de las Administraciones Públicas por la consecución del interés público, consagrada en el artículo 103 de la propia Constitución, justifica por sí misma la necesidad de proteger su integridad patrimonial. Además, el que la declaración de concurso pueda llevar aparejada la disolución, liquidación y extinción de la persona jurídica deudora (...) choca de forma radical con la naturaleza misma de las Administraciones Públicas*”³⁶.

1.1.4 Iglesias y comunidades religiosas:

Asimismo, consideramos que resulta conveniente revisar la exclusión de las personas jurídicas de derecho público del concurso, debido a un fenómeno que se ha venido dando en las últimas décadas en nuestro país, consistente en la masiva constitución de diferentes iglesias o comunidades religiosas, las que según el listado de entidades religiosas que lleva el Ministerio de Justicia han superado con creces el millar³⁷. Sumado a que estas “Iglesias” al igual que cualquier otra entidad privada, puede experimentar dificultades financieras que le impidan pagarles a sus acreedores³⁸.

³⁵ ORBE. Alcalde declaró en quiebra municipalidad de San Miguel. [en línea] El Mercurio Online en internet. 1 de mayo, 2001. < <https://www.emol.com/noticias/nacional/2001/05/01/53681/alcalde-declaro-en-quiebra-municipalidad-de-san-miguel.html> > [Consulta 8 de junio 2020]

³⁶ (Carlón Ruiz, 2004. p. 100-101)

³⁷ Datos obtenidos del Listado de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia <<http://entidades.minjusticia.cl:8080/entidad/inicio.action>> [consulta 9 de junio 2020]

³⁸ (Foohey, 2015. p. 1319)

Para analizar la concursabilidad de las entidades religiosas, nos remitiremos nuevamente a la doctrina estadounidense, puesto que son quienes más han realizado estudios respecto de la conveniencia de su inclusión como sujetos pasivos del régimen concursal.

En dicho sentido, el académico estadounidense David A. Skeel efectúa un particular análisis respecto a cómo deberían las iglesias y/o comunidades religiosas someterse al régimen concursal norteamericano, y aunque hace referencia al procedimiento de reorganización, consideramos igualmente relevante exponer algunos de los argumentos que justifican su postura.

En primer lugar, la discusión sobre la concursabilidad de las iglesias en los EE.UU adquirió relevancia en aquel país, principalmente debido a que en la década pasada existieron muchas solicitudes de reorganización por parte de diferentes Diócesis de la Iglesia Católica, a causa del impacto financiero producido por la gran cantidad de demandas relacionadas a acusaciones de abuso sexual infantil. Pero, el problema práctico que surgió fue que en el *Bankruptcy Code* la palabra “Iglesia” no se encontraba en ninguna parte. Lo que trajo aparejado importantes discusiones en torno a cómo abordar este fenómeno³⁹.

Skeel plantea que debiese hacerse una analogía con el procedimiento concursal de Bancarrota Municipal expuesto anteriormente, vinculándolos a que en ambos se darían ciertas tensiones que denomina: problemas de soberanía⁴⁰. Siendo tres las principales:

1) En primer lugar, se debe determinar qué entidad de la comunidad eclesiástica debe entenderse como dueña de las propiedades, si la misma diócesis, la parroquia o los feligreses locales. Problema que en ciertos casos, no es de fácil solución⁴¹.

2) Un segundo problema – y donde más claro queda que se trata de un problema de soberanía – tiene relación con el peligro– según el autor – de que la Bancarrota pueda interferir con la autonomía religiosa y de las propias iglesias, problema que no estaría presente en el *Chapter IX*, puesto que – como se advirtió en la sección 1.1.3 – este expresamente prohíbe a la Corte interferir en las facultades políticas y de gobernanza del deudor municipal. Agrega que el permitir dicha intromisión, atentaría con normas constitucionales (*First Amendment*) y con la Ley de Libertad Religiosa (*Religious Freedom Restoration Act*), especialmente porque el *Chapter XI* (Reorganización) permite a la Corte

³⁹ (Skeel, 2005. p. 346)

⁴⁰ (Ibíd.)

⁴¹ (Ibíd. p. 348-353)

designar un “trustee”, lo que implica que un privado se inmiscuya en la administración de las iglesias y escuelas, en vez de las autoridades eclesiásticas⁴².

3) Por último, una tercera problemática surgiría frente a un eventual rechazo de parte de los acreedores del plan de reorganización, ya que dicho rechazo podría llevar a la liquidación de la Iglesia (Capítulo VII del Código de Bancarrota)⁴³.

Sin embargo, la normativa norteamericana tiene una importante diferencia con nuestra legislación – destacable en nuestra opinión – y es que tratándose de entidades sin fines de lucro, se prohíbe, ante el rechazo del plan de reorganización, que dichas entidades pasen a someterse a un procedimiento de liquidación forzado. El problema es, que tampoco es posible, como si se contempla en la “Bancarrota Municipal” un mecanismo de “Cramdown” que permita llevar a adelante el plan de reorganización a pesar de que una clase de acreedores rechace dicho plan. Quedando en consecuencia, según Skeel, en una especie de limbo frente a esta eventual problemática⁴⁴.

Como es posible inferir, el tema respecto a la concursabilidad de las iglesias no es un asunto que se encuentre totalmente zanjado, ni siquiera en los Estados Unidos, algunos legítimamente podrán coincidir con la forma que propone Skeel – asimilarlas en razón de su importante función en la comunidad a una municipalidad, y por ende, que se sometan a un procedimiento concursal especial – otros, como es nuestro caso, podrán proponer que estas entidades tengan el mismo tratamiento que actualmente tienen otras personas jurídicas sin fines de lucro, las cuales si quedan contempladas dentro de la definición de Empresa Deudora del art. 2 N° 13 LC, pudiendo en consecuencia quedar sometidas indistintamente a los procedimientos concursales de liquidación como de reorganización.

Discrepamos de la visión del autor, de asimilarlas a una municipalidad, puesto que si bien pueden cumplir un rol importante, especialmente para quienes profesan dicha religión, no cumplen – en nuestra opinión – una función pública irremplazable, como si es el caso de las municipalidades.

Así se ha optado en otros países, como por ejemplo en Argentina, aunque igualmente han surgido críticas al tratamiento consagrado en país trasandino, por resultar notoriamente discriminatorio, ya que como Fernando Arlettaz nos indica: “*a diferencia de lo que sucede con la Iglesia Católica, los grupos religiosos no católicos si pueden ser sujetos de concurso preventivo y de quiebra (art. 2 ley 24522)*”⁴⁵.

⁴² (Skeel, 2005. p. 354-355)

⁴³ (Ibíd. p. 355-359)

⁴⁴ (Ibíd. p. 356)

⁴⁵ (Arlettaz, 2018. p. 212)

1.1.5 La comunidad hereditaria:

Otra exclusión presente en nuestra normativa concursal vigente, y que creemos no debiese existir, ya no tiene que ver con la calidad de persona jurídica de derecho público, sino que por no tener personalidad alguna, nos referimos a la comunidad hereditaria.

Esta exclusión resulta curiosa, especialmente si se tiene en consideración que nuestra legislación concursal anterior (en adelante LQ) si contemplaba dicha posibilidad, como lo confirman Araya y Bofill: *“El mismo Libro IV del Código de Comercio establece una excepción para el caso de las comunidades hereditarias, que si pueden ser objeto de este procedimiento, cumpliéndose con determinados requisitos”*⁴⁶. La LC en cambio, guarda silencio al respecto.

Además, son varios los ordenamientos jurídicos en el derecho comparado que contemplan la concursabilidad del patrimonio de una persona fallecida, sin ir más lejos, nuestra vecina Argentina, lo contempla expresamente⁴⁷, siempre y cuando *“se mantenga la separación patrimonial”*⁴⁸, que en este caso se refiere, a que se trate de lo que se conoce en nuestro país como una herencia yacente.

La cual es definida por Meza Barros como: *“La que se declara como tal por resolución judicial porque no ha sido aceptada, en todo o en parte, ni existe albacea con tenencia de bienes que haya aceptado el cargo”*⁴⁹.

Al existir silencio por parte de la LC respecto de su concursabilidad, sumado que no cabe dentro del concepto de Persona Natural ni de Empresa Deudora, la doctrina mayoritaria ha entendido que no procedería el concurso de la herencia yacente, quedando desvalidos los acreedores de dicha herencia de cualquier mecanismo colaborativo para favorecer su pago.

En este sentido, algunos, como Hernán Corral, si bien califican dicha omisión como *“irreflexiva”*⁵⁰, consideran que *“La desaparición de la norma que permitía declarar la quiebra del patrimonio hereditario nos debe llevar a concluir que ello ya no es posible, de modo que los acreedores hereditarios sólo podrán solicitar la declaración de la liquidación del o los herederos, en la medida en que estos hayan aceptado la herencia y que se cumplan las causales de liquidación forzosa”*⁵¹.

El profesor Puga en cambio, si bien concuerda en la imposibilidad con la actual legislación de someter a concurso la sucesión del deudor, discrepa de Corral en cuanto a la virtud de esta exclusión, ya que

⁴⁶ (Araya y Bofill, 2013. p. 298)

⁴⁷ Artículo 2 N° 1 Ley N°24.522

⁴⁸ (Gerbaudo, 2017. p. 50)

⁴⁹ (Meza Barros, 2010. p. 131)

⁵⁰ (Corral, 2014)

⁵¹ (Ibid.)

según sus palabras *“en todo caso, en los últimos treinta años no se sabe de ninguna liquidación concursal en contra de la sucesión del deudor, lo que demostraba la inutilidad de la norma, además de sus complejidades desde el punto de vista práctico.”*⁵²

Sin embargo, existen otros autores que, contrariando dicha interpretación, sostienen que aún frente a la patente omisión de la herencia yacente como sujeto pasivo, igualmente sería posible someterla a concurso.

Un interesante artículo al respecto de los Profesores Caballero y Espada explica con bastante claridad el porqué de aquella aseveración, y es qué como bien exponen *“se ha atendido principalmente a las reglas determinantes del ámbito de aplicación de la Ley 20.720 con el fin de responder (negativamente) a la cuestión de si nuestro ordenamiento contempla el concurso post mortem”*⁵³, pero en opinión de estos mismos, *“esa aproximación no es correcta, pues desatiende el reenvío a las reglas concursales previsto en el artículo 1374 del Código Civil para el caso de la herencia insolvente”*⁵⁴.

El artículo al cual se refieren, dispone en su primer inciso lo siguiente: *“No habiendo concurso de acreedores, ni tercera oposición, se pagará a los acreedores hereditarios a medida que se presenten (...)”*.

Es precisamente, según ellos, en razón de la frase *“no habiendo concurso de acreedores”* que se desprendería el reenvío normativo antes expresado, y que la omisión en la LC se explicaría entonces, en que se trataría de *“una manifestación de la idea de eliminar del texto concursal la repetición de ciertas normas del derecho común, como lo demuestra también la desaparición simultánea de las reglas sobre el concurso de la mujer casada en sociedad conyugal o del menor adulto y otros incapaces”*⁵⁵.

Si bien coincidimos absolutamente con la tesis propuesta por ambos profesores, creemos que la evidente falta de determinación en nuestro ordenamiento al respecto – y que produce interpretaciones contradictorias en lo que respecta a su concursabilidad – solamente genera un perjuicio para los acreedores, al no gozar estos últimos con la certeza de contar con un procedimiento colectivo que sustituya al régimen general de acciones individuales, que como ya se ha dicho, tienen como presupuesto la solvencia del deudor, lo que frecuentemente podrá no darse en la realidad.

⁵² (Puga, 2014. p. 214-215)

⁵³ (Caballero y Espada, 2020. p. 110)

⁵⁴ (Ibíd.)

⁵⁵ (Ibíd.)

2. PRESUPUESTOS OBJETIVOS

Los presupuestos objetivos se refieren a los requisitos materiales que se deben cumplir para poder dar inicio a un PCL, aspecto también muy relevante porque determinará la facilidad o dificultad de poder acceder a estos mecanismos de ejecución colectiva.

2.1 Procedimiento voluntario:

El artículo 115 LC, relativo a la Liquidación Voluntaria de la Empresa, dispone: “*La Empresa Deudora podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su Liquidación Voluntaria, acompañando los siguientes antecedentes, con copia: 1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan. 2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación. 3) Relación de sus juicios pendientes. 4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos. 5) Nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso. 6) Si el deudor llevare contabilidad completa presentará, además su último balance. (...)*”. En el caso de la Liquidación voluntaria de la Persona Deudora, los antecedentes exigidos son los mismos, salvo por razones obvias, los numerales 5) y 6)⁵⁶.

Se desprende de la lectura de este artículo, que no existen requisitos materiales propiamente tal para solicitar una liquidación voluntaria, si no que corresponden más bien, a determinados antecedentes de información que deben ser acompañados en la solicitud, pero que no tienen relación alguna con un mal estado de los negocios, lo más cercano sería el N° 4, pero donde tampoco se exige expresamente que dicho estado de deudas acredite la insolvencia o al menos una mala situación financiera.

Un criterio tan laxo, que permitiese a cualquier empresa o consumidor iniciar un procedimiento de liquidación, bastando sólo acompañar estos documentos meramente informativos, resulta a nuestro parecer, excesivo, especialmente porque hoy en día, el procedimiento de liquidación contempla un beneficio de *discharge* en favor del deudor una vez que el proceso ha terminado – del cual profundizaremos más adelante –, que ha provocado que la liquidación concursal, sea vista por algunos deudores como una instancia positiva, y en consecuencia, deja abierto un flanco para que se produzcan eventuales abusos de esta institución, promoviendo que los deudores puedan perjudicar a sus acreedores, no sólo porque se habilita al deudor sin dificultades financieras y/o económicas para

⁵⁶ Art. 273 Ley N° 20.720

poder someterse a este procedimiento, sino que también, indirectamente incita a que de forma previa se disminuyan simuladamente los activos, con el fin de evitar pagar la totalidad de sus deudas.

Dicha situación – más común de lo que podría creerse – ha provocado el surgimiento de criterios divergentes en nuestra jurisprudencia, los cuales Jequier acertadamente distingue en tres interpretaciones diferentes, a saber:

- a) Un criterio que privilegia la apertura del concurso voluntario, al interpretar que *“la apertura del procedimiento queda entregada a – y depende de – la sola iniciativa y voluntad del deudor a la que se le asigna el rango de confesión espontánea expresa de su propia insolvencia”*⁵⁷.

Este criterio resulta ser, a nuestro juicio, el más peligroso para los acreedores, porque asimila la solicitud voluntaria con una confesión, lo que claramente constituye un error. Cierta lógica podría haber tenido bajo la vigencia del régimen anterior, donde el evidente carácter estigmatizador de la quiebra hacía difícil que una persona que no estuviese en una situación de insolvencia solicitara dicha declaración.

Pero además, la confesión consiste en el reconocimiento que una persona hace de la verdad de un hecho, susceptible de producir consecuencias jurídicas en su contra⁵⁸, lo que deja aún más de manifiesto lo errado de este criterio, teniendo en mente lo expresado respecto del *discharge*.

- b) Un segundo criterio jurisprudencial con un carácter más restrictivo que rechaza la apertura del concurso voluntario por la sola “confesión” del deudor, consistente en que: *“son varias las sentencias judiciales, principalmente de primera instancia, que, recurriendo siempre al elemento literal de la norma legal y a su estructura formal, han repelido la iniciativa del deudor que solicita su propia liquidación, sin demostrar su estado real de insolvencia más allá de su sola confesión”*⁵⁹.

En este caso, lo que hace el tribunal es elevar el listado de antecedentes exigidos a la categoría de requisitos esenciales. Así, si a la petición le falta la relación de los juicios pendientes, se rechazará la solicitud de apertura del procedimiento. En este caso, igualmente nuestro

⁵⁷ (Jequier, 2019)

⁵⁸ (Caserino, 2009. p.89)

⁵⁹ (Jequier, 2019)

reproche se mantiene, ya que no se hace cargo de la posibilidad de abuso del PCL por parte del deudor, al no exigirse dificultad financiera alguna.

- c) Por último, existe una tercera posición que estima que: *“la función del juez no se agota en la mera constatación formal del cumplimiento de los requisitos del artículo 115 de la Ley 20.720, sino que debe profundizar su análisis inicial, de manera tal, que los antecedentes aportados por el solicitante, se desprenda la efectiva existencia de un estado de insolvencia⁶⁰”*.

Si bien la jurisprudencia no ha sido unánime en la materia, si podemos destacar que al menos parte de nuestros tribunales, son conscientes de la posibilidad de abuso que puede darse en el contexto de una liquidación voluntaria, por lo que hay cierta reticencia de algunos a aceptar, *per se*, la solicitud de apertura de un procedimiento voluntario de liquidación.

El problema con este tercer criterio, que a todas luces es el más acertado al ser el único que ofrece un efectivo resguardo de los acreedores, es que entre los tres, es el que más se aleja del texto legal, lo que viene a demostrar la insuficiencia de la LC – al menos – en este aspecto en particular.

2.2 Procedimiento forzoso:

A diferencia del voluntario, en el procedimiento de carácter forzoso los presupuestos objetivos que permiten solicitarlo están claramente establecidos en el artículo 117 de la LC: *“Cualquier acreedor podrá demandar el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación de una Empresa Deudora en los siguientes casos: 1) Si cesa el pago de una obligación que conste en título ejecutivo con el acreedores solicitante. Esta causal no podrá invocarse para solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal de Liquidación respecto de los fiadores, codeudores solidarios o subsidiarios, o avalistas de la Empresa Deudora (...) 2) Si existieren en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas, encontrándose iniciadas a lo menos dos ejecuciones, y no hubiere presentado bienes suficientes para responder a la prestación que adeude y a sus costas (...) 3) Cuando la Empresa Deudora o sus administradores no sean habidos, y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a las obligaciones y contestar nuevas demandas (...)”*

⁶⁰ (Jequier, 2019)

Como se advierte, en este caso están claramente establecidas las causales que dan lugar a este procedimiento, por lo que de cumplirse alguno de estos supuestos, el tribunal va a admitir la solicitud de inicio del PCL⁶¹.

De este artículo se infiere según explica Goldenberg que *“Ha tendido a prevalecer la idea de los “hechos reveladores”, en la que el legislador acepta la mera comprobación de ciertos antecedentes de hecho (causales de quiebra) como para provocar la apertura del concurso, dada la dificultad básica de la prueba directa en la insolvencia. Eso sí, la doctrina ha llegado a un cierto consenso en determinar que las causales de quiebra se han propuesto como medios de prueba indirectos del estado insolvente del deudor, una manera de posibilitar la apertura del concurso ante la asimetría de información”*⁶².

3. ACTITUDES DEL DEUDOR:

Una vez solicitada la apertura del PCL, el tribunal revisará si concurren los presupuestos antes expuestos, y si ese es el caso, dictará una resolución de admisibilidad, citando a las partes a una audiencia. En dicha audiencia el deudor podrá adoptar alguna de las actitudes, que a continuación se indicarán⁶³.

3.1 Pago:

Una primera postura que puede adoptar el deudor, es consignar los fondos suficientes para el pago del crédito demandado y sus costas correspondientes. Posibilidad que ha sido criticada por algunos autores, por ejemplo, Puga la califica de *“absurda y hasta donde sabemos única en el derecho comparado”*⁶⁴.

Discrepamos con dicha visión, sino que al contrario, creemos que justamente constituye una demostración de que esta ley – tal como debiese ser su ideal – contiene algunas disposiciones que persiguen el adecuado resguardo de los intereses de todas las partes involucradas, ya que como se dijo, los presupuestos para comenzar una liquidación forzosa constituyen indicios de insolvencia – debido a lo difícil que es probarla – y por ende, tal como nos enuncian Contador y Palacios *“si la finalidad del actor es levantar el velo de una potencial insolvencia, a fin de mostrar que se trata de un deudor in malis, el método lógicamente más pertinente al alcance del deudor para desvirtuar esa presunción es pagando, ya que la mejor vía para probar la solvencia y/o destruir la insolvencia*

⁶¹ Deben cumplirse además con los requisitos de admisibilidad que establece el artículo 118 de la Ley 20.720

⁶² (Goldenberg, 2012. p. 333)

⁶³ Artículos 120 y 248 Ley N° 20.720

⁶⁴ (Puga, 2014. p. 304)

construida, es solucionando lo reclamado, purgando la mora, en fin, exhibiendo que en verdad es un deudor in bonis”.⁶⁵

3.2 Allanarse:

Otra opción que tiene el deudor, es allanarse a la demanda, aquí *“el ordenamiento concursal no hace otra cosa que ratificar un comportamiento procesal general, conforme al cual el demandado se somete a las pretensiones del acreedor, ratificando la presunción construida en su contra y dando pie al pronunciamiento de la Resolución de Liquidación”*⁶⁶.

3.3 Acogerse expresamente al Procedimiento Concursal de Reorganización:

A diferencia de las anteriores actitudes, esta solo resulta posible en la liquidación forzosa de la Empresa Deudora. Aquí también existe cierta discusión respecto a su virtuosidad. Algunos autores consideran que constituye uno de los avances más significativos en materia concursal en nuestro país, atendiendo a que persigue el principio de conservación de la empresa⁶⁷. Otros, la califican como inútil y producto de una pésima técnica legislativa, dada su ambigüedad⁶⁸.

Adscribimos más con esta última visión, ya que como bien menciona Puga, la norma como actualmente se encuentra redactada: *“pareciera que bastaría que el deudor indicara en la audiencia inicial que se acoge a las normas sobre procedimiento concursal de reorganización, (...), para que el tribunal no pueda dictar la Resolución de Liquidación”*⁶⁹, abriendo una riesgosa puerta al abuso por parte de los deudores, al dotarlos de herramientas para trabar solicitudes de liquidación forzosa⁷⁰.

3.4 Oponerse:

Otra alternativa que tiene el deudor es la posibilidad de contradictorio, opción novedosa en nuestra régimen concursal, ya que precisamente una de las modificaciones introducidas por la LC fue incorporar un juicio de oposición. En la LQ no se contemplaba aquello, de hecho como bien nos instruyen Contador y Palacios: *“la única herramienta procesal que le competía al fallido a efectos de enervar la declaración de quiebra en su contra era el recurso especial de reposición”*⁷¹.

⁶⁵ (Contador y Palacios, 2015. p. 191)

⁶⁶ (Ibíd.)

⁶⁷ (Ibíd. p. 192)

⁶⁸ (Puga, 2014. p. 306)

⁶⁹ (Ibíd. p.307)

⁷⁰ (Ibíd.)

⁷¹ (Contador y Palacios, 2015. p. 108)

Circunstancia la cual, era muy criticada por algunos por ser atentatoria contra los postulados propios del debido proceso⁷². Sin embargo, haciéndose cargo de dicha crítica, Contador y Palacios previenen que: *“El RER respondió a una herramienta procesal históricamente coherente con la realidad nacional de principios de los 80’, época en que por las particulares vicisitudes económicas que afrontaba el país era infrecuente que confluyera discusión sobre las bancarrotas. Sin embargo hoy, la situación financiera del país ha evolucionado, y podemos darle un tratamiento más garantista al deudor, darle al menos la posibilidad al autor de discutir antes de quebrar, antes de caer en la liquidación forzosa”*⁷³.

Respecto del juicio de oposición, este se encuentra regulado en los artículos 121 y ss. de la LC, y sólo podrá fundarse en las causales previstas en el artículo 464 CPC, las cuales corresponden a las excepciones propias del juicio ejecutivo. Aspecto, este último, que es criticado por Puga, quien ha sostenido que *“Esta es una verdadera aberración legislativa por el doble motivo de que asimila la demanda de liquidación forzosa a un mero juicio ejecutivo singular, olvidando que la liquidación concursal es un remedio contra la insolvencia y no un modo de ejecutar títulos ejecutivos (...) pero además se da el absurdo que en las causales de los N° 2) y 3) del artículo 118 de la Ley 20.720, el hecho constitutivo de la causal no es el título en que se ampara la demanda, sino hechos diversos”*⁷⁴.

Dicho de otro modo, este autor sostiene que estas excepciones no permitirían discutir el fondo del asunto – la insolvencia del deudor – y además sólo se refieren a la primera causal de liquidación forzosa. En todo caso este autor, siguiendo una interpretación más bien minoritaria, señala que aún así sería posible alegar la no insolvencia, basándose en que el artículo 121 LC dispone lo siguiente: *“En su escrito de oposición, el Deudor deberá: 1) Señalar las excepciones opuestas y defensas invocadas, así como sus fundamentos de hecho y de derecho; (...)”*.

Es por el uso de la expresión *“defensas”* que este autor justifica dicha postura, ya que de acuerdo a sus palabras, aquel es un *“término obscuro que la doctrina ha diferenciado de la voz excepción, señalando que se trataría de la total negación del derecho reclamado, desconociéndolo en su nacimiento mismo y fundado en los requisitos de derecho invocados por el autor y que el juez debe conocer”*⁷⁵.

⁷² (Araya y Bofill, 2013. p. 306)

⁷³ (Contador y Palacios, 2015. p. 190)

⁷⁴ (Puga, 2014. p. 309-310)

⁷⁵ (Ibid. p. 311)

3.5 Rebeldía:

Una última actitud que puede adoptar el deudor, es no concurrir a la audiencia, y en dicho caso el tribunal deberá dictar la respectiva resolución de liquidación. Aquí como bien advierte Ruz, resulta llamativo porque *“la ley altera uno de los efectos propios de la rebeldía del demandado, por cuya virtud se entiende que esta actitud procesal importa negar todos los hechos en que se funda la demanda del actor”*⁷⁶, interpreta al respecto dicho autor que: *“ha querido el legislador que esta impasividad produzca los mismos efectos que el allanamiento, lo que resulta bastante discutible”*⁷⁷.

No obstante lo anterior, nos parece correcto el tratamiento de la rebeldía que ofrece el PCL, ya que de otra manera, los acreedores quedarían desprotegidos frente a la conveniente posición del deudor rebelde.

⁷⁶ (Ruz, 2017)

⁷⁷ (Ibíd.)

CAPÍTULO III: RESOLUCIÓN DE LIQUIDACIÓN

La dictación de la Resolución de Liquidación, constituye la etapa inicial propiamente tal del concurso, es desde este momento que se producen los efectos propios de la liquidación concursal. Resolución cuyo contenido esencial se encuentra regulado en el artículo 129 LC.

1. EFECTOS SOBRE EL DEUDOR:

Los efectos más relevantes sobre el Deudor son los siguientes:

1.1 Desasimio del deudor:

Contemplado en el Artículo 130 LC, específicamente en sus numerales 1) y 2). En palabras de Sandoval, *“este constituye el efecto más importante de la Liquidación concursal, porque sirve para cumplir con el objetivo de ella, esto es, realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona. Para llegar a este fin la ley ha privado al fallido del derecho de administrar y disponer de los bienes, facultades que se entregan al órgano ejecutivo de la liquidación, que es el Liquidador”*⁷⁸.

Así se desprende de la lectura del numeral 1) de este artículo, el cual dispone: *“Quedará inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, esto es, aquellos sujetos al Procedimiento Concursal de Liquidación y existentes en su patrimonio a la época de la dictación de esa resolución, excluidos aquellos que la ley declare inembargables. Su Administración pasará de pleno derecho al Liquidador. En consecuencia serán nulos los actos y contratos posteriores que el Deudor ejecute o celebre en relación a estos bienes”*.

1.2 Efecto relativo a las acciones:

El efecto sobre el ejercicio de acciones por parte del deudor, se encuentra contemplado en los numerales 3), 4) y 5) del Artículo 130 LC.

En el tercero, se señala que: *“no podrá comparecer en juicio como demandante ni demandando, en lo relativo a los bienes objeto del Procedimiento Concursal de Liquidación, pero podrá actuar como coadyuvante”*.

Lo que se quiere decir con ello, es que el deudor deja de estar legitimado tanto activa como pasivamente para ser parte de un juicio. Lo que se debe a que el liquidador asume su representación legal, será este último quien deberá defender y demandar a las personas que hayan tenido relaciones jurídicas con el deudor.

⁷⁸ (Sandoval, 2007. p.83-84)

Sin embargo, el numeral 4) nos expresa que este efecto no es absoluto, al proveer que: *“Podrá interponer por sí todas las acciones que se refieran exclusivamente a su persona y que tengan por objeto derechos inherentes a ella (...)”* es decir, no se aplica para los juicios en que se ventilan derechos extrapatrimoniales, como por ejemplo, derechos de familia, estado civil, etc.⁷⁹

1.3 Deber de colaboración:

El artículo 169 LC impone un deber de colaboración al deudor, cuya justificación se encuentra en la asimetría de información que existe entre acreedores y el propio deudor, ya que resulta obvio que para que el liquidador realice adecuadamente las labores que le encomienda esta ley, es necesario que el deudor colabore con él. Es por eso, que esta disposición permite incluso al liquidador solicitar auxilio de la fuerza pública para obtener dicha colaboración.

1.4 Subsistencia de la persona jurídica:

El artículo 131 de la LC indica: *“todas las cuestiones que se susciten entre el Deudor, el Liquidador y cualquier otro interesado en relación a la administración de los bienes sujetos al Procedimiento Concursal de Liquidación serán resueltas por el tribunal (...)”*.

De esta disposición, aunque no se diga explícitamente, es posible inferir un efecto especial que tiene relación con aquel deudor persona jurídica, y es que nos reafirma la idea de que la personalidad jurídica subsiste, que no se extingue con la dictación de la Resolución de Liquidación, la sociedad seguirá existiendo pero con un ámbito de actuación mucho más acotado, limitado a la toma de decisiones que no tengan que ver con la administración de los bienes afectos al concurso.

Pues si bien la administración de los bienes sujetos al concurso pertenece al liquidador – representando el interés general de los acreedores – sigue perviviendo una esfera residual de decisiones que se mantiene en los accionistas de la sociedad. Y el ejemplo más claro, es precisamente la hipótesis planteada en este artículo, la posibilidad que algún accionista – ejemplo paradigmático de *“cualquier otro interesado”* – estime que el liquidador lo está haciendo mal.

2. EFECTOS SOBRE LOS ACREEDORES:

En cuanto a los efectos que realmente nos interesan, podemos mencionar como más importantes los subsecuentes:

⁷⁹ (Sandoval, 2007. p. 89)

2.1 Efecto sobre las ejecuciones individuales:

Un primer efecto que produce la dictación de la RL, es aquel que dispone el artículo 135 LC en su inciso primero: “*la dictación de la Resolución de Liquidación suspende el derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al deudor*”. Aunque luego, este mismo artículo en su inciso segundo establece una excepción a la regla anterior, excluyendo de dicha suspensión a los acreedores hipotecarios y prendarios, no obstante que estos igualmente tienen la posibilidad de realizarlos en el mismo PCL. En ambos supuestos, se deberá garantizar el pago de los créditos de primera clase que hayan sido verificados.

Si uno analiza este efecto, al menos en principio, podría pensarse que esto constituiría una clara infracción al principio *par condicio creditorum* que gobernaría nuestra legislación concursal, pero como se esbozó en el primer capítulo de esta memoria, esta regla no implica que todos los acreedores deban ser tratados de igual forma, sino que una igualdad de trato entre créditos iguales⁸⁰.

A mayor abundamiento, esta mismo principio reconoce que existen ciertas excepciones en relación a ciertos créditos y determinados acreedores, a quienes la disciplina colectiva no les es del todo aplicable⁸¹.

En consecuencia, esta diferenciación de acreedores no atenta contra el interés de los acreedores, y si bien alguien podría contraargumentar dicha aseveración, sosteniendo que estos acreedores privilegiados podrían ejecutar individualmente al deudor, afectando su masa de bienes, y con ello al resto de acreedores. Lo cierto es que aquello, como dijimos, está en plena concordancia con la forma correcta de entender la regla de igualdad antes descrita, sumado a que como bien precisa Goldenberg: “*Esta suerte de privilegio procesal no implica, sin embargo, el desconocimiento del derecho preferente de cobro de ciertos acreedores*”⁸².

Además es la propia LC la que se remite al sistema de preferencias establecido en el CC⁸³, el cual dispone un orden de prelación de créditos, en que los créditos privilegiados de primera clase gozan de preferencia respecto de cualesquiera otros, luego los de segunda clase, respecto de los de clases inferiores, y así⁸⁴. En este sentido – anticipándonos en esta materia – los créditos hipotecarios y prendarios pertenecen a la tercera y segunda clase respectivamente, o sea, es la misma LC quien califica y comprende estos créditos como diferentes (y preferentes) de otras clases de créditos.

⁸⁰ (Ruz, 2019. p. 96)

⁸¹ (Ibíd.)

⁸² (Goldenberg, 2018. p. 187)

⁸³ Título XLI del Libro IV del Código Civil

⁸⁴ (Severin, 2009. p. 58)

La pregunta que surge entonces es: ¿por qué se les da preferencia a los créditos con garantía reales? La respuesta a esta interrogante, requiere de un cierto análisis previo.

Las garantías reales, según Meza Barros son aquellas que “*se caracterizan porque afectan determinados bienes al cumplimiento de la obligación*”⁸⁵, en otros términos, consisten en asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la afectación de un determinado bien.

Hay que recordar, como se adelantó en el primer capítulo, que un buen régimen concursal debe reconocer los derechos existentes de los acreedores, contener reglas claras para determinar el grado de prelación de los créditos, como asimismo dar seguridad en el mercado crediticio para así promover la estabilidad y el crecimiento económico.

De la definición del Profesor Meza Barros, no resulta difícil inferir que el real propósito que se persigue con el otorgamiento de este tipo de garantías, es disminuir el riesgo de incumplimiento, lo que conllevará a que el costo de dicho crédito sea considerablemente menor. En consecuencia, la decisión de someter o no a una regla de igualdad de créditos estricta a este tipo de créditos, es una decisión económica. ¿resulta conveniente que exista facilidad y bajo costo para obtener créditos en una economía? La mayoría de nosotros tendería a responder que sí.

Si estos créditos no gozaran de este trato preferencial, con absoluta certeza se encarecerían los créditos en general, limitándose su acceso al común de las personas. Además, la propia constitución de mecanismos de garantías reales se vería seriamente afectada, dado que sería inútil recurrir a ellas como instrumentos de protección del crédito, si en realidad no otorgan preferencia alguna, condenándolas al destierro del tráfico negocial⁸⁶.

En síntesis, resulta coherente el tratamiento diferencial que reciben estos créditos garantizados, ya que con ello se está respetando la autonomía de la voluntad de las partes, tanto la del deudor que consintió en obligarse otorgando un bien en garantía, como la del propio acreedor, el cual difícilmente hubiese otorgado el crédito en tales condiciones si ante la eventual insolvencia del deudor, viese seriamente arriesgado dicho cumplimiento asegurado.

2.2 Efectos sobre los juicios en curso:

Los artículos 142 a 148 de la LC establecen como regla general que los juicios en curso se acumularán al PCL. En dicho sentido, el artículo 142 LC no puede ser más claro al respecto: “*Todos los juicios civiles pendientes contra el Deudor ante otros tribunales se acumularán al Procedimiento Concursal*”

⁸⁵ (Meza Barros, 2010. p. 59)

⁸⁶ (Rodríguez Russo, 2012. p. 511)

de Liquidación(...)”, sin perjuicio de las excepciones del artículo 143 de la misma ley, las cuales están relacionadas con materias sometidas o que deberán serlo, a arbitraje o a tribunales especiales. Según Jequier, este efecto acumulativo sería una manifestación del “Principio de Unicidad” que regiría al procedimiento concursal⁸⁷.

2.3 Efectos sobre lo créditos en particular:

2.3.1 La fijación de los derechos de los acreedores:

Un importante efecto de la resolución de liquidación, es el que se conoce doctrinariamente como la fijación irrevocable de los derechos o créditos, consagrada en el artículo 136 LC, el cual dispone que: *“una vez dictada la Resolución de Liquidación, todas las obligaciones dinerarias se entenderán vencidas y actualmente exigibles respecto del Deudor, para que los acreedores puedan verificarlas (...) y percibir el pago de sus acreencias. Estas últimas se pagarán según su valor actual más los reajustes e intereses que correspondan”*. De la letra de este artículo, es posible extraer dos sub-efectos, y que si bien algunos los consideran diferentes⁸⁸, nosotros somos de la opinión que serían dos manifestaciones de uno sólo.

2.3.1.1 Fijación de los derechos de los acreedores propiamente tal:

Como su denominación nos da a entender, este consiste en su sub-efecto principal, siendo la exigibilidad anticipada (Punto 2.3.1.2) más bien una de sus consecuencias. Este efecto significa, en palabras simples, que los derechos de los acreedores quedan fijados según el estado en que se encontraban, tanto en lo principal (su “valor actual”) como en lo accesorio (“reajustes e intereses”) al día en que se decretó la liquidación.

De otra manera, Ruz lo define: *“en virtud de este efecto los créditos de los acreedores no pueden variar en cuanto a su monto ni pueden adquirir (como tampoco el deudor consentir) nuevas preferencias o privilegios”*⁸⁹.

2.3.1.2 Exigibilidad anticipada de todas las obligaciones del deudor:

Este consiste en qué, tras la dictación de la RL, todas las obligaciones dinerarias se entenderán vencidas y actualmente exigibles, manifestación del principio de igualdad de los acreedores, en el sentido de que desde ese momento, podrán todos ellos, verificar los créditos, participar en el procedimiento concursal y en los repartos que posteriormente se produzcan.

⁸⁷ (Jequier, 2019)

⁸⁸ (Ruz, 2017)

⁸⁹ (Ibíd.)

Sin embargo, *“El legislador ha establecido la necesidad de diferenciar entre las reglas generales aplicables a todo tipo de créditos e instrumentos y las reglas aplicables a la exigibilidad anticipada en dos efectos de comercio: las letras de cambio y los pagarés”*⁹⁰.

Respecto de las reglas aplicables al común de los créditos e instrumentos, importante es señalar, que la exigibilidad anticipada no quiere decir que desde el momento de la dictación de la resolución de liquidación, dichos créditos queden congelados a un valor nominal, pues la propia ley prevé reglas para la actualización de los créditos una vez dictada la sentencia de liquidación⁹¹.

En cuanto a la exigibilidad de las letras de cambio y pagarés, se contempla una regla especial, consistente en que el deudor que fuere aceptante de una letra de cambio, librador de una letra no aceptada o suscriptor de un pagaré, en todos aquellos casos, los demás obligados deberán pagar dichos instrumentos inmediatamente⁹².

Al respecto, es conveniente tener en consideración que la regla general en la liquidación es que esta sólo alcance al deudor principal, no a sus fiadores ni codeudores solidarios, de manera que esta regla es excepcional, y provendría ya no del legislador concursal, sino de la Ley N° 18.092 sobre Letras de Cambio y Pagarés, que establece la solidaridad pasiva de los coobligados⁹³.

Ruz ofrece una interesante reflexión sobre este asunto, ya que según él *“es lógico, porque si el principal obligado cae en liquidación, no podrá cumplir con su obligación en virtud del desasimio y la prohibición de efectuar pagos a sus acreedores. En concreto, la exigibilidad anticipada opera como una garantía para el portador de la letra de que, ante cualquier incumplimiento o impedimento efectivo para cumplir del principal obligado, sabe que los coobligados responderán solidariamente. Excepcionarlos en caso de liquidación judicial del principal obligado constituiría una negación para el acreedor portador de esos títulos-valores de esa garantía de pago que le entrega la solidaridad de los coobligados”*⁹⁴.

Se desprende además, de esta excepción a las reglas generales, otro argumento que nos permite sostener que nuestro ordenamiento concursal tiene una inclinación implícita al respeto de las garantías que aseguran el cumplimiento de un crédito y/u obligación. En definitiva, se busca honrar y proteger la voluntad de las partes, especialmente de los respectivos acreedores que consintieron en otorgar

⁹⁰ (Ruz, 2017)

⁹¹ (Ibíd.)

⁹² Art. 138 Ley 20.720

⁹³ (Ruz, 2017)

⁹⁴ (Ibíd.)

dichas acreencias bajo determinadas condiciones, y con ello proteger el adecuado funcionamiento del mercado crediticio.

2.3.1.3 Prohibición de compensación:

Por lo general, se suele entender en nuestro ordenamiento a la compensación como “*un modo de extinguir las obligaciones reciprocas existentes entre dos personas, hasta la concurrencia de la de menor valor*”⁹⁵.

El art. 140 LC plantea como regla general una fórmula prohibitiva, según la cual desde la dictación de la resolución de liquidación, se impide que opere toda compensación que no hubiere operado antes por el ministerio de la ley entre las obligaciones reciprocas del deudor y los diferentes acreedores. Sin embargo, como toda regla general, convive con una excepción, la cual está dada por la existencia de las obligaciones conexas⁹⁶.

Algunos sostienen, que la justificación del legislador para impedir que opere la compensación después de dictada la resolución de liquidación es no afectar el principio *par conditio creditorum*, ya que según estos autores, aquello significaría obtener un pago preferente en el tiempo, en relación con los demás acreedores⁹⁷.

Abeliuk comparte la apreciación del legislador, pues señala: “*Si ambas partes son solventes, la compensación no hace más que ahorrar un doble pago, pero si una de ellas no lo es, la compensación puede llegar a constituir, ya que opera de pleno derecho y con la rapidez consecuente, la diferencia entre poder cobrar un crédito o no*”⁹⁸.

Otros como Puga, sostienen que dicha prohibición se debe a que el desasimiento del deudor, debe comprenderse como un embargo, y “*el embargo de un crédito impide el pago legítimo del mismo acreedor porque la recepción de un pago importa un acto jurídico de disposición*”⁹⁹.

Pero como ya señalamos, esta prohibición no es absoluta, pues de forma excepcional, la compensación se encuentra permitida en nuestro ordenamiento, siendo una de estas excepciones cuando se trate de un determinado tipo de obligaciones, las denominadas “obligaciones conexas”.

⁹⁵ (Barcia Lehmann, 2010. p. 188)

⁹⁶ (Ruz, 2017)

⁹⁷ (Ibíd.)

⁹⁸ (Abeliuk, 2009. p. 732)

⁹⁹ (Puga, 2014. p. 404-405)

Cuando se habla de obligaciones conexas, se hace referencia a obligaciones que derivan de un mismo contrato o de contratos distintos, pero que forman parte de un mismo conjunto o complejo contractual¹⁰⁰.

De similar forma las definen Gómez y Eyzaguirre, quienes señalan que el carácter conexo de determinadas obligaciones entre sí, dependerá de la relación contractual correlativa que exista entre ambas deudas, de modo que sea posible inferir de ellas una ligazón, como consecuencia que derivan de un mismo contrato de un grupo de contratos.¹⁰¹

La determinación de si una obligación es conexas o no, requiere más que una mero examen de hecho por el juez, sino que requiere ser probada, no bastaría para rechazar la conexidad de determinadas obligaciones, que estas no emanen de un mismo contrato, sino que el tribunal debiese investigar si los contratos se integran en un grupo de contratos que dan cuenta de una operación económica global¹⁰².

Al analizar legislaciones en que esta excepción en materia de compensación en el ámbito concursal se encuentra consagrada en términos idénticos, o en ordenamientos donde no se encuentra contemplado de forma expresa¹⁰³ pero igualmente tiene aplicación, como resulta ser el caso de España, autores de aquel país han señalado que la justificación a esta excepción vendría siendo “*la tutela de su eficacia como garantía*”¹⁰⁴.

Posición que además es confirmada por la misma jurisprudencia de aquel país, donde un fallo de hace ya algunos años, pero esclarecedor al respecto, así lo ratifica, se trata específicamente de una sentencia del 2º Juzgado Mercantil de Madrid del 1 de Marzo de 2005, autos 330/2005, que se pronuncia sobre los créditos procedentes de cuentas corrientes en particular – ejemplo de una obligación conexas – y en donde se sostuvo lo siguiente:

“(…) debe tenerse en cuenta al respecto que, aún cuando – como es sabido – la mecánica propia de la cuenta corriente se funda en el principio de compensación, y, a pesar de que el art. 58 de la LC es contrario en términos generales a la operatividad de dicho principio en el seno del concurso, lo cierto es que la doctrina se ha encargado de poner de relieve, acudiendo al Derecho comparado, como las legislaciones que cuentan con una norma equivalente al aludido art. 58 reconocen no obstante, como excepción a dicha regla general, la operatividad de la compensación

¹⁰⁰ (Ruz, 2017)

¹⁰¹ (Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart, 2012. p. 231)

¹⁰² (Ruz, 2017)

¹⁰³ Artículo 58 Ley Concursal Española

¹⁰⁴ (Díaz Echegaray, 2012. p. 176)

en el seno del concurso en el caso de las operaciones conexas o créditos ex eadem causa, y en especial, cuando se trata – como en el caso – de contratos de cuenta corriente mercantil”¹⁰⁵.

Resulta ineludible, que la consagración expresa de una norma en igual sentido en nuestro ordenamiento tuvo idéntica justificación, vale decir, la razón de porqué se permite la compensación de este tipo de obligaciones, es porque se le está entendiendo como una garantía.

Lo que llama la atención de dicha comprensión, es que difiere radicalmente de la forma en que se ha entendido esta “institución” en nuestro país, que como se advierte de su definición, se limita a ser un modo de extinguir las obligaciones.

La forma de percibir la naturaleza de la compensación, ha sido un tema en que históricamente no ha existido consenso en el derecho comparado, especialmente porque existe una marcada diferencia entre las principales familias jurídicas, así, en el *common law* la compensación no es un pago, sino una garantía, en los ordenamientos jurídicos de influencia francesa – como Chile y España – es un pago, pero no una garantía; y en la escuela alemana, comparte ambas características¹⁰⁶.

Fenómeno que ha sido también divisado por autores nacionales, por ejemplo, señala Abeliuk al respecto, en su famoso libro sobre derechos de las obligaciones que *“las legislaciones modernas tienden a dar más preponderancia a esta característica garantizadora de la compensación; así ocurre en los Códigos alemán y suizo”¹⁰⁷.*

Lo propio hace Barcía Lehmann, al sostener: *“La compensación en nuestro Derecho es un modo de extinguir las obligaciones. En el Derecho comparado se ha puesto en tela de juicio esta característica de la compensación”¹⁰⁸.*

El punto que se quiere destacar, es que como hemos hecho notar a lo largo de este capítulo, nuestra normativa concursal tiende a tener una implícita – o no tan implícita – predisposición a respetar aquellos créditos que fueron otorgados con determinadas condiciones que garantizaban su cumplimiento con el fin de resguardar el sistema crediticio, idea que se ve nuevamente reforzada con la excepción a la prohibición de compensación en beneficio a los acreedores de obligaciones conexas.

Si bien estamos de acuerdo con este tratamiento “preferente” para aquellos acreedores garantizados, que como hemos dicho, en nada afecta la correcta manera de entender el principio *par conditio creditorum*.

¹⁰⁵ 2º JM de Madrid, 1.3.2005, Autos 330-2005.

¹⁰⁶ (Basozabal, 2009, p. 20)

¹⁰⁷ (Abeliuk, 2009, p. 733)

¹⁰⁸ (Barcía Lehmann, 2010 p.188)

No obstante, nos resulta imposible no advertir sobre una evidente contradicción en la excepción establecida en el artículo 140 LC. En primer lugar, porque no se condice con la forma tradicional en que nuestro ordenamiento jurídico ha comprendido la naturaleza de la compensación, y por consiguiente, resulta inexplicable el tratamiento de la compensación para un determinado tipo de obligaciones como garantía – aplicando una lógica ajena a nuestra tradición jurídica – pero al mismo tiempo, para otro tipo de obligaciones, entenderla en su concepción tradicional.

En segundo lugar, consideramos perfectamente posible poder comprender también la compensación de obligaciones inconexas como una garantía en nuestro ordenamiento, basta ponerse en el lugar de un indeciso deudor a quien su propio acreedor le solicita un crédito, convirtiéndose – de eventualmente aceptar – en acreedor de su propio acreedor, es innegable que el primero de ellos será más propenso a otorgarle tal crédito, puesto que en el caso que el segundo no cumpla con su obligación, siempre – salvo en el ámbito concursal – podrá pagarse mediante la compensación.

En consecuencia, un tratamiento desigual injustificado, como es comprender un cierto tipo de compensación como garantía y otro como un mero modo de extinguir obligaciones, si resulta atentatorio contra el interés de los acreedores, al existir diferencias arbitrarias que claramente no se condicen con el principio *par condicio creditorum*. Lo correcto, por lo tanto, sería que nuestro legislador tomara una decisión al respecto, estableciendo ambas formas de compensación como garantía, y por ende permitiéndola, o en caso contrario ninguna de ellas, prohibiéndose en cualquier caso la compensación.

3. EFECTOS SOBRE LOS CONTRATOS EN CURSO

3.1 Regla General:

La regla general es que los contratos subsistan, salvo que exista una norma especial que establezca lo contrario, dicho de otra forma, la resolución de liquidación no es causal de resolución automática de los contratos que haya celebrado el fallido y cuya ejecución se encuentre pendiente, aunque de todas formas, queda abierta la posibilidad de continuar ejecutándolos o de ponerles término en base los mecanismos propios del derecho común¹⁰⁹. Por lo tanto, uno podría concluir que la regla general es que la resolución de liquidación no produce ningún efecto especial en los contratos en curso.

A similar conclusión llega Ruz, quien señala que el efecto de la Resolución de Liquidación en los Contratos en curso, sería entonces, una suspensión temporal de los efectos del contrato, hasta que

¹⁰⁹ (Ruz, 2017)

alguno de los contratantes “*decida cumplirlo o resolverlo por los mecanismos de derecho común y concursales puestos a disposición de los contratantes*”¹¹⁰.

3.2 Excepciones:

El efecto – o mejor dicho no efecto – anterior no es absoluto, y existen ciertos contratos en que la resolución de liquidación si resulta ser causal de terminación de los mismos. Asimismo, nada obsta a que en determinados contratos que no caben dentro de las categorías que expondremos a continuación, fruto de la libertad contractual se establezcan como causales de termino anticipado la apertura de un PCL en contra de alguna de las partes.

3.2.1 Contratos Intuitio Personae:

También conocidos como contratos personalísimos, corresponden a aquellos contratos que son celebrados “*en función de la persona, (...) de sus características profesionales, lo que es determinante en la celebración del mismo*”¹¹¹, también han sido definidos como “*aquellos que se celebran en razón de la confianza recíproca que se inspiran los contratantes al tiempo de celebrarlos*”¹¹², dentro de este tipo de contratos encontramos, algunos muy relevantes, como lo son, el mandato o comisión, los contratos de cuenta corriente, o los contratos de construcción¹¹³.

Según los profesores Gómez y Eyzaguirre “*es natural que la quiebra haga desaparecer la fe en que se inspiran y por lo mismo la falencia que afecte a cualquiera de los contratantes causará la terminación del contrato*”¹¹⁴.

En nuestra opinión, la anterior afirmación no resulta del todo concordante con nuestra actual legislación – sí con la previa – ya que, entre los fines perseguidos según se desprende de la propia historia de la ley, como también de ciertas modificaciones que introdujo la misma, tales como la eliminación de ciertas “*anacrónicas*”¹¹⁵ presunciones de responsabilidad penal, es posible aseverar que entre los objetivos de la LC, se encontraba precisamente lograr la desestigmatización del deudor, por lo que hoy en día no se entiende porque el caer en un procedimiento de liquidación concursal implica una pérdida de la confianza legítima.

Este tema es especialmente relevante, ya que como se verá más adelante, existen mecanismos de realización del activo que implican la continuidad de la actividad económica, por lo que en caso de

¹¹⁰ (Ruz, 2017)

¹¹¹ CS, 1.3.2017. Rol 40681/2016.

¹¹² (Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart, 2020. p. 300)

¹¹³ (Molina Zaldívar y Ríos Salas, 2016. p. 43)

¹¹⁴ (Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart, 2020. p. 300)

¹¹⁵ (Araya y Bofill, 2013. p. 283)

un deudor cuyo giro se base principalmente en obligaciones de este tipo, por ejemplo una empresa constructora. Sus acreedores estarán impedidos de optar por esta alternativa, y por ende se verán eventualmente afectados, ya que tal vez podrían haber obtenido un mayor valor de sus activos de haber podido acceder a dicha forma de realización.

3.2.2 Contratos en que la ley expresamente contempla su término:

3.2.2.1 Compraventa:

Los efectos de la resolución de liquidación en los contratos de compraventa en curso, se encuentra expresamente regulado en el artículo 154 LC, el que dispone: “*El contrato de compraventa podrá resolverse por incumplimiento de las obligaciones del Deudor comprador, salvo cuando se trate de cosas muebles que hayan llegado a poder de este*”.

Tras su lectura, se concluye que en realidad la causal de término de este tipo de contratos no es la resolución de liquidación propiamente tal, sino que es el incumplimiento de las respectivas obligaciones, o sea, no es más que una repetición de la regla general en materia de contratos y obligaciones, en el sentido de que el incumplimiento permite pedir la resolución del mismo, de acuerdo a lo estipulado en el art. 1489 CC. Por ende, no se trata de una excepción en términos estrictos.

3.2.2.2 Contratos de Trabajo:

El artículo 163 bis del Código del Trabajo estipula que en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento de liquidación, la fecha de dictación de la resolución de liquidación será la fecha de término del contrato de trabajo. En otros términos, la resolución de liquidación está establecida como causal *ipso iure* de terminación del vínculo laboral.

Esta resolución automática no estaba contemplada en la antigua LQ, lo que generaba fuertes críticas por parte importante de la doctrina de ese entonces, ya que al encontrarse desregulados los efectos de la quiebra en los contratos de trabajo, se generaba incertidumbre y una serie de conflictos, que no eran de simple resolución por parte de la jurisprudencia¹¹⁶.

Dicha deficiencia fue corregida con la incorporación de este artículo en nuestra legislación laboral, disposición que en todo caso, tampoco ha resultado exenta de observaciones, algunos autores han hecho notar que a pesar de ser claramente un avance, queda de manifiesto una contradicción, específicamente porque nuestra legislación incorpora la posibilidad de continuar con el giro de la

¹¹⁶ (Caamaño, 2013. p. 193)

empresa, pero en cambio, “*se acepta sin mayor debate que la quiebra es sinónimo de la necesidad de terminar los contratos de trabajo*”¹¹⁷.

3.2.2.3 Contratos de Leasing:

En los artículos 224 al 227 LC, se regulan los efectos que provoca la RL en los Contratos de Leasing, también conocidos como de arrendamiento con opción de compra, innovación importante, porque como bien indica Puga, se reguló lo que fue un “*quebradero de cabeza*” bajo la vigencia de la legislación previa, pues la situación de estos contratos era muy precaria¹¹⁸.

En dicho sentido, el artículo 225 LC establece que la RL no constituye una causal automática de término del contrato de Leasing, sino que la Junta constitutiva de Acreedores será quien deberá decidir entre las diferentes alternativas disponibles: mantener vigente el contrato; ejercer anticipadamente la opción de compra; o terminar de forma anticipada el contrato restituyendo el bien.

¹¹⁷ (Caamaño, 2013. p. 202-203)

¹¹⁸ (Puga, p. 598)

CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DEL PASIVO Y DEL ACTIVO

1. DETERMINACIÓN DEL ACTIVO:

La determinación del activo del deudor es una etapa esencial del PCL, la que está a cargo del liquidador, quien realizará una serie de actos administrativos (y a veces semi-jurisdiccionales) tendientes a definir el conjunto de bienes del Deudor, los cuales se realizarán o enajenarán con el fin de poder pagar con lo producido a sus acreedores¹¹⁹.

1.1 Mecanismos:

Existen dos fases que marcarán este proceso. Por un lado una material, consistente en la diligencia de incautación y la posterior confección de inventario de los bienes del deudor; y por otro una jurídica, que refiere a las acciones que el liquidador inicie para el reintegro de bienes al activo, como aquellas que presenten terceros contra el deudor, para que le sean restituidos los bienes de su propiedad, separándolos del activo¹²⁰.

1.1.1 Incautación e inventario:

Como se adelantó en el segundo Capítulo de este trabajo, uno de los efectos de la RL es el desasimio del deudor, en que los bienes de este último pasan a ser administrados por el liquidador. Se desprende entonces, que el reflejo material de aquel efecto, es decir, su concreción, resulta ser la incautación de los bienes y la posterior confección del inventario, quedando el liquidador a cargo de su conservación.

Así lo establece el artículo 163 LC, el cual establece que una vez asumido el liquidador en su cargo, este debe: 1) adoptar inmediatamente las medidas conservativas necesarias para proteger los bienes del deudor, si es que se estima que son propensos a algún peligro y/o riesgo; 2) practicar la diligencia de incautación y confección de inventario de los bienes del deudor.

No está de más decir, que ambas actuaciones no solo cumplen con una finalidad meramente conservativa e individualizadora del activo del deudor, sino que también de información para los acreedores y el público en general, puesto que deben posteriormente publicarse en el Boletín Concursal en conformidad con lo dispuesto en el artículo 166 LC.

¹¹⁹ (Ruz, 2017)

¹²⁰ (Ibíd.)

1.1.1.1 Incautación:

La incautación ha de entenderse como una diligencia solemne, ordenada por el juez, que idealmente debe de realizarse en un solo acto y tan pronto es notificado el liquidador de su designación, por cuya virtud – y en presencia de un ministro de fe – materializa el desasimiento que afecta al deudor, desapoderándolo de sus bienes, los que pasan de pleno derecho a ser administrados por el liquidador¹²¹. De esta diligencia debe levantarse un acta, cuyo contenido esencial se encuentra regulado en el artículo 164 LC.

1.1.1.2 Confección de inventario:

El inventario de los bienes incautados, forma parte del acta de incautación y se materializa en el listado detallado, por partidas o ítems, de los bienes respecto de los cuales ha sido desapoderado el Deudor¹²². En cuanto a sus menciones esenciales, estas se encuentran señaladas en el artículo 165 LC.

Según expresa Ruz, la propia ley ni sus normas administrativas especiales establecen un procedimiento para impugnar el inventario, ya sea de parte del deudor, los acreedores o terceros, y solo se ha limitado a señalar en el numeral cuarto del artículo 164 LC, que en el acta de incautación deberá el liquidador dejar “*constancia de todo derecho o pretensión formulados por terceros en relación con los bienes del deudor*”¹²³. En cambio, en la LQ si existía dicha posibilidad, ya que específicamente su artículo 98 disponía: “*el fallido o los acreedores que tengan objeciones que hacer al inventario, las formularán en el plazo de quince días contados desde la fecha de publicación del aviso a que se refiere el N°3 del artículo 94*”¹²⁴.

Es indudable que la incerteza anterior produce un menoscabo a los acreedores, puesto que frente a eventuales discrepancias con respecto al inventario publicado, se debiese contar con un mecanismo preestablecido y claramente determinado para proceder a hacer valer dichas objeciones.

Sin embargo, este mismo autor indica que subsistiría una posibilidad para que los acreedores interesados en excluir un bien del inventario, eviten el eventual ejercicio de una acción reivindicatoria, a través del mecanismo de “resolución de controversias entre partes” contemplado en el artículo 131 LC, en donde se indicarían ciertas reglas específicas para resolver las cuestiones que suscitaren entre el deudor, el liquidador y cualquier otro interesado en relación a la administración de los bienes

¹²¹ (Ruz, 2017.)

¹²² (Ibíd.)

¹²³ (Ibíd.)

¹²⁴ (Ibíd.)

sujetos al procedimiento de liquidación. Lo que se efectuará a través de audiencias verbales ante el tribunal a solicitud del interesado¹²⁵.

1.2 Inexistencia o insuficiencia de bienes en la incautación:

La LC, a diferencia de su predecesora, no regula expresamente la situación que se produce cuando, al momento de realizar la incautación, el liquidador no encuentra bienes o estos sean insuficientes¹²⁶. Lo que si bien no es una situación tan usual, tampoco es del todo descabellada, especialmente si tenemos en cuenta que pueden existir empresas que ofrezcan determinados servicios con muy escasos bienes o activos, pensemos por ejemplo, en una pequeña empresa que ofrece servicios de seguridad, cuyo principal y único “activo” serían los propios trabajadores/guardias.

La LQ si contemplaba una solución a este problema, la que consistía en un sobreseimiento temporal del procedimiento concursal, o sea, se suspendía el procedimiento hasta que se encontraran bienes.

Si bien se puede estar de acuerdo o no con aquella solución – en nuestra opinión no era una solución eficiente puesto que podría ocurrir que nunca aparezcan nuevos bienes, y por ende, se mantenga en un estado de suspensión permanente – pero al menos, existía algún tratamiento.

Sobre este punto, la SIR se ha encargado de definir la noción de insuficiencia de bienes en su instructivo N° 2, el cual nos señala cuando estaríamos en presencia de esta hipótesis: “(...) *cuando con el producto de la realización de los bienes del deudor y los otros fondos de su propiedad, no se alcanzaren a pagar los créditos que gozan de las preferencias establecidas en los números 1 a 4 del artículo 2472 del Código Civil, preferencia esta último que comprende los honorarios del Liquidador*”.

En nuestra actual legislación, sólo hay mínimas disposiciones que hacen referencia a la insuficiencia de bienes, una de ellas es el artículo 38 inc. tercero LC, que dispone: “*Los liquidadores que fueren designados de conformidad a este artículo deberán asumir aun cuando el Procedimiento Concursal de Liquidación no tuviere bienes o fondos por repartir*” y otro es el artículo 40 LC que señala: “(...) *si constatare el liquidador que el Deudor carece de bienes, o que éstos son insuficientes para el pago de los honorarios que pudieren corresponderé, éste solo tendrá derecho a una remuneración de 30 unidades de fomento, que serán pagados por la Superintendencia con cargo a su presupuesto*”.

Consideramos que la actual forma en que la LC se hace cargo de este fenómeno, es equívoco. En especial, si nos encontramos frente a procedimientos voluntarios de liquidación, ya que en razón de

¹²⁵ (Ruz, 2017.)

¹²⁶ (Ibíd.)

lo expresado en los únicos artículos que tocan este punto, es posible desprender que no se considera como requisito para solicitar la apertura de este tipo de procedimientos que existan bienes suficientes en el patrimonio del deudor, lo que constituye una abierta invitación al mal uso de este procedimiento.

Al respecto, creemos que el camino correcto sería declarar la inadmisibilidad de una solicitud de inicio de un PCL voluntario si el deudor no tiene bienes suficientes, no sólo porque lo más probable es que se haya desecho simuladamente de sus bienes con el único propósito de defraudar a sus acreedores y obtener el beneficio de la exoneración de los saldos insolutos; sino que tampoco tiene sentido poner en movimiento toda la maquinaria judicial y administrativa que implica un PCL, si no existen bienes que repartir.

Este razonamiento ha sido compartido por cierta jurisprudencia, ya que como se adelantó en el segundo capítulo, parte de ella tiende a rechazar estas solicitudes, si no se indica que hay bienes suficientes, a pesar de no ser un requisito explícito en la ley. Lo que refuerza nuestra idea, de que al menos para el caso voluntario, entre los requisitos para su apertura, debiese incorporarse el que existan bienes que al menos alcancen para pagar los costos del procedimiento.

Otra posible solución, siguiendo lo propuesto por varios autores, sería que se condicione el beneficio de la exoneración legal de los saldos insolutos a la honestidad o buena fe del deudor – propuesta que ha sido incorporada como se verá más adelante en este trabajo, en el proyecto de reforma a la LC de septiembre de 2020 –, y qué se considere la solicitud de apertura sin bienes suficientes como una actitud presuntiva de mala fe del deudor, sin perjuicio que para algunos, como Caballero “*la inexistencia de activo o presentación de bienes de escaso valor al momento del inicio del procedimiento concursal no constituyen en sí mismos hechos excluyentes de la buena fe del deudor*”¹²⁷.

1.3 Acciones de separación de bienes:

Son acciones que derivan del derecho de separación que se le reconoce tanto al deudor como a terceros, para que puedan extraer los bienes que han sido incautados por el liquidador y que no pertenecen al deudor o que no pueden ser incautados según ley.

1.3.1 Acciones reales:

La acciones típicas para la consecución del objetivo previamente señalado, son la acción reivindicatoria si es que el solicitante es dueño de la cosa por la cual se acciona, y por extensión la

¹²⁷ (Caballero, 2018. p. 141-142)

acción publiciana. En cambio, esta última y las querellas posesorias si quien acciona es sólo poseedor de la cosa¹²⁸.

Es importante señalar sobre las acciones reivindicatorias, que estas se encuentran reguladas en los artículos 150 a 152 LC. En el artículo 150 LC se regulan las acciones reivindicatorias en general; en el artículo 151 LC lo relativo a la reivindicación de efectos de comercio; y en el artículo 152 LC lo que respecta a la reivindicación de mercaderías.

Lo destacable respecto de las dos últimas, es que se tratan más bien de hipótesis de acciones reivindicatorias impropias, en razón de que no se cumplirían los supuestos propios de la acción reivindicatoria propiamente tal. Puesto que conforme al artículo 889 CC: *“La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela”*.

En el segundo caso, es impropia porque la empresa deudora es sólo mera tenedora de estos efectos de comercio, y la regla general es que la acción reivindicatoria no proceda contra el mero tenedor. En el segundo, no solo porque también refiere a bienes que se tienen a título de mera tenencia al disponer este artículo que se trata de *“mercaderías a título de depósito”* sino porque además permite *“reivindicar el precio”* y las exigencias de la acción revocatoria general es que se trate de un cosa singular, es decir, sobre una especie o cuerpo cierto.

1.3.2 Acciones personales:

Caben dentro de esta denominación, las acciones que persiguen separar bienes del activo realizable pero que no revisten el carácter de acciones reales, sino que son acciones personales que se fundan en la existencia de un crédito, que buscan obligar a la masa a restituir o entregar algún bien a un tercero, por ejemplo, acciones del arrendador o del comodatario, así como también aquellas que buscan la restitución como consecuencia de una acción de nulidad, resolución o cumplimiento forzado¹²⁹.

1.3.3 Acciones administrativas:

Integran esta clasificación, aquellas peticiones que se conceden a terceros que pretenden derechos sobre los bienes del deudor y que formulan sus pretensiones en la diligencia de incautación de las cuales deja constancia el liquidador, o después, al publicarse en el Boletín Concursal. Estas acciones

¹²⁸ (Ruz, 2017)

¹²⁹ (Ibíd.)

tienen un carácter más bien administrativo, porque se efectúan a través del mecanismo de “resolución de controversias entre partes” del artículo 131 LC¹³⁰.

1.3.4 Acciones del propio deudor:

Por último, encontramos las acciones que puede ejercer el deudor ante el tribunal de la liquidación a fin de sustraer ciertos bienes del activo realizable, por tratarse de bienes inembargables¹³¹.

2. DETERMINACIÓN DEL PASIVO

En la determinación del pasivo se trata de definir qué acreedores tendrán derecho a participar de los repartos, estableciéndose bajo qué calidad y por qué cantidad concurrirán a ellos, para dicho fin, nuestra legislación concursal establece ciertas reglas procedimentales¹³², que regulan el mecanismo conocido como verificación de créditos.

2.1 Etapa de verificación:

2.1.1 Concepto y naturaleza jurídica:

*“La verificación es un acto procesal del acreedor, quien concurre ante el juez del procedimiento concursal, mediante una presentación formal, haciendo valer un crédito y la preferencia que crea tener contra el Deudor, a objeto de que sea pagado en el procedimiento concursal”*¹³³.

Puga, a su vez, delimita esta etapa como un plazo que la ley concede a los acreedores para demandar al deudor y a los demás acreedores, y cuya finalidad es confeccionar la nómina de acreedores que tendrán derecho a concurrir como beneficiarios del producto que resulte de la realización de los bienes del deudor¹³⁴.

Esta importante fase comienza con el llamamiento a todos los acreedores para que verifiquen sus créditos conforme a lo establecido en el artículo 129 N° 7 LC, y que se presenten con los documentos justificativos correspondientes, bajo el apercibimiento de no ser considerados en la nómina de créditos reconocidos – y por ende no pagados – de no cumplir con esta carga procesal. En los artículos 170 y ss. LC se encuentran las disposiciones que reglan esta etapa.

En cuanto a su naturaleza jurídica, existen discrepancias en la doctrina nacional, Puga la entiende como una *“demanda judicial”*¹³⁵, según dicho autor, en concordancia con la generalidad de la

¹³⁰ (Ruz, 2017.)

¹³¹ (Ibíd.)

¹³² (Ibíd.)

¹³³ (Chávez, 2019. p. 115)

¹³⁴ (Puga, 2014. p. 338)

¹³⁵ (Ibíd. p.354)

doctrina extranjera. Otros autores como por ejemplo , Ruz o los profesores Gómez y Eyzaguirre consideran que más bien se debe entender como una “*carga procesal*”¹³⁶.

2.1.2 Periodos de verificación:

2.1.2.1 Verificación ordinaria:

En la verificación ordinaria, en realidad coexisten dos periodos que transcurren paralelamente, uno que rige para los acreedores residentes en Chile y otro para los residentes en el extranjero¹³⁷.

2.1.2.1.1 Acreedores residentes en Chile:

Este período se encuentra regulado en el artículo 170 LC, donde se establece que el plazo es de 30 días contados desde la publicación de la Resolución de Liquidación en el Boletín Concursal, y en el artículo 172 LC, el que nos indica que este es fatal, al señalarse que un vez vencido el mismo se entenderá de pleno derecho cerrado dicho período, sin necesidad de resolución ni notificación alguna. Una vez trascurrido este término, el liquidador publicará su cierre en el Boletín Concursal junto con la nómina de créditos verificados.

2.1.2.1.2 Acreedores residentes en el extranjero:

El período ordinario de verificación para acreedores residentes en el extranjero es un plazo individual, en el sentido de que se comienza a contar desde que cada acreedor recibe la respectiva notificación. En este aspecto, la LQ se remitía a la tabla de emplazamiento del artículo 259 del CPC que determinaba cuanto se extendía el plazo de verificación ordinario conforme a la ubicación del acreedor, pero en nuestra actual legislación concursal no existe tal remisión. Lo que conforme a Puga “*dejó en el limbo la determinación de cuál es el período ordinario de verificación de estos acreedores, porque el art. 170 no hace distinción entre unos y otros acreedores al fijar el plazo de los 30 días*”¹³⁸.

En todo caso, el artículo 252 LC se haría cargo de la situación de los acreedores fuera del territorio de la república, al expresar lo siguiente: “*La cantidad reservada para los acreedores residentes fuera del territorio de la República permanecerá en depósito hasta el vencimiento del duplo del término de emplazamiento que les corresponda (...)*”.

De esta disposición, el mismo Puga sostiene que es posible inferir, además de una obligación de reserva para el liquidador, que los acreedores en el extranjero que no han verificado, podrían hacerlo

¹³⁶ (Ruz, 2017), en igual sentido: (Gómez Balmaceda y Eyzaguirre Smart, 2012. p.378)

¹³⁷ (Puga, 2014. p. 342)

¹³⁸ (Ibid. p. 343)

hasta un plazo igual al duplo del término de emplazamiento que les corresponda, y que por tanto, los acreedores ya no gozan de un plazo de 30 días más el término de emplazamiento, sino sólo el duplo de aquellos 30 días¹³⁹.

Pero la crítica que hace este autor al anterior tratamiento, consiste en que la ley no explica como adquieren la calidad de reconocidos los créditos de este tipo de acreedores, ni cómo se les impugna. Si se tiene en cuenta que es probable que verifiquen transcurrido el período de verificación ordinario de los acreedores residentes en Chile, pareciera que el régimen aplicable sería el propio de las verificaciones extraordinarias¹⁴⁰.

De lo expuesto, es posible concluir que el tratamiento que da nuestra LC a la verificación de este tipo de acreedores, es una manifestación más del intento por parte del legislador de acortar los plazos del PCL, produciendo como contrapartida un notorio debilitamiento de la posición de esta clase de acreedores, cuando en teoría debiesen gozar de una igualdad de trato, especialmente si se trata de tardanzas no atribuibles a su persona sino a su ubicación.

2.1.2.2 Verificación extraordinaria:

Nuestra legislación contempla también un periodo extraordinario de verificación, regulado en el artículo 178 LC, el cual establece: *“Los acreedores que no hayan verificado sus créditos en el periodo ordinario, podrán hacerlo mientras no esté firme y ejecutoriada la Cuenta Final de Administración del Liquidador, para ser considerados solo en los repartos futuros, y deberían aceptar todo lo obrado con anterioridad”*.

La justificación de este tratamiento desigual, se encontraría en el efectivo resguardo de los intereses de los acreedores que verificaron en el período regular, ya que el PCL debe continuar su marcha, y no debe por tanto, acomodarse a los intereses de aquellos acreedores que por descuido o desidia no verificaron en el plazo establecido para aquello¹⁴¹.

Creemos que el permitir la verificación extemporánea pero sujeta a determinadas sanciones es la solución idónea, puesto que logra un adecuado equilibrio entre la protección de los intereses de aquellos acreedores que han sido diligentes, con el interés de aquellos que igualmente acreedores aunque negligentes, no han perdido dicha calidad, y por ende, resultaría excesivo excluirlos de ser reconocidos como tal por el sólo hecho de no verificar en el corto período establecido para ello.

¹³⁹ (Puga, 2014. p. 343-344)

¹⁴⁰ (Ibid p.344)

¹⁴¹ (Ibid. p.345)

2.1.3 Créditos que no requieren verificación:

Necesario es prevenir, que la regla general – en concordancia con el principio *par conditio creditorum* – es que todos los créditos se deben verificar, sin embargo, como toda regla, tiene también algunas excepciones, existiendo ciertos créditos que no requieren verificarse, sino que se pagan administrativamente. Modalidad de pago – que como veremos con mayor detalle más adelante – se encuentra regulada en el artículo 244 LC.

2.1.3.1 Créditos contra la masa:

Los acreedores contra o de la masa – en contraposición a los acreedores en la masa, que son “*aquellos cuyas acreencias son anteriores a la sentencia de liquidación*”¹⁴² – son aquellos acreedores cuyos créditos fueron contraídos con posterioridad a la resolución de liquidación, se trata de los establecidos en el artículo 2472 CC, específicamente en su N°1: los que contrae el liquidador en el interés general de los acreedores; y en su N°4: aquellos gastos incurridos para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, por la administración del procedimiento, y por la realización del activo; y a estos, se deben sumar aquellos que se indican en el artículo 171 LC: los créditos provenientes de servicios de utilidad pública que se suministren con posterioridad a la notificación de la resolución de liquidación¹⁴³.

2.1.3.2 Créditos provenientes de las remuneraciones del trabajadores:

El artículo 244 N° 2 LC también nos prescribe que no requieren verificarse aquellos créditos establecidos en el artículo 2472 N° 5 y 2472 N° 8 CC, los que consisten en determinados créditos relacionados con remuneraciones e indemnizaciones de naturaleza laboral, los que según el 244 N° 2 LC: “*podrán pagarse previa revisión y convicción del Liquidador sobre la suficiencia de los documentos que le sirven de fundamento, sin necesidad de verificación ni de acuerdo de junta que acredite el pago*”.

Además, este mismo artículo permite que los créditos contemplados en ambos numerales puedan verificarse de manera condicional, o sea, cuando ni siquiera hay un crédito propiamente tal sino una mera expectativa, y en tal caso, el liquidador deberá reservar fondos suficientes para el evento en que se acoja la demanda acreditando su existencia.

¹⁴² (Ruz, 2017)

¹⁴³ (Puga, 2014. p. 359)

2.1.4 Requisitos para verificar un crédito:

Recapitulando, para que se entiendan reconocidos los créditos y se puedan pagar con el producto del concurso, es menester – salvo contadas excepciones – verificar dichos créditos. Pero, nuestra legislación exige una serie de requisitos que se deben cumplir para poder efectuarla válidamente, lo que provoca la exclusión de determinados acreedores del concurso, y en consecuencia, un perjuicio para ellos.

2.1.4.1 Créditos dinerarios:

Este requisito, consiste en que debe tratarse de créditos cuyo valor en dinero debe estar definido, y aunque no se encuentra consagrado en términos explícitos en nuestra legislación, tanto la doctrina¹⁴⁴ como la jurisprudencia han desprendido este requisito del artículo 136 LC, que versa sobre la exigibilidad y reajustabilidad de las obligaciones, donde solamente se hace mención a las obligaciones dinerarias; y el artículo 145 N° 2 del mismo cuerpo legal, que nos indica que el *“acreedor sólo podrá verificar el monto (...)”*, de lo que se derivaría que lo que se verifica es el valor del crédito.

En consecuencia, se deja fuera a un potencial grupo de acreedores del PCL, ya que no todas las obligaciones son líquidas, hay también una no despreciable posibilidad de que existan obligaciones cuyo valor no se encuentre determinado, por no ser lo adeudado estrictamente una cantidad de dinero.

Las razones que justificarían esta exigencia, emanarían de la propia naturaleza y función del PCL, pues si lo buscado es precisamente el pago justo y proporcional a todos los acreedores, debe utilizarse una medida común de valor como el dinero, no pudiéndose pagar al acreedor de una obligación ilíquida con una suma de dinero, sumado a que admitir dicha posibilidad implicaría dilatar en demasía el proceso¹⁴⁵.

Sin embargo, compartimos la crítica hecha a esta exclusión por parte de Puga, quien estima que esta deficiencia deja en serias dificultades a un importante grupo de acreedores, como aquellos a quienes se le deben bienes, como ocurriría por ejemplo en la liquidación de una empresa inmobiliaria respecto de inmuebles que ya fueron vendidos pero no entregados, u obligaciones de hacer, como lo son las promesas de compraventa¹⁴⁶.

Una opción que tendrían estos acreedores sería iniciar un juicio declarativo para obtener una reducción a dinero de la obligación no dineraria, sin embargo, esta solución no es adecuada, porque

¹⁴⁴ (Puga, 2014. 362-363)

¹⁴⁵ (Ibid. p. 362-363)

¹⁴⁶ (Ibid. p. 363)

se trata de juicios de lata tramitación y que posiblemente se prolonguen más allá de transcurrido el concurso¹⁴⁷, o al menos se extenderá hasta más allá del período ordinario de verificación, provocando de igual manera un perjuicio para estos acreedores.

La alternativa que le quedaría a estos acreedores sería de igual forma verificar dichos créditos, asignándoles el monto que estiman estaría avaluada la obligación no dineraria adeudada, sin embargo, aquello reafirma la débil posición de estos acreedores, puesto que al no cumplirse con un requisito de la verificación, son propensos a la objeción y posterior impugnación por parte de los demás acreedores, quedando por lo tanto a merced “*de la buena voluntad y buena fe de parte de los restantes acreedores*”¹⁴⁸, y teniendo en cuenta que el patrimonio del deudor es limitado, difícilmente los acreedores facilitarán el ingreso al concurso de un crédito que no cumple con los requisitos exigidos por la ley.

Lo hasta ahora expuesto deja en evidencia la desprotección que afecta a un importante grupo de acreedores, que se verán impedidos de acceder a un mecanismo concursal cuyo fin debiese ser velar por la igualdad de los acreedores, pero que al mismo tiempo excluye a parte de ellos, discriminándolos exclusivamente por el tipo de obligación que se les adeudada.

A mayor abundamiento, son varios los ordenamientos en el derecho comparado que sí permiten a estos acreedores verificar sus créditos. Como ocurre, por ejemplo, en Argentina y también en España.

En el país trasandino, el artículo 127 de la Ley de Concursos y Quiebras dispone expresamente: “*Los acreedores de prestaciones no dinerarias, de las contraídas en moneda extranjera o aquellos cuyo crédito en dinero deba calcularse con relación a otros bienes, concurren a la quiebra por el valor de sus créditos en moneda de curso legal en la República Argentina, calculado a la fecha de la declaración o, a opción del acreedor a la del vencimiento, si este fuere anterior*”. Es decir, los créditos no dinerarios deben de igual forma verificarse, mediante la estimación del valor de dichas obligaciones por parte del propio acreedor.

En nuestra opinión, si bien consideramos que una legislación que contempla la posibilidad de verificación de este tipo de prestaciones, es a todas luces un avance en comparación con el contemplado en nuestra LC, compartimos en parte la crítica a la solución por la cual opta el ordenamiento concursal argentino efectuada por Puga, quien señala al respecto que la apreciación arbitraria del acreedor del valor dinerario de una obligación de otra índole escapa de los límites de lo

¹⁴⁷ (Puga, 2014. p. 363)

¹⁴⁸ (Ibid. p. 363)

jurídico, ya que lo que correspondería más bien, si no es posible cumplir en la especie, es demandar la indemnización de perjuicios respectiva¹⁴⁹.

Asimismo, legislación concursal española contempla normas en un sentido similar, por ejemplo, en su sección 2ª “*De la comunicación y reconocimiento de créditos*”, en su artículo 88 N° 4 señala : “*Los créditos que tuvieran por objeto prestaciones no dinerarias o prestaciones dinerarias determinadas por referencia a un bien distinto del dinero se computarán por el valor de las prestaciones o del bien en la fecha de la declaración de concurso*”. Y el 146 del mismo cuerpo legal dispone: “*(...) la apertura de liquidación producirá el vencimiento anticipado de los créditos concursales aplazados y la conversión en dinero de aquellos que consistan en otras prestaciones*”.

De todas formas, este tratamiento igualmente ha sido objeto de otras críticas por parte de la doctrina de aquel país, puesto que podría dar lugar a situaciones injustificadas, especialmente porque no incorporarían el reconocimiento de daños y perjuicios¹⁵⁰.

Es por eso, que coincidimos con Puga, que la solución más adecuada para resolver este asunto debiese ser el establecimiento de un procedimiento sumarísimo destinado, precisamente, a la liquidación en “*moneda quiebra*” de todas las obligaciones no dinerarias del deudor, cuyo inicio debe ser solicitado por el acreedor interesado¹⁵¹.

2.1.4.2 Créditos documentarios:

El segundo requisito exigido para la verificación se encuentra contemplado en el artículo 170 LC, el cual versa sobre la obligación de acompañar los títulos que justifican dicho crédito.

La razón de esta exigencia, tiene que ver con la necesidad de que los créditos cuya existencia se alega vengán acompañados de cierto respaldo, sin que esto signifique que lo que se requiera sea un título ejecutivo, sino que como bien precisa Puga: “*basta con que sea un antecedente escrito que pruebe o dé certeza de la existencia de la obligación*”¹⁵².

Sin embargo, este autor expresa su inconformidad con la forma en que este requisito se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento, señalando que el término “*justificativos*” resulta vago e impreciso, al no delimitar el valor probatorio que deben tener estos títulos, lo que podría conllevar

¹⁴⁹ (Puga, 2014. p. 364)

¹⁵⁰ (Cervera, 2012. p. 201)

¹⁵¹ (Puga, 2014. p. 365)

¹⁵² (Ibid. p. 367)

eventuales acciones fraudulentas del propio deudor, en que reconozca deudas mediante cartas privadas, con el solo propósito de defraudar a sus acreedores¹⁵³.

Sin desmerecer las legítimas preocupaciones expresadas por Puga en relación a esta materia, también creemos que un criterio muy estricto, puede igualmente resultar perjudicial para los acreedores, especialmente, si tenemos en consideración que no todas las obligaciones deben constar por escrito, ya que existen también muchas obligaciones cuya fuente es un contrato de naturaleza consensual, o dicho de otro modo, que se perfeccionan por el solo consentimiento¹⁵⁴.

Es más, tal como nos recuerda Gonzalo Figueroa Yáñez: “*el consensualismo es la regla general, a menos que la ley establezca de manera expresa lo contrario*”¹⁵⁵.

Por lo tanto, el seguir un criterio en extremo riguroso puede conllevar a que en la práctica el remedio termine siendo peor que la enfermedad, al dejar fuera a todos aquellos acreedores cuyos créditos tengan un origen verbal y/o consensual, y que por ende se les dificulte en demasía respaldar la existencia del crédito adeudado.

2.1.4.3 Créditos anteriores a la resolución de liquidación:

El restante requisito se desprende de ciertos artículos, tales como el 134, 255, 244 y 249 LC, y tiene relación con que solo pueden verificarse aquellos créditos anteriores a la Resolución de Liquidación.

Como consecuencia, los acreedores futuros, es decir, aquellos que adquieren tal calidad posteriormente a la apertura del concurso, no tienen derecho a ejecutar sus acreencias en dicho patrimonio, pero tal como advierte Puga, esta insensibilidad no es absoluta, sino que existen excepciones: aquellas contraídas por el liquidador; aquellas obligaciones que llevan aparejada la adquisición de bienes futuro adquiridos a título gratuito; y las obligaciones conexas que se han contraído para la adquisición de bienes futuros a título oneroso¹⁵⁶.

2.1.5 Objeciones e impugnación de créditos:

Ambas etapas – objeciones como impugnaciones – forman parte de lo que adecuadamente denomina el Profesor Ruz como el “*Período de observación de los créditos verificados*”¹⁵⁷, fase importantísima del PCL, ya que permite que cualquiera de los interesados – acreedores, deudor o liquidador – puedan poner en duda la veracidad de las verificaciones, evitando con ello que afecte al conjunto de

¹⁵³ (Puga, 2014. p. 368)

¹⁵⁴ Artículo 1443 del Código Civil

¹⁵⁵ (Figueroa Yáñez, 2011. p. 127)

¹⁵⁶ (Puga, 2014. p. 372)

¹⁵⁷ (Ruz, 2017)

acreedores, y que se asegure que los créditos que se pagarán sean los que efectivamente se adeudan y/o que las preferencias sean las correctas. Si no hay objeciones, o si finalmente se rechaza su impugnación, este de manera automática pasará a ser reconocido, no existiendo ninguna etapa posterior en que se pueda volver a discutir el reconocimiento de dichos créditos, he ahí su gran relevancia. Ambas subetapas se encuentran reguladas en los artículos 174 y 175 LC respectivamente.

2.1.5.1 Objeción de créditos:

Una vez publicada la lista de créditos verificados en el Boletín Concursal, se abre un etapa de 10 días contados desde el vencimiento del período ordinario para deducir objeciones sobre la existencia, montos o preferencias de los créditos verificados.

Tal como expresa Ruz, la LC innovó en esta materia al contemplar un procedimiento previo a la calificación de impugnado que pudiera recibir un crédito verificado, similar al procedimiento de “*pre-verification*” del Derecho Concursal francés¹⁵⁸.

Un aspecto que nos parece bastante interesante de esta etapa, es que se contemplaría un mecanismo que permite que las observaciones efectuadas a los créditos verificados, puedan ser arbitradas y subsanadas por el liquidador, sin necesidad de un procedimiento previo y sin intervención judicial, aunque igualmente deben presentarse dichas objeciones ante el tribunal que se encuentra conociendo del procedimiento.

Destacamos esta innovación, principalmente porque vendría a incorporar mecanismos de solución alternativa de conflictos dentro de la lógica del PCL, otorgando facultades de mediador al propio liquidador, y así ha sido comprendido por Goldenberg – que si bien hace referencia a la idéntica facultad que tiene el veedor en el PCR – señala que una importante razón de incorporación de esta posibilidad fue justamente, que debido al principio de celeridad que rige a nuestro sistema concursal actual, otorga un escaso tiempo al tribunal para resolver aspectos tan trascendentales como la conformación del pasivo, así, el sistema de objeciones funcionaría como importante filtro para que el tribunal, al resolver las impugnaciones, sólo conozca aquellos conflictos que no hayan sido de fácil solución¹⁵⁹.

2.1.5.2 Impugnación de créditos:

Ruz define la impugnación como “*la calificación jurídica que adquiere la objeción de un crédito cuando el acreedor verificador no ha subsanado los capítulos de reproche que se le han formulado,*

¹⁵⁸ (Ruz, 2017)

¹⁵⁹ (Goldenberg, 2018)

*créditos que pasan a integrar la nómina de créditos impugnados que se agrega al expediente, y cuya resolución corresponde al juez de la liquidación en una audiencia única que se realiza para el efecto”*¹⁶⁰.

Puga en cambio, la comprende como *“la oposición a la ejecución que representa la demanda ejecutiva individual que es precisamente la demanda de verificación de créditos”*¹⁶¹.

De no ser subsanadas las objeciones deducidas, aquellos créditos serán considerados como impugnados, lo que obligará al liquidador a acumular y emitir un informe al tribunal respecto de si existen o no fundamentos plausibles al respecto, incorporándolos a una nómina de créditos impugnados (en adelante NCI), la que junto con el informe serán publicados en el Boletín Concursal, dentro de los 10 días siguientes a la expiración del plazo de objeción.

Una vez que el tribunal se encuentre en conocimiento del informe y de la NCI acompañada en el expediente, este asumirá un rol activo, citando a una audiencia única y verbal para el fallo de las respectivas impugnaciones, la que deberá desarrollarse dentro de 10 días contados desde la notificación de la resolución que tiene por acompañada dicha nómina. A la audiencia podrán concurrir los impugnantes, el deudor, el liquidador y los acreedores impugnados¹⁶².

Puga ha deslizado ciertas críticas al procedimiento antedicho, en especial, porque estos informes serían muy determinantes para los jueces, debido a su incapacidad de poder analizar detenidamente cada caso. En consecuencia, quienes estarían en la práctica efectuando la actividad jurisdiccional sería el propio liquidador, relegándose al juez a un papel secundario¹⁶³.

Si bien compartimos dicha observación, creemos que no debiesen ir dirigidas hacia el tratamiento impugnatorio contemplado en la LC propiamente tal, sino a características más macro de nuestro ordenamiento concursal, como sus acotados plazos, y sobre todo, a la inexistencia de tribunales especializados que impiden que estos puedan realizar un examen exhaustivo de las impugnaciones en tan cortos plazos.

La resolución que falle estas impugnaciones, ya sea acogéndolas o desestimándolas, ordenará la incorporación o modificación de los créditos en la nómina de créditos reconocidos, según corresponda. Esta nómina actualizada deberá publicarse en el Boletín Concursal dentro de los 2 días siguientes a la fecha en que se dicte la resolución indicada.

¹⁶⁰ (Ruz, 2017)

¹⁶¹ (Puga, 2014. p. 386)

¹⁶² (Ruz, 2017)

¹⁶³ (Puga, 2014. p. 389)

Finalmente, y conforme lo dispuesto en el artículo 177 LC, respecto de esta resolución procede el recurso de apelación pero con el solo efecto devolutivo.

2.1.5.3 Nómina de créditos reconocidos:

La Nómina de créditos reconocidos “*es el documento que da cuenta de los resultados de la fase de verificación*”¹⁶⁴. La que podrá verse actualizada no sólo en aquellos casos en que se resuelvan impugnaciones de créditos, sino también, cuando deban agregarse créditos que se han verificado extemporáneamente.

Su efecto fundamental, es que sólo aquellos acreedores que figuren en esta nómina tendrán derecho a participar de los repartos que se efectúen producto del concurso¹⁶⁵.

3. REALIZACIÓN DE LOS BIENES

Una vez determinada la masa de bienes de propiedad del Deudor, y el total de su deuda concerniente a cada uno de sus respectivos acreedores, corresponderá liquidar dichos bienes para poder efectuar el pago. Para lograr dicho propósito, nuestra legislación contempla más de un mecanismo, por lo que la cuestión relevante en esta etapa es determinar cuál de ellos resulta ser el más óptimo para lograr la ansiada maximización del pago a los acreedores.

Ruz nos entrega una definición – en nuestra opinión parcial – de este proceso, señalando que se trata del “*conjunto de actos y modalidades de venta y transferencia de derechos y bienes del Deudor que tienen por objeto convertirlos en Dinero para proceder al reparto y pago de los créditos*”¹⁶⁶.

3.1 Formas de Realización:

Existen diversas maneras en que se podrá llevar adelante este proceso, debiendo hacerse una primera gran distinción respecto del mecanismo, dependiendo de si se va a efectuar por disposición o por administración¹⁶⁷.

3.1.1 Por disposición:

Cuando hacemos referencia a esta manera de realización, estamos hablando de todas aquellas formas que implican una venta de bienes para obtener la mayor cantidad de dinero posible producto de dicha enajenación.

¹⁶⁴ (Puga, 2014. p.396)

¹⁶⁵ (Ruz, 2017)

¹⁶⁶ (Ibid.)

¹⁶⁷ (Puga, 2014. p. 579)

Dentro de esta modalidad, debe realizarse una subdistinción según cómo se dispondrá de dichos bienes:

3.1.1.1 Simplificada o Sumaria:

La realización simplificada es aquella que procede en los casos que establece el artículo 203 LC. Su denominación no dice relación sólo con las exigencias menos estrictas que se imponen al liquidador, como tampoco con los tiempos máximos que debe demorar, sino que más bien con un conjunto de reglas preestablecidas y ofrecidas por el legislador al propio liquidador, que le permiten tomar ciertas decisiones sin necesidad de tener que consultarlas previamente a la junta de acreedores¹⁶⁸.

A diferencia de lo que la lógica podría darnos a entender, la realización sumaria o simplificada constituye la regla general en nuestro ordenamiento, y no así la ordinaria. No sólo porque procede para ciertas situaciones específicas – tales como ser que el deudor sea una microempresa o que el activo realizable sea menor a 5.000 UF – que muy posiblemente constituyan el común de los casos de deudores afectos al PCL. Sino que también, porque procede de igual forma aunque no nos encontremos frente a una de sus causales, por el sólo hecho de acordarlo así la junta o incluso cuando no exista acuerdo de la junta *“en cuanto a la forma de realización o dicho acuerdo no haya podido obtenerse por falta de quórum o simple silencio de los acreedores”*¹⁶⁹.

Es por ello, que Ruz define a esta: *“como aquella forma general de realización de los bienes de la Empresa Deudora en liquidación por cuya virtud, bajo los términos definidos por el liquidador y aprobados por el tribunal, conforme a las reglas que establece la Ley, se dispone de manera más rápida y eficientemente posible la venta y enajenación de los bienes de la Empresa Deudora”*¹⁷⁰.

En cuanto a los mecanismos que contempla, estos difieren dependiendo del tipo de bien de que se trate, el artículo 204 LC nos dice que tratándose de bienes muebles la regla general es que su realización – al igual que los inmuebles – quede entregada a un martillero concursal. La excepción son los bienes muebles con presencia bursátil, los que deben venderse directamente en remate en bolsa.

Casi de forma instintiva nos surge la interrogante respecto de si una realización de este tipo, resulta o no atentatoria contra los intereses de los acreedores, puesto que el ser un mecanismo apresurado y simplificado podría conllevar que la venta de dichos bienes se produzca a un menor precio que el de

¹⁶⁸ (Ruz, 2017)

¹⁶⁹ (Ibid.)

¹⁷⁰ (Ibid.)

mercado¹⁷¹, sin embargo, no consideramos que aquel riesgo sea efectivo, no sólo porque muchas veces una venta simplificada implica menores costos de transacción, sino que además, la venta a través de los mecanismos propios de la realización ordinaria tampoco aseguran una venta a un mayor precio.

3.1.1.2 Ordinaria:

El artículo 207 LC nos expone el principio general de este tipo de realización, que es que la Junta de Acreedores es a quien le corresponde decidir sobre sobre la forma de llevarla a cabo. Y aunque luego, el propio legislador en el artículo siguiente, nos detalla cuales serían estas modalidades, ese listado no resulta taxativo, puesto que precisamente el último numeral deja abierta la posibilidad de que se escoja cualquier “*otra forma distinta de realización de bienes*”.

Se desprende entonces, que existen ciertas modalidades de realización ordinaria típicas, en razón de que se encuentran expresamente tipificadas en el artículo 208 LC, y otras atípicas que pueden libremente acordar los acreedores.

Libertad que consideramos del todo sensata y acorde con los fines propios del concurso, ya que como correctamente exponen Contador y Palacios “*esta capacidad de autodeterminación radica en que los efectos positivos o negativos se radicarán precisamente en la esfera de interés de quienes adopten el acuerdo concreto*”¹⁷².

Entre las modalidades típicas, aparecen dos que nos llaman especialmente la atención: la venta como unidad económica; y la oferta de compra directa.

3.1.1.2.1 Venta como unidad económica:

Si bien está contemplada explícitamente en el artículo 208 N° 3 LC, aquella disposición no nos entrega un concepto de que debe entenderse como “unidad económica”, por lo que debemos remitirnos a las definiciones que la doctrina ha utilizado para delimitarla.

Nos quedamos con la indicada por Puga, quien señala que “*debe tratarse de un conjunto de bienes corporales e incorporales, e inclusive intangibles, que tengan una relación económica inmanente ajustada a una finalidad productiva de bienes o servicios*”¹⁷³.

En todo caso, ha existido discrepancia en la doctrina respecto a si implica o no una continuación del giro de la empresa, o solo la transferencia del conjunto de activos de la misma. La distinción es

¹⁷¹ (Ruz, 2017.)

¹⁷² (Contador y Palacios, 2015. p. 226)

¹⁷³ (Puga, 2014. p. 619)

relevante, ya que si se sigue la primera interpretación, ello conllevaría la transferencia de pasivos y de los contratos de trabajo de dicha empresa¹⁷⁴.

Esta sería la interpretación que tendrían, por ejemplo, Contador y Palacios, quienes describen esta modalidad de realización como ventajosa no exclusivamente para los acreedores, ya que no solo podría facilitar una mayor recuperación de los créditos, sino que también es beneficiosa para la comunidad en su conjunto – y especialmente para los trabajadores –, puesto que permite la pervivencia de la empresa¹⁷⁵.

Sin embargo, no compartimos que aquella sea la interpretación correcta, sino que consideramos, en concordancia con otros autores¹⁷⁶, que correspondería solamente a la transferencia de los activos de la empresa, sin implicar una obligación de continuar el giro, varios son los argumentos que justificarían esta idea, pero en nuestra opinión, el más convincente resulta ser que no sería coherente con el efecto ya estudiado que provoca la dictación de la resolución de liquidación, de poner término inmediato a los contratos de trabajo. Sin perjuicio de lo anterior, nada obsta a que el adquirente de la unidad económica efectivamente busque continuar con el giro de la empresa decidiendo mantener los contratos de trabajo.

Precisamente, por esta y otras complejidades connaturales a esta modalidad, es que si bien hay cierto consenso en que es una – al menos en el papel – atractiva alternativa, en la práctica es poco utilizada¹⁷⁷.

No se puede dejar de mencionar el principal efecto que conlleva la venta como unidad económica, contemplado en el artículo 218 LC, consistente en la suspensión del derecho preferente que gozan los acreedores con garantías reales sobre los bienes de dicha unidad económica, para iniciar o continuar en forma separada las acciones dirigidas a realizar dichos bienes en garantía.

A simple vista, esto sería claramente atentatorio contra el interés de aquellos acreedores que justificadamente gozan de dicha preferencia, sin embargo, haciéndose cargo de lo anterior, es que el artículo 219 LC permite que ante tales situaciones, la Junta de Acreedores pueda acordar que se indique específicamente en las bases la parte del precio de venta de la unidad económica que corresponderá a cada activo en garantía.

¹⁷⁴ (Ruz, 2017)

¹⁷⁵ (Contador y Palacios, 2015. p. 229), en igual sentido: (Caamaño, 2013. p. 199)

¹⁷⁶ (Ruz, 2017), en igual sentido: (Puga, 2014. p. 619)

¹⁷⁷ (Contador y Palacios, 2015. p. 229)

En síntesis, consideramos que se trata de una opción que podría resultar beneficiosa para los acreedores, puesto que no pocos serán los casos en que podrá darse el supuesto en que el valor como unidad económica sea mayor que el conjunto de bienes de dicha empresa individualmente valorizados, es por eso que creemos que contemplar una alternativa como ésta, pero que por deficiencias e indeterminaciones legislativas sea subutilizada, provoca un perjuicio para los acreedores que se ven en la práctica dificultados para optar por esta modalidad, renunciando involuntariamente a una eventual mayor recuperación de sus créditos. Por dichas razones, es que creemos que debiese buscarse un perfeccionamiento en su regulación.

3.1.1.2.2 Oferta de compra directa:

Esta forma de disposición, como su propia denominación nos indica, se inicia con una “oferta”, concepto que no es de fácil comprensión, ya que nuestras normas atinentes carecen de una aproximación conceptual de la misma, sin embargo, como bien nos precisan Varas y Momberg, la doctrina ha estado de acuerdo en definirla como *“el negocio jurídico unilateral por medio del cual una parte propone a otra a otra la celebración de una determinada convención, de modo tal que, aceptada pura y simplemente, quede perfecto el negocio”*¹⁷⁸.

Por lo tanto, es posible definir esta modalidad, como la realización del activo del deudor que se efectúa mediante la aceptación de una propuesta u oferta de un interesado en la adquisición de todo o parte de dicho activo, sin necesidad de someterse a una puja o subasta por dichos bienes.

La LC introdujo un cambio importante en esta modalidad de disposición, puesto que en la antigua LQ se exigía obtener el voto favorable del propio deudor para su procedencia. Hoy, nuestra legislación concursal excluye al deudor de dicha determinación, aunque exige la aprobación con un quorum más elevado de parte de la Junta de Acreedores. De todas formas es posible sostener, que nuestra legislación concursal – tanto la nueva como la antigua – siempre ha exigido mayores requisitos que los habituales para decidirse por este mecanismo.

Coincidimos con Puga en que la actual fórmula es la correcta, en razón que el antiguo tratamiento resultaba inconveniente para los acreedores, ya que no siempre era posible obtener su voto favorable, o implicaba que parte del precio en mente del oferente debía ir este¹⁷⁹.

Las normas que rigen esta técnica de realización son los artículos 222 y 223 LC. El primero de ellos nos indica que todas las ofertas de compra directa deben ir dirigidas al liquidador, quien será el encargado de exponérselas a la Junta de Acreedores. El segundo nos puntualiza que se requiere un

¹⁷⁸ (Varas y Momberg, 2006. p. 62)

¹⁷⁹ (Puga, 2014. p. 627)

quorum especial para su aprobación de 2/3 del pasivo con derecho a voto, aunque luego consagra una excepción, exigiéndose un quorum menor (quorum calificado) de sólo la mayoría absoluta del pasivo total con derecho a voto, pero en tal caso deberán igualmente someterse a remate dichos bienes, con la salvedad que el precio mínimo será igual al valor de la oferta presentada, y en el caso que no se presentaren postores, se adjudicarán dichos bienes al oferente en los términos originalmente propuestos.

Consideramos concordante con el resguardo de los intereses de los acreedores, el que se exija un acuerdo amplio para la elección de esta modalidad, ya que si se da una aceptación de esa magnitud, probablemente es porque el negocio ofrecido es atractivo; pero aún más positivo – en nuestra opinión – resulta ser la alternativa adoptada para los casos en que no se alcance el quorum especial pero sí exista una mayoría absoluta a favor de su aprobación, pues se contempla un mecanismo que asegura un resultado mínimo pero donde igualmente se busca maximizar el retorno posible por dichos bienes.

3.1.1.3 Extraordinaria:

3.1.1.3.1 Bienes de realización impostergable:

En el artículo 212 LC se establece una regla especial para las realizaciones impostergables, otorgándose una mayor libertad al liquidador, quién podrá realizar en cualquier momento, al martillo o por venta directa, aquellos bienes muebles que considere están expuestos a inminentes riesgos de deterioro o devaluación, o que impliquen cuantiosos gastos de conservación, debiendo sí, informar de dichas realizaciones en la Junta de Acreedores inmediatamente posterior.

3.1.1.3.2 Bienes de difícil realización:

El artículo 228 LC regula específicamente la realización de créditos morosos y activos muebles de difícil realización.

Para estas dos hipótesis, el antedicho artículo permite a la Junta de Acreedores decidir la forma y precio en que se venderán, siempre que: se haya decidido con un quorum calificado; que habiéndose ofrecido en venta al martillo, sin precio mínimo, no se haya recibido oferta alguna; o cuando al menos tres martilleros han rechazado dicho encargo por el escaso monto esperado por su realización.

3.1.1.3.3 Bienes de Costosa realización:

Si bien no constituye una realización propiamente tal – sino todo lo contrario – es relevante tener claro esta norma especial, contemplada en el artículo 229 LC, la cual permite renunciar a la realización de aquellos bienes, que por sus características resultará ser más costosa que lo que se

obtendrá por dicho bien. Para ello, sin embargo, se requiere que dicha decisión sea acordada por quorum calificado.

Disposición que resulta del todo lógica, resultaría absurdo que se obligue a la realización de todos los bienes del deudor, especialmente cuando ello va a resultar contraproducente para los acreedores.

3.1.2 Por administración:

Cuando hablamos de esta modalidad de realización, debemos hacer una prevención, puesto que si bien constituye una forma de obtener recursos para pagarle a los acreedores, se hace mediante una fórmula diferente, consistente ya no en la enajenación de los activos del deudor, sino que mediante la administración temporal del negocio, cuando se estime que con ello, se podrá pagar mejor a los acreedores, o para visibilizarla como una empresa en condiciones de ser adquirida por un tercero¹⁸⁰. Se conoce también como “continuidad de giro o de actividades económicas”.

Así lo ha estimado Ruz, quien no considera la continuación de actividades económicas del deudor *“como una forma de realización del activo, sino como un estadio intermedio, sea para facilitar o propender a su mejor realización del activo, sea para obtener el desinteresamiento de los acreedores con el producto de la explotación de sus actividades económicas”*¹⁸¹.

El artículo 231 LC nos señala los tipos de continuidad de giro, que podrá ser provisional o definitiva. Provisional es aquella que es decidida por el liquidador, para tres determinados fines: a) aumentar el porcentaje de recuperación de los acreedores; b) facilitar la ejecución de prestaciones que se encontraren pendientes y de las cuales se derive un beneficio para la masa; y c) propender a la realización de los activos del Deudor como unidad económica.

Su carácter previsional o temporal se debe a que como el mismo artículo prescribe, esta solo podrá tener lugar desde que el Liquidador asuma su cargo y se extenderá hasta la celebración de la Junta de Acreedores Constitutiva. Luego será esta última a quien le corresponderá decidir si esta continuidad pasará a ser definitiva, acordándolo con quorum especial.

Sobre la continuación definitiva de las actividades económicas, a diferencia de lo que podría dar a entender su denominación, igualmente debe ser limitada en el tiempo, así lo exige el artículo 233 N° 5, el cual expresa que no podrá ser superior a un año contado desde el acuerdo respectivo, aunque prorrogable por una sola vez por acuerdo de la Junta de Acreedores también por quorum especial, en

¹⁸⁰ (Ruz, 2017)

¹⁸¹ (Ibíd.)

ese caso, se deberá nombrar un administrador de la continuación del giro, quién no podrá ser el mismo liquidador.

En cuanto a sus efectos, el principal es que se impide la enajenación de los bienes comprendidos en esta medida, y en cambio, los acreedores se irán pagando conforme los ingresos que produzca la empresa, aunque podrán realizarse aquellos bienes excluidos de la continuidad del giro¹⁸². Efecto que eso sí, no es absoluto, puesto que no alcanza a los titulares de derechos reales de garantía, quienes mantendrán el derecho de realizarlos individualmente salvo que hayan consentido en la aprobación de la continuidad¹⁸³. A estos efectos, Ruz agrega: “*el nacimiento de una administración especial que se sujeta a reglas precisas establecidas en la ley*” como también “*la modificación de uno de los atributos de la personalidad jurídica: una mutación en su nombre*”¹⁸⁴.

Destacamos nuestra concordancia con Puga, para quien el fundamento de este instituto no estaría en el principio de conservación de la empresa, sino que se trata de una manifestación más del abanico de posibilidades que la ley ofrece a los acreedores para lograr maximizar el pago de sus créditos¹⁸⁵.

En nuestra opinión, esta opción generalmente solo resultará útil cuando lo que se persiga sea facilitar la posterior venta como unidad económica, las demás hipótesis resultan de dudosa conveniencia, atendiendo a que es difícil pensar que una empresa que se encuentra sometida a un PCL, y por lo tanto, teóricamente en estado de insolvencia, su mejor opción sea la continuidad del giro.

Por último, pero no por ello menos importante, se debe tener presente cuál es la suerte que corren los créditos adquiridos durante la continuidad de la actividad económica, lo que se encuentra expresamente regulado en el artículo 239 LC, donde se nos indica que sólo se podrá perseguir el pago de dichas acreencias en los bienes comprendidos en ella, y que gozarán de la preferencia establecida en el número 4 del artículo 2472 CC.

Además el artículo 239 LC consagra “*una superpreferencia para los créditos nacidos de la Continuación de giro definitiva, en relación a los créditos con preferencia anteriores a la misma*”¹⁸⁶ que aprobaron dicha continuidad, aunque limitada, ya que sólo en caso que los bienes no gravados comprendidos en ella sean insuficientes para para el pago, y de haber diferencia, será soportada por aquellos acreedores con garantía a prorrata del monto de sus respectivos créditos y hasta la concurrencia del valor de liquidación de los bienes dados en garantía.

¹⁸² (Puga, 2014. p. 594)

¹⁸³ (Ruz, 2017)

¹⁸⁴ (Ibid.)

¹⁸⁵ (Puga, 2014. p. 590)

¹⁸⁶ (Ibid.)

Asimismo, Ruz divisa una indeterminación relevante a este respecto, ya que este artículo *“nada dice, en cambio, de la situación en que se encontrarán los créditos nacidos de la continuación definitiva en concurrencia con créditos de la primera clase anteriores a la apertura del concurso”*¹⁸⁷.

¹⁸⁷ (Ruz, 2017)

CAPÍTULO V: PAGO A LOS ACREEDORES

1. GRADUACIÓN:

Cuando se habla de la graduación de los créditos, se está haciendo mención a la prelación de los mismos, que no es otra cosa, que el orden determinado en que se pagará cada uno de ellos, para lo cual se distinguirá entre diferentes clases de créditos.

Sobre este asunto, Abeliuk considera que *“la prelación de créditos adquiere toda su transcendencia en el caso de ser insolvente el deudor, porque entonces tiene importancia determinar que acreedores se pagarán primero”*¹⁸⁸.

1.1 Prelación de Créditos:

Es el Artículo 241 LC el que regula esta materia, y dispone: *“Los acreedores serán pagados en conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida en la referida normativa. Para su eficacia, la subordinación deberá ser alegada al momento de la verificación del crédito por parte del acreedor beneficiario o bien notificarse al Liquidador, si se establece en una fecha posterior. Los créditos de la primera clase señalados en el artículo 2472 del Código Civil preferirán a todo otro crédito con privilegio establecido por leyes especiales. Los acreedores Personas Relacionas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas”*.

Como queda en evidencia, nuestra legislación concursal en este ámbito efectúa una remisión a las disposiciones del CC que regulan esta materia, en cuyos preceptos se establece un esquema general de prelación en que coexisten créditos preferentes, valistas (sin preferencia), y subordinados.

1.1.1 Créditos Preferentes:

El artículo 2470 CC nos introduce la primera distinción dentro de los créditos preferentes, al señalar en su texto: *“Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera”*.

¹⁸⁸ (Abeliuk, 2009. p. 964)

Se entiende entonces, que los créditos preferentes son, en primer lugar los privilegiados, que corresponden a los de primera, segunda y cuarta clase; y en segundo lugar las hipotecas, consideradas como créditos de tercera clase. Para algunos, esta distinción carece de sentido, porque la prenda sí está entre los créditos privilegiados, y en cambio, la hipoteca es un crédito preferente aparte¹⁸⁹.

1.1.1.1 Créditos de Primera Clase:

Se encuentran enumerados en el artículo 2472 CC, y se tratan básicamente de:

1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores;
2. Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto;
3. Los gastos de enfermedad del deudor;
4. Los gastos que se incurran para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, los gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación, de realización del activo y los préstamos contratados por el liquidador para dichos efectos;
5. Las remuneraciones de los trabajadores;
6. Las cotizaciones previsionales;
7. Los gastos de subsistencia del deudor y su familia;
8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral;
9. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y recargo.

Al repasar el contenido del listado anterior, es posible arribar a una conclusión similar a la que llega Abeliuk, para quien pareciera que *“las razones que han movido al legislador a otorgarles tal carácter son de humanidad o de interés social comprometido”*¹⁹⁰.

Respecto de las reglas que rigen el pago de esta subclase de créditos privilegiados, es posible sintetizarlas en las siguientes: 1) Se pagan desde que hay fondos suficientes para aquello; 2) Si liquidados los bienes del deudor no pueden pagarse todos los créditos de 1° clase, el déficit impago prefiere a las preferencias de 2° y 3° clase; 3) Los créditos de la 1° clase prefieren entre sí en el orden en que se encuentran enumerados; 4) Dentro de cada número del art. 2472 CC, el pago se efectúa a prorrata de los créditos¹⁹¹.

1.1.1.2 Créditos de Segunda Clase:

Contemplados en el artículo 2474 CC, se diferencian de los de primera clase, en que estos no se hacen efectivos en todo el patrimonio del deudor, sino que únicamente, en los bienes específicos afectos al

¹⁸⁹ (Abeliuk, 2009. p. 977)

¹⁹⁰ (Ibíd. p. 983)

¹⁹¹ (Ibíd. p. 992-993)

privilegio, de manera tal, que si ellos son insuficientes para el pago de dicho crédito, aquel déficit pasa a ser un crédito común¹⁹².

En particular, corresponden a los siguientes créditos:

1. Del posadero, sobre los efectos del deudor introducidos por éste a la posada;
2. Derivados del contrato de transporte;
3. De la prenda; (que incluye a las prendas especiales y los créditos derivados del derecho legal de retención).

En cuanto a las reglas a considerar para efectuar el pago, Abeliuk las resume en cuatro: “1) *Se pagan sin esperar las resultas de la quiebra*; 2) *A ellos prefieren los de la 1ª clase*; 3) *Si el producto de la subasta de los bienes afectos al privilegio no es suficiente, el déficit que no alcanza a pagarse es crédito común, y*; 4) *por regla general, no hay concurrencia entre estos créditos*”¹⁹³.

1.1.1.3 Créditos de tercera clase:

Como adelantamos, esta clase está básicamente compuesta por los créditos hipotecarios – y aquellos relacionados a este –, y según la propia distinción que hace la ley, son preferentes pero no privilegiados propiamente tal.

En lo que tiene que ver con su forma de pago, se deben seguir las siguientes reglas: 1) Los privilegios de primera clase prefieren a los de tercera clase; 2) Hay posibilidad de colisión entre los privilegios de segunda clase y esta preferencia; 3) El déficit de los créditos de tercera clase es crédito común; 4) Concurrencia de los créditos de tercera clase entre sí, y; 5) Los acreedores hipotecarios tienen diversos medios para hacer efectiva la preferencia¹⁹⁴.

1.1.1.4 Créditos de cuarta clase:

Estos créditos, como bien dispone Abeliuk, son en su mayoría generales, afectan a todos los bienes del deudor y se refieren a personas que administran bienes ajenos, su justificación radica principalmente en las responsabilidades que implica dicha administración¹⁹⁵.

De lo dispuesto en el artículo 2481 CC, es posible señalar que comprenden esta clase:

- 1) Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales;

¹⁹² (Abeliuk, 2009. p. 996)

¹⁹³ (Ibid. p. 1002)

¹⁹⁴ (Ibid. p. 1008)

¹⁹⁵ (Ibid. p. 1015)

- 2) Los de establecimientos nacionales de caridad o educación, y los de municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos;
- 3) Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales;
- 4) Los de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos.
- 5) Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores;
- 6) Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del art. 511.

Dos son las principales reglas que gobiernan el pago de los créditos de esta clase en particular: 1) Se pagan después de cubiertos los demás créditos preferentes; 2) Prefieren entre sí, según las fechas de sus causas¹⁹⁶.

1.1.2 Créditos valistas:

El artículo 2489 CC nos los presenta como la quinta y última clase, y tal como plantea Abeliuk: “*no pueden definirse de otra manera que no sea diciendo que son aquellos a los cuales la ley no confiere preferencia alguna para su pago*”¹⁹⁷.

Por consiguiente, deben ser comprendidos como la regla general, así lo expresa el artículo 2488 CC: “*La ley no reconoce otras causas de preferencias las indicadas en los artículos precedentes*”.

Abeliuk nos instruye que estos créditos pueden tener dos orígenes diferentes: 1) Aquellos créditos que nunca han tenido una preferencia o privilegio; 2) Aquellos que tuvieron un privilegio de segunda o preferencia de tercera clase, pero no alcanzaron a pagarse íntegramente con los bienes respectivos, y cuyo déficit pasa a la quinta clase, tal como lo dispone el art. 2490 CC¹⁹⁸.

En cuanto a la forma de pago, el artículo 2489 CC no deja lugar a dudas: “*los créditos de la quinta clase se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha*”.

1.1.3 Créditos subordinados:

Cuando hablamos de créditos subordinados, es importante hacer una distinción previa, y es que es posible encontrar en nuestro ordenamiento concursal dos tipos de subordinación de créditos, una de

¹⁹⁶ (Abeliuk, 2009. p. 1023)

¹⁹⁷ (Ibid. p. 1026)

¹⁹⁸ (Ibid.)

carácter voluntaria, contemplada en el artículo 2489 CC; y los denominados créditos legalmente postpuestos, contemplados en diferentes disposiciones de la Ley 20.720. Sin embargo, cuesta advertir cual es el punto de contacto entre ambos tipos de subordinación, más que el efecto propio de cualquier subordinación de un crédito, entiéndase como tal, el deterioro de sus propias posibilidades de pago¹⁹⁹.

1.1.3.1 Subordinación voluntaria:

La posibilidad de voluntariamente subordinar un crédito valista al pago de otro crédito de igual condición, es algo relativamente novedoso en nuestro ordenamiento, al ser la Ley N° 20.190 del 5 de julio de 2007 la que introdujo esta posibilidad al modificar el artículo 2489 CC.

Este mismo artículo, actualmente prescribe que *“la subordinación de créditos es un acto o contrato en virtud del cual uno más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias en favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros (...)”*.

Para Abeliuk esta novedosa institución *“se asemeja a una especie de cesión de créditos, sólo que lo cedido no es la deuda, sino que la igualdad del Art. 2490 del Código Civil”*²⁰⁰.

Goldenberg, a su vez, estima que *“el núcleo de esta clase de subordinación se encuentra en su configuración como una regla de graduación voluntaria que pretende resolver el conflicto de los acreedores ante la insuficiencia patrimonial del deudor común”*²⁰¹.

Si bien es plausible que algunos puedan sostener que existiría en estos casos, una nueva vulneración del principio *par conditio creditorum*, la verdad es que, en base a los mismos argumentos que justificaban el tratamiento preferente de los acreedores con garantías reales, aquella manera estricta de entender la regla de igualdad de acreedores no es la correcta. A lo que si se le suma el carácter esencialmente voluntario de estas subordinaciones, aleja cualquier atisbo de afectación a este principio, y por ende, de los intereses de los acreedores.

En otros términos, no es más qué, cómo bien sostiene Goldenberg, el *“ejercicio de la autonomía privada aplicada a la posibilidad de la exclusión normativa”*²⁰².

¹⁹⁹ (Goldenberg, 2015. p. 113)

²⁰⁰ (Abeliuk, 2009. p. 1027)

²⁰¹ (Goldenberg, 2010. p. 381)

²⁰² (Goldenberg, 2015. p. 96)

1.1.3.2 Subordinación legal:

La subordinación legal es aquella en qué es la propia ley – en este caso la LC – quien establece que determinados créditos queden pospuestos en su pago, sin importar la voluntad del acreedor. Advirtiéndose, desde ya, la sustancial diferencia entre ambas.

El problema con este tipo de subordinaciones, es que como asevera Goldenberg “*no existe un principio común de subordinación, sino que cada supuesto se reflejará y encontrará su debida justificación (...) lo que impide conceder una definición unitaria de los créditos legalmente pospuestos*”²⁰³.

En consecuencia, se vuelve necesario analizar cada supuesto de postergación legal de forma aislada, de manera que, al comprender sus justificaciones particulares, sea posible determinar si esta subordinación impuesta, es acorde o no al fin que debiese perseguir toda legislación en materia concursal, entiéndase como tal, concretar el efectivo resguardo de los intereses de los acreedores, o en cambio, responden a motivaciones que contradicen dichos intereses.

1.1.3.2.1 Subordinación del artículo 139 inciso final:

El artículo 139 LC, que regula lo relativo al reajuste y cálculo de intereses, dispone en su último inciso lo siguiente: “*Sin embargo, los intereses que se devenguen con posterioridad a la dictación de la Resolución de Liquidación quedarán pospuestos para su pago hasta que se pague el capital de los demás créditos en el Procedimiento Concursal de Liquidación*”.

Dicho de otro modo, lo que hace esta disposición legal es degradar, es decir, posponer el pago de todo tipo de interés que se devengue tras la dictación de la resolución de liquidación, independientemente del tipo de crédito del cual provengan – preferente o no –, provocando en la práctica que estos difícilmente se terminen pagando.

La justificación de esta decisión legislativa, estaría según Goldenberg, en que “*al parecer, el legislador observa que, en razón del cobro de los intereses, pueden producirse distorsiones al ideal de paridad que envolvería el concurso, de manera que los acreedores que hayan logrado pactar intereses mayores a los corrientes, podrían obtener un mayor cobro que aquellos que no han pactado interés alguno*”²⁰⁴.

²⁰³ (Goldenberg, 2015, p. 98)

²⁰⁴ (Ibíd. p. 101)

A simple vista, se advierten ciertas cuestiones problemáticas de esta subordinación legal, las que pasaremos a analizar a continuación, pero que adelantamos, no nos parece beneficiosa para los acreedores tal como está hoy planteada, sino que más bien todo lo contrario.

Un primer aspecto – y de carácter más bien anecdótico – que llama la atención, es que como bien vislumbra Puga, el inciso inmediatamente anterior pareciera contradecir esta regla de subordinación, al disponer que “*los reajustes y los intereses, en su caso, gozarán de iguales preferencias que el respectivo capital al cual acceden*”²⁰⁵. Sin embargo, como dijimos, el mismo artículo, luego excluye de dicha igualdad, a aquellos intereses devengados con posterioridad a la dictación de la Resolución de Liquidación.

Conviene aclarar, que este tipo de subordinación legal, no es exclusiva ni originaria de nuestro ordenamiento concursal, sino que en otros países, como por ejemplo España, también se contempla una norma en cierto sentido similar, así, el inciso primero del artículo 59 de la ley concursal ibérica expresamente consagra: “*1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de intereses legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuesto. Los créditos derivados de los intereses tendrán consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley*”.

Sin embargo, antes de seguir con el análisis de este tipo de subordinación legal, es pertinente clarificar, que es lo que se debe entender por intereses, y como se encuentra comprendida la obligación de pagar los intereses en relación con la obligación principal que los genera.

La ley 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero, en su artículo 2º nos indica que “*constituye interés toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, por sobre el capital*”, este último, podrá a su vez, ser reajutable o no reajutable.

Abeliuk, refiriéndose a la relación de los intereses con la obligación principal, nos señala que “*los intereses constituyen siempre una obligación accesoria a la del capital que los produce. De ahí que de acuerdo al principio de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, los intereses se encuentran unidos a la obligación que los genera (...) el pago o extinción del capital hace suponer el de los intereses*”²⁰⁶.

²⁰⁵ (Puga, 2014. p. 632)

²⁰⁶ (Abeliuk, 2009. p. 393)

Asimismo, el artículo 1591 CC, que aunque explícitamente señala que una ley puede indicar lo contrario, de su contenido pareciera también desprenderse cierto grado de unidad entre la deuda principal y sus intereses, al expresar este que: *“El deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria; y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales. El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban”*.

Sin perjuicio de lo anterior, hay otros autores, como es el caso de Goldenberg, que tienen una concepción más atenuada de esta unidad – pero no por ello contradictoria – que entienden los intereses como *“el objeto de un crédito diverso (aunque no por ello completamente independiente) al que se refiere a la restitución del capital”*²⁰⁷.

Teniendo en consideración las definiciones antes expuestas, nos surgen serios cuestionamientos respecto de esta subordinación en particular, especialmente por la amplitud con la cual se ha establecido, ya que abarca todo interés – devengado posteriormente – sin hacer distinciones respecto de la naturaleza del interés ni tampoco sobre el tipo de crédito del cual provienen.

Así las cosas, consideramos evidente que esta regla tiene sentido para aquellos intereses denominados “moratorios”, es decir, aquellos que solamente buscan indemnizar la mora en el pago²⁰⁸, y que a su vez, concuerda plenamente con uno de los efectos que acarrea la dictación de la resolución de liquidación, la fijación irrevocable de los créditos.

Sin embargo, no nos parece tan lógica dicha subordinación, cuando se trata de créditos retributivos o remuneratorios, es decir, aquellos que *“retribuyen el pactado uso de un capital ajeno”*²⁰⁹ y/o remuneran *“la prestación del acreedor en los distintos contratos o pactos de financiación, de crédito, teniendo, por ello, siempre un origen contractual”*²¹⁰. Y que el reconocido académico peruano Gastón Fernández Cruz, denomina más bien *“intereses lucrativos”* ya que según él, *“la verdadera función económica y social reconocida a esta clase de intereses, se da en el redimiento o rédito que se espera percibir de un capital”*²¹¹.

Los argumentos que sustentan dicha crítica, han sido expresados de manera muy precisa por María Martínez-Moya, y aunque dirigidos a la norma subrogatoria española, resultan plenamente extrapolables a la hipótesis contemplada en nuestra propia legislación:

²⁰⁷ (Goldenberg, 2018. p. 255)

²⁰⁸ (Fernández Cruz, 1991. p. 180)

²⁰⁹ (Martínez-Moya Fernández, 2014. p. 26)

²¹⁰ (Ibid.)

²¹¹ (Fernández Cruz, 1991. p. 187)

“Si bien se mantienen las premisas que justifican la suspensión del devengo de los intereses moratorios – la concursabilidad que erradica el presupuesto de la mora ordinaria – y los principios que consienten sus efectos – trato paritario exigido por el principio de igualdad –, desaparece toda justificación de la generalizada regla de suspensión del devengo de los intereses retributivos de aplazamientos que, no obstante, pueden mantenerse a pesar de la declaración del concurso. Lo injustificado de tal generalización se desprende de las siguientes consideraciones: (i) el procedimiento concursal no es un procedimiento exclusivamente liquidatorio, cuya apertura lleve aparejado en todo caso el vencimiento anticipado de las obligaciones a plazo; (ii) la obligación del pago de intereses redistributivos no es dependiente ni secundaria, sino tan principal como pueda serlo la renta en un arrendamiento; (iii) la LC no decreta la congelación o insensibilización de la masa pasiva (v.gr. créditos contra la masa, intereses cuyo devengo)” por lo que su conveniencia práctica no puede ser razón de peso para justificar una medida expropiatoria de los legítimos derechos de los acreedores [solo dinerarios] a plazo, situándolos – contra la par conditio – en peor condición al privarlos de su respectiva retribución”²¹².

Si bien es cierto que existen diferencias en el tratamiento que se da a aquellos intereses devengados post declaración del concurso entre ambas normas, puesto que la ley española suspende su devengación tras la dictación de la resolución de liquidación, y en cambio, nuestra norma mantiene su devengación pero subordinando su pago, en términos estrictamente prácticos sus efectos no son muy distintos, ya que frente a un patrimonio limitado y muy posiblemente menor al pasivo del deudor, resulta bastante improbable que efectivamente se puedan pagar aquellos intereses postergados.

Es por eso, que las críticas esgrimidas por Martínez-Moya resultan extensibles a la subordinación legal del inciso final del artículo 139 LC, pero además, al contratarse este precepto con su símil español, se torna aún más evidente su cuestionable calidad, ya que sí bien es cierto que señalamos previamente que esta regla sí se justificaría para aquellos intereses de naturaleza moratoria, consideramos que existen determinados créditos atendida su naturaleza, cuyos intereses moratorios debiesen igualmente excluirse de esta regla de subordinación obligatoria, como es el caso de los intereses originados por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones salariales, lo que sí se contempla expresamente en la legislación española. Y que por lo demás, no sé condice con el tratamiento preferencial que nuestra LC contempla para los créditos de origen laboral.

²¹² (Martínez-Moya Fernández, 2014. p. 372)

1.1.3.2.2 Subordinación legal del artículo 241 inciso final LC:

Este precepto indica: *“los acreedores Personas Relacionadas del Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes de la Resolución de Liquidación, serán pospuestos en el pago de sus créditos aun después de los acreedores valistas”*.

El fundamento de esta hipótesis de subordinación, estaría en que *“al parecer, la real motivación que se tuvo en consideración para la mantención de la norma prevista en el artículo 63 LRLAEP se encontraba en evitar el riesgo de la alteración del pasivo mediante la creación de créditos relacionados no justificados”*²¹³.

A juicio de Goldenberg, y al igual que en el supuesto del artículo 139 inciso final LC, *“en este tipo tampoco estamos propiamente frente a una sanción, a menos que se construya sobre la ambigua idea de la infracción a un supuesto deber que se impondría a las personas relacionadas y al deudor consistente en la documentación de sus obligaciones, sino sobre la base de una aparente sospecha de inexistencia del crédito”*²¹⁴.

Sobre este tipo de subordinación legal, consideramos necesario exponer algunos cuestionamientos que le surgen a este autor, ya que según él: *“parece resolverse de manera tardía si se considera que, a efectos que pueda aplicarse la regla de graduación, será necesario que el crédito se encuentre incorporado en la nómina de créditos reconocidos, habiendo superado las instancias de objeción e impugnación (...) así es posible preguntarse si estamos frente a un supuesto que realmente requiere ser tratado en los términos establecidos en la norma, e, incluso, si el automatismo con que ella se presenta sobre una base objetiva, caso a modo de presunción de derecho de la existencia de alguna suerte de fraude, se justifica aun cuando se ha dado lugar a la comprobación de su existencia y licitud en sede de reconocimiento del crédito”*²¹⁵.

Con todo, más allá de la deficiencia divisada por Goldenberg, no consideramos que en esta subrogación legal en particular, en los términos que se encuentra planteada, produzca un perjuicio para los acreedores.

Aunque, existen ciertos autores, como Alarcón Cañuta, que critican esta subordinación legal, con el argumento de que se trataría de: *“Un desincentivo a la financiación de empresas infracapitalizadas que determina la ley al regular los severos efectos hacia los acreedores personas relacionadas, desde su fundamento jurídico, sin distinguir de forma alguna el tipo de operación por la cual una persona*

²¹³ (Goldenberg, 2015. p. 102)

²¹⁴ (Ibíd.)

²¹⁵ (Ibíd. p. 102-103)

relacionada pudiera otorgar un salvavidas a un empresa en situación de insolvencia, importa que muchas sociedades o empresas, al no contar con recursos suficientes para su supervivencia, lleguen a un proceso concursal que si bien fomenta su reorganización, o reflote, no garantiza que la empresa mantenga su actividad, extinguiéndose en todos aquellos en que se siga un proceso concursal de liquidación”²¹⁶.

No compartimos dicha crítica, ya que como hemos pregonado a lo largo de este trabajo, el fin primordial – a pesar de la aparente confusión de nuestro legislador – de todo cuerpo legal en materia concursal, debe ser propender a la maximización del pago de los acreedores, por sobre cualesquiera otros fines, por más loables que estos sean, pero que sin duda, estarán subordinados al primero, tal como puede ser el ofrecer mecanismos que faciliten la supervivencia del deudor en el mercado. Por lo que no nos parece coherente, el afectar la maximización del pago de los acreedores no relacionados por propender a que la empresa siga funcionando.

2. PAGO A LOS ACREEDORES

Es posible distinguir dos modalidades mediante las cuales se va a llevar a cabo el pago a los acreedores, los denominados pagos administrativos, y el régimen general, el reparto de fondos.

2.1 Pagos administrativos:

Esta forma de efectuar el pago se encuentra regulada en el Párrafo 2° del Título 5° de la LC. Siendo el artículo 244 LC su principal disposición, la cual establece: *“Tan pronto existan fondos suficientes para ello y precaviendo que el activo remanente sea suficiente para asegurar los gastos del Procedimiento Concursal de Liquidación y el pago de los créditos de mejor derecho, podrán pagarse por el Liquidador los créditos contenidos en el artículo 2472 del Código Civil, según las reglas que siguen (...)”*

En palabras simples, esta modalidad implica un pago directo, es decir, no se debe someter al procedimiento y ritualidad que implica un reparto de fondos, y eso explica por qué, esta forma de pago constituye la excepción a la regla general, y por lo mismo limitada sólo para determinados créditos específicos, los cuales se detallarán a continuación.

2.1.1 Créditos en la masa:

Cuando hablamos de créditos en la masa, hacemos referencia a aquellos provenientes de las costas judiciales que se han causado en el interés general de los acreedores; como también de los gastos en

²¹⁶ (Alarcón Cañuta, 2014. p. 39)

que se ha incurrido para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, los gastos de administración del PCL, los de realización del activo, y los préstamos contratados por el liquidador para los efectos mencionados, todos los cuales se pagarán sin necesidad de ser verificados²¹⁷.

En lo que respecta a las costas personales en particular, su pago tiene una regulación especial contemplada en el artículo 245 LC, donde se establece en su N° 1 que: “*En caso de la Liquidación Forzosa, sólo procederán las correspondientes al acreedor peticionario, las que gozarán de la preferencia del número 1 del artículo 2472 del Código Civil*”. En su N° 2, a su vez, se señala que “*En caso de Liquidación Voluntaria, las costas personales del solicitante gozarán de la preferencia establecida en el número 4 del artículo 2472 del Código Civil*”. Y finalmente en el N°3, se establecen ciertos límites a su cálculo, aplicables para ambos casos, a saber: a) el 2% del crédito invocado, si esté no excede de 10.000 UF; y b) el 1% en lo que exceda del valor señalado en la letra anterior.

Disposiciones que, en todo caso, deben complementarse con el Instructivo N° 3 de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento con fecha 6 de octubre de 2005, que regula con más detalle esta materia.

2.1.2 Remuneraciones, asignaciones y ciertas indemnizaciones de origen laboral:

Los créditos que correspondan a remuneraciones, asignaciones familiares y a las indemnizaciones establecidas en el N° 2 del artículo 163 del Código del Trabajo, con los límites indicados en el N° 5 del artículo 2472 CC, podrán pagarse previa revisión y convicción del liquidador sobre la suficiencia de los documentos que les sirven de fundamento, sin necesidad de verificación ni de acuerdo de la Junta de Acreedores que apruebe su pago²¹⁸.

2.1.3 De otras indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral:

Los créditos que traten de indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que le correspondan a los trabajadores, con las limitaciones contenidas en el N° 8 del artículo 2472 CC, se pagarán en los mismos términos que los créditos de la sección anterior, hasta el límite del equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a 6 meses, siempre y cuando, sean consecuencia de la aplicación de la causal del artículo 163 bis del Código del Trabajo²¹⁹.

²¹⁷ (Ruz, 2017)

²¹⁸ (Ibid.)

²¹⁹ (Ibid.)

De igual forma, las restantes indemnizaciones de origen laboral, así como las que sean consecuencia del reclamo del trabajador, en conformidad con lo estipulado en el artículo 168 del Código del Trabajo, “*se pagarán con el sólo mérito de la sentencia firme o ejecutoriada que así lo ordene*”²²⁰.

2.2 Reparto de Fondos:

Como se anticipó, la regla general es que los acreedores sean pagados a través de la modalidad que se conoce como reparto de fondos. Y cuyas disposiciones que la regulan se encuentran en el Párrafo 3° del Título 5° de la LC.

2.2.1 Requisitos:

Como puntualiza Ruz: “*los repartos o distribuciones de fondos liquidados de la liquidación representan una de las etapas más esperadas por los acreedores y que se va a producir a todo lo largo del PLED, en la medida que en que la realización de los activos del deudor genere un porcentaje mínimo legal a distribuir*”²²¹.

Asimismo, Puga complementa la idea anterior al precisar que “*considerando que el período que se extiende desde la sentencia de apertura hasta la última enajenación es habitualmente prolongado, la ley autoriza al liquidador para ir efectuando pagos de repartos en la medida que existan fondos suficientes para continuar el juicio adelante y para hacer pagos de interés para los acreedores*”²²².

Por ende, lo que debe quedarnos en claro, es que el reparto de fondos no se encuentra circunscrito a una etapa temporal específica del PCL, sino que al contrario, se puede efectuar en cualquier momento, siempre y cuando se cumpla, en la propuesta que realice el liquidador a los acreedores, los siguientes requisitos copulativos contemplados en el artículo 247 LC:

- 1) Que exista dinero suficiente para pagar a lo menos un 5% de los créditos que figuren en la nómina de créditos reconocidos.
- 2) Que se reserve de forma previa, dinero suficiente para solventar los gastos procedimentales y los créditos de igual o mejor derecho cuya impugnación se encuentre pendiente.
- 3) Que se reserven fondos para responder a los acreedores que residen en el extranjero, que no hayan alcanzado a comparecer conforme a los plazos previstos en el artículo 252 LC.

²²⁰ (Ruz, 2017)

²²¹ (Ibid.)

²²² (Puga, 2014. p. 630)

Sobre este asunto, consideramos pertinente tener en consideración, la prevención que efectuó el profesor Puga en la discusión del proyecto de ley, con respecto a la primera de estas exigencias, la cual quedó plasmada en la propia Historia de la Ley:

“El profesor señor Puga hizo hincapié en que en muchas ocasiones, los acreedores valistas reciben menos del 5% en las quiebras, lo que, sin embargo, puede ser equivalente a una gran cantidad de dinero. Así, por ejemplo, en una quiebra con un pasivo de \$10.000.000.000, el 5% son \$500.000.000. Indicó que, de acuerdo con lo señalado por el representante del ejecutivo, el liquidador que tiene \$400.000.000 para repartir, no debería hacerlo nunca. Propuso exigir al liquidador que reparta cada vez que existan excedentes para repartir, cuidando dejar lo suficiente para amparar créditos de mejor derecho y los gastos del concurso”²²³.

Pareciera ser, que la justificación de esta limitación, sería evitar poner en marcha este mecanismo, que implica una enorme cantidad de repartos y mucho trabajo para el liquidador, por menos del porcentaje estipulado en la ley, que uno diría a primera vista que sería muy bajo (5%). Sin embargo, consideramos que una solución más congruente con el interés de los acreedores, sería someter dicha decisión a la aprobación de la propia Junta, y que esta sea la que lo resuelva, dependiendo de la expectativa de reparto.

2.2.2 Procedimiento:

Lo relacionado con el procedimiento se encuentra claramente detallado en el artículo 248 LC, donde se señala que el Liquidador, para efectuar el reparto, debe seguir la siguiente ritualidad:

Se debe iniciar con la presentación de la propuesta de reparto al tribunal por parte del Liquidador, en conjunto con un detalle completo del reparto que se busca efectuar, su monto, fórmula de cálculo utilizada, y los acreedores a pagar.

El tribunal, al día siguiente de la presentación, tendrá por propuesto el reparto y ordenará al Liquidador publicarlo en el Boletín Concursal.

Luego, dentro de tres días tras la publicación en el Boletín Concursal, los acreedores que conjunta o separadamente representen el 20% del pasivo con derecho a voto podrán objetar el reparto propuesto. Se contempla la posibilidad de objetar total o parcialmente el reparto, en el primer caso sólo podrá llevarse a cabo el mismo, una vez resuelta la objeción en primera instancia, en el segundo de los casos, es posible efectuar el reparto de la parte no disputada.

²²³ Historia de la Ley N° 20.720: p. 2177

Tras ello, el tribunal conferirá traslado al Liquidador de todas las objeciones deducidas, el que deberá ser evacuado dentro de tres días.

Transcurrido dicho plazo, con independencia de que el Liquidador haya evacuado o no, el tribunal resolverá sin más trámite la objeción. Resolución que por lo demás, no será susceptible de recurso alguno.

El objetante vencido será condenado al pago de las costas, salvo que haya habido un motivo plausible para litigar, si quienes objetaron eran dos o más, serán solidariamente responsables. Las costas se calcularán sobre la base del monto objetado.

La resolución que acoja una impugnación, deberá ordenar la confección de una nueva propuesta de reparto. Si en cambio, no se dedujeron objeciones, o estas fueron rechazadas, el tribunal ordenará al Liquidador la distribución del reparto dentro del plazo de 3 días desde que expire el término para objetar.

Finalmente, la resolución que ordene la distribución del reparto se notificará en el Boletín Concursal y desde ese momento, aquellos acreedores incluidos en el reparto podrán reclamar al Liquidador el pago de las sumas correspondientes.

2.2.3 Situaciones especiales:

Existen ciertas situaciones especiales relativas al reparto, respecto de las cuales consideramos importante exponer, a lo menos, sobre algunas de ellas:

2.2.3.1 Acreedores condicionales:

El artículo 249 LC dispone *“el acreedor condicional podrá solicitar al tribunal que ordene la reserva de los fondos que le corresponderían cumplida la condición, o su entrega bajo caución suficiente de restituirlos a la masa, con el interés corriente para operaciones reajustables, para el caso de que la condición no se verifique. La caución señalada deberá constar en boleta de garantía bancaria o póliza de seguro, debiendo ser reemplazada o renovada hasta que se cumpla la respectiva condición”*.

Lo llamativo, es que tal como apunta Puga: *“el acreedor condicional no es jurídicamente un acreedor, porque su crédito, pendiente el evento incierto, aún no ha nacido. Sin embargo, este acreedor tiene*

un “germen de derecho”, está en un estadio intermedio entre el acreedor y el que no lo es en absoluto. Por ello, la ley le reconoce ciertos derechos en el juicio concursal”²²⁴.

Es por esa razón, que consideramos que este resguardo – por así decirlo – “especial” resulta totalmente justificado, puesto que se trata de eventuales futuros acreedores que podrían llegar a adquirir tal calidad, sin perjuicio que igualmente importante es la consagración de un mecanismo de seguridad – boleta de garantía o póliza de seguro – en favor de quienes efectivamente sí posean dicha calidad, y que acertadamente esta disposición si contempla.

2.2.3.2 Acreedor y deudor recíproco:

El artículo 250 LC expresa lo siguiente: *“Cuando un acreedor fuere a la vez Deudor de quién está sujeto a un Procedimiento Concursal de Liquidación, sin que hubiere operado la compensación, las sumas que le correspondan a dicho acreedores se aplicarán al pago de su deuda, aunque no estuviere vencida”*.

Según palabras de Ruz: *“esta regla viene a definir el destino de los créditos recíprocos cuando no haya operado la compensación. En una situación lógica la LNPC ha dispuesto que las sumas que le correspondan al acreedor que es a la vez deudor de quien está sujeto al PLED se aplicarán al pago de su deuda, aunque no estuviere vencida”²²⁵.*

Puga considera que *“la ventaja de esta norma es que permite al deudor recuperar bienes en un plazo más próximo al estipulado, norma que de no existir mantendría abiertos concursos inútilmente por el plazo de servicio de dicho crédito activo”²²⁶.*

Sin embargo, el mismo autor también es crítico sobre esta regla, ya que le *“parece muy injusto que si una persona estaba obligada a pagarle al deudor en tres años se le acelere su deuda para así descontarle lo que el deudor le debe pagarle hoy”²²⁷.*

De lo señalado hasta ahora, es posible desprender que nos encontramos en los hechos frente a una compensación, por lo que se podría considerar la hipótesis planteada en esta disposición, como otra excepción – que se suma a la ya desarrollada compensación de obligaciones conexas – de la prohibición de compensación, ya que en los hechos lo que se describe en el artículo en estudio, no es otra cosa que la aplicación de aquel modo de extinguir las obligaciones.

²²⁴ (Puga, 2014. p. 635)

²²⁵ (Ruz, 2017)

²²⁶ (Puga, 2014. p. 637)

²²⁷ (Ibid.)

No obstante lo anterior, se debe tener presente la advertencia hecha por el profesor Puga, para quien: *“debe tenerse mucho cuidado: las compensaciones de cualquier naturaleza obran entre la deuda del acreedores y el reparto que a éste le corresponde en el concurso, y no con la obligación del fallido para con dicho acreedor, porque de modo contrario estaría perjudicando a la colectividad de acreedores en ventaja de uno, se estaría infringiendo la par conditio creditorum, salvo que este acreedor esté provisto de privilegio o preferencia”*²²⁸.

2.2.3.3 Acreedores fuera del territorio de la república:

El artículo 252 LC dispone que *“La cantidad reservada para los acreedores residentes fuera del territorio de la República permanecerá en depósito hasta el vencimiento del duplo del término de emplazamiento que les corresponda. Vencido este plazo, se aplicará al pago de los créditos reconocidos”*.

2.2.3.4 Repartos no cobrados:

El artículo 253 LC regula esta circunstancia al señalar que: *“Si algún acreedor comprendido en la nómina de reparto no compareciere a recibir lo que le corresponda tres meses después de la notificación del reparto, el Liquidador depositará su importe en arcas fiscales a la orden del acreedor. Transcurridos tres años desde dicho depósito sin que se haya cobrado su monto, la Tesorería General de la República lo destinará en su integridad al Cuerpo de Bomberos”*.

²²⁸ (Puga, 2014. p. 637)

CAPÍTULO VI: RESOLUCIÓN DE TÉRMINO

1. CONCEPTO Y NATURALEZA:

El artículo 254 LC prescribe: *“Una vez publicada la resolución que tuvo por aprobada la Cuenta Final de Administración en los términos descritos en los artículos 49 y siguientes, el tribunal, de oficio, a petición de parte o de la Superintendencia, dictará una resolución declarando terminado el Procedimiento Concursal de Liquidación. Con la resolución de término del Procedimiento Concursal de Liquidación, el Deudor recuperará la libre administración de los bienes”*.

De la disposición anterior es posible sostener, en primer lugar, que esta resolución de término, según la clásica clasificación en razón de la naturaleza de las resoluciones judiciales según su contenido, contemplada en el artículo 158 del CPC, se trataría de una sentencia definitiva, ya que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Asimismo, el artículo 256 LC nos dice que esta resolución es susceptible de recurso de apelación pero que sólo se concederá con efecto devolutivo, conservando el deudor la libre administración de los bienes.

Se debe tener presente, que si bien la dictación de esta resolución es la manera tradicional de poner término a este tipo de procedimientos, no es la única forma, ya que los artículos 257 LC y siguientes contemplan otra modalidad, un acuerdo de reorganización.

Según Puga, con esto *“se pretendió hacer posible que mediante los sujetos activo y pasivo de la ejecución colectiva, se pusiera término a ésta por la vía contractual, recurriendo a un mecanismo asimilable a la transacción o avenimiento”*²²⁹.

Aunque añade, que lo hace desviándose de la lógica estrictamente contractual, ya que *“su peculiaridad proviene del conducto para manifestar su voluntad que se impone al sujeto activo o ejecutante (la colectividad de acreedores). Este mecanismo, el predominio de cierta forma de mayorías sobre las minorías, para conocer la voluntad de una de las partes, ya no se inspira en el derecho privado tradicional. Sino en principios colectivistas que se imponen por una necesidad de orden público”*²³⁰.

²²⁹ (Puga, 2014. p. 644)

²³⁰ (Ibid.)

2. EFECTOS:

Lo más relevante de la etapa conclusiva del PCL, y particularmente de la resolución de término, son los efectos que esta última produce en el deudor. Siendo posible identificar, al menos tres diferentes efectos:

- 1- La recuperación del deudor de la libre administración de sus bienes.
- 2- La rehabilitación del deudor.
- 3- La extinción de los saldos insolutos.

2.1 Recuperación del deudor de la administración de sus bienes:

El primero de estos tres efectos, se encuentra explícitamente consagrado en el inciso segundo del artículo 254 LC.

En todo caso, somos de la opinión que sería más correcto no limitar su denominación, a la sola recuperación de la administración de los bienes por parte del deudor – o en otras palabras, al fin del desasimio sobre este mismo – si no que debiese utilizarse un concepto más amplio. Lo acertado sería señalar, tal como lo hace el profesor Ruz, que *“la resolución que pone término al PLED produce como efecto principal el de poner fin a los efectos de la resolución de liquidación”*²³¹, que como se desarrolló en el Capítulo III, su principal efecto era precisamente el desasimio del deudor, pero no el único, puesto que, por ejemplo, también se pone término a la pérdida de la legitimación pasiva y activa procesal del deudor.

Un aspecto importante, y que lo diferencia de los otros dos efectos, tiene que ver con el momento en que este se produce.

Y es que, como bien puntualiza Ruz, *“Pareciera que, por la forma como se encuentra redactada la disposición del inciso 2º del art. 254 LNPC, el cese de los efectos de la resolución de liquidación se producen desde que se dicta la resolución de término del PLED y no desde que esta se encuentra firme”*²³².

El fundamento que subyace a tal aseveración, es que el art. 254 LC, en su segundo inciso expresa *“con la resolución de término del Procedimiento Concursal de Liquidación, el Deudor recuperará la libre administración de sus bienes”*. Y en cambio, el artículo 255 LC, que contempla los restantes

²³¹ (Ruz, 2017)

²³² (Ibíd.)

dos efectos, explícitamente dispone: “Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación (...)”.

Si bien es perfectamente plausible sostener que éste se trataría del principal efecto de la resolución de término, teniendo en mente que una medida tan gravosa para el deudor, como es perder la facultad de disposición sobre sus propios bienes, el momento exacto de su recuperación naturalmente podría ser entendido como la principal consecuencia del término del PCL. En nuestra opinión, si bien coincidimos que este efecto podría ser teóricamente considerado el más relevante, en la práctica, como ya se ha dicho a lo largo de este trabajo, es muy difícil que al término del proceso sigan existiendo bienes del deudor, por lo que en realidad este efecto carece de relevancia práctica, y más bien, el efecto realmente importante – a nuestro entender – resulta ser la exoneración de los saldos insolutos, por las razones que en la sección 2.3 se esgrimirán.

De igual manera opinan algunos autores, por ejemplo, Puga al respecto sostiene: “El efecto fundamental de esta resolución es desde luego que el deudor recupera la libre administración de sus bienes. Pero como naturalmente sus bienes serán muy exiguos, si es queda alguno, lo más significativo es que se entenderán extinguidos por el sólo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del concurso”²³³.

Finalmente, si bien consideramos que es de Perogrullo que al terminarse el PCL, se extingan los efectos propios de la Resolución de Liquidación, y por lo mismo, en nada se verían afectados los acreedores del deudor – en teoría ya pagados – en que este último recupere la administración de sus bienes. Sí divisamos un eventual riesgo en un aspecto particular de la actual forma en que se encuentra tratado este efecto, que es la procedencia del recurso de apelación de la resolución de término con el sólo efecto devolutivo, conservando el deudor la administración de sus bienes, lo que podría llevar a que, en el intertanto, algún inescrupuloso deudor simuladamente se deshaga de los bienes para evitar pagar al acreedor apelante.

2.2 Rehabilitación del deudor:

Este efecto se encuentra consagrado en inciso final del artículo 255 LC de la siguiente forma: “Extinguidas las obligaciones conforme el inciso anterior, el Deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto”.

²³³ (Puga, 2014. p. 645)

No debe confundirse este efecto con la exoneración legal de los saldos insolutos, ya que se trata de un efecto totalmente distinto.

En este sentido, Ruz lo define de manera precisa, al señalar: *“en Derecho concursal el término rehabilitación o deudor rehabilitado es una noción técnica precisa, que dice relación el alzamiento, cese o supresión de las inhabilidades legales que hubieren podido afectarle al deudor, con la declaración de liquidación judicial”*²³⁴.

Hoy en día este efecto tiene escasa relevancia práctica – no sólo porque sólo tienen aplicación cuando el deudor es una persona natural – sino que en la actual legislación concursal son pocas las inhabilidades que afectan al deudor, en concordancia con el carácter desestigmatizador de la Ley N° 20.720. Aun así, perviven algunas inhabilidades contenidas en leyes especiales, por ejemplo, la inhabilidad del deudor en un procedimiento de liquidación concursal para ser corredor de bolsa, tal como dispone la letra h) del art. 26 de la Ley N° 18.045, o la incapacidad para ser tutor o curador, según lo establece el numeral 4° del art. 497 CC.

2.3 Extinción de los Saldos Insolutos:

Como se anticipó, el efecto extintivo de la resolución de término es, a nuestro parecer, su efecto más relevante, y a su vez, el más controvertido, suscitando bastante crítica dentro de la doctrina nacional.

Contemplado en el artículo 255 LC, este nos prescribe que *“Una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el sólo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación”*.

Lo interesante de esta disposición, es que viene a configurar un verdadero modo de extinguir las obligaciones, distinto de los enumerados en el artículo 1567 CC, y que además, tal como señala Caballero: *“La característica particular de la exoneración legal como modo de extinguir las obligaciones (extravagante a los enumerados en el artículo 1567 CC.) es su carácter personal: se trata de un beneficio legal otorgado en razón del sujeto insolvente y exclusivamente en su favor. De allí que los terceros no puedan invocar el discharge en su beneficio”*²³⁵.

Según Alarcón Cañuta, nuestra actual legislación permitiría, por lo tanto, que *“el deudor obtenga una liberación de su responsabilidad por las deudas anteriores al concurso a través de la extinción de*

²³⁴ (Ruz, 2017)

²³⁵ (Caballero, 2018. p.151)

*las mismas, en lo que la doctrina jurídica comparada ha denominado un discharge, descarga o liberación de deudas. La Ley Concursal posibilita que el deudor aquejado por una abrumadora carga de deudas pueda volver a reinsertarse en el mundo económico, una segunda oportunidad, esto es, comenzar desde cero, un fresh start”*²³⁶.

Considerando aquello, no resulta complejo inferir porqué este efecto ha sido tan discutido, y es qué como advierte el profesor Goldenberg, respecto de la exoneración legal de saldos insolutos o *discharge*, tal como se encuentra consagrada, genera en principio una interpretación de “*que toda clase de obligaciones podía ser extinguida por esta vía, sin tener a la vista los efectos sociales de esta respuesta o su aparente indolencia frente a un comportamiento del deudor que, incluso doloso, podría ser igualmente premiado con el beneficio del descargue*”²³⁷.

Similar análisis hace Ruz, quien es crítico al respecto, ya que según él, “*pareciera que al tenor del inciso 1° del art. 255 LNPC no dejaría dudas acerca de este regalo que hace el legislador al deudor en liquidación cuando se produce la clausura del PLED por inexistencia o insuficiencia de activos*”²³⁸.

Es posible notar que existe un cierto consenso de que la exoneración legal de los saldos insolutos, en los términos que actualmente se encuentra contemplada en el art. 255 LC, está planteada más bien como un beneficio que mira únicamente al interés del deudor, excluyéndose cualquier tipo de consideración de los acreedores.

Es más, en nuestra opinión – coincidente con la mayoritaria de la doctrina especializada – , la manera en que está consagrado el *discharge* en la LC resulta indudablemente perjudicial para los acreedores, ya que la existencia de un privilegio tan atractivo para cualquier deudor, como es que se extingan todas sus deudas una vez concluido el PCL, genera un incentivo perverso, que no sólo se limita al posible abuso respecto de la utilización del PCL voluntario, cuando ni siquiera se esté sufriendo un estado de insolvencia y/o problemas financieros, para así obtener el “perdón” de su pasivo. Si no que además, provoca que incluso, cuando una empresa tenga aún posibilidades de ser viable, se prefiera de igual forma optar por la liquidación concursal, por precisamente venir aparejada de este tan seductor efecto.

Así también lo entiende Goldenberg, para quien: “*este descargue desmedido de las deudas ha provocado dos efectos nocivos: primero, la preferencia de los procedimientos liquidatarios por sobre*

²³⁶ (Alarcón Cañuta, 2018. p. 10-11)

²³⁷ (Goldenberg, 2020)

²³⁸ (Ruz, 2017)

*la reorganización de las empresas y la renegociación de las deudas de las personas; segundo, la ausencia de mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado del procedimiento concursal de liquidación de personas*²³⁹.

Es cierto que el *discharge* – como su nombre nos da una pista – no es una creación originaria de nuestro ordenamiento, al contrario, se trata de una institución de larga data – de inicios del siglo XVIII – oriunda del derecho inglés, pero con una lógica diametralmente distinta a la que hoy nos ofrece nuestro ordenamiento concursal, y que bien sintetiza este mismo autor, en un interesante artículo que describe los orígenes y evolución de este particular efecto:

*“el descargue de la deuda se formuló como un medio (no un fin), promovido para beneficiar a los acreedores en la mejor satisfacción de sus créditos, y de ahí que estuviese supeditada a la cooperación del deudor, y, luego a la discrecional aprobación de la mayoría de los acreedores*²⁴⁰.

En complementación de lo anterior, el profesor Caballero nos instruye que: *“el origen de esta figura se encuentra en Inglaterra, el año 1705, al promulgar el Parlamento un Statute de la Reina Ana, que establecía – en lo que ahora más interesa –, la liberación del deudor honesto y cooperador de las deudas previas al procedimiento de insolvencia sí obtenía un certificate of conformity emitido por una comisión concursal y (a partir de 1706, adicionalmente, si obtenía) el consentimiento de los acreedores. La finalidad de la regla (coherente con el resto de la legislación concursal) tuvo como propósito dar un nuevo instrumento a los acreedores para mejorar sus posibilidades de cobro*²⁴¹.

Sin embargo, esta manera tradicional de entender el *discharge* o exoneración legal de saldos insolutos, se vio notoriamente alterada por la crisis *subprime*, especialmente porque *“la referida crisis dejó en evidencia la importancia sistémica del endeudamiento personal y, por consiguiente, la necesidad de establecer políticas públicas destinadas a facilitar el fresh start*²⁴².

A mayor abundamiento, Goldenberg precisa dicho cambio de paradigma, señalándonos que: *“el tono solo cambió en la reformulación propuesta por las regulaciones estadounidenses, en que, dada la necesidad de enfrentar los riesgos del comercio (como asimismo de la conquista territorial), se vio en el concurso un medio de tutela del deudor, considerando al fracaso como parte normal de los*

²³⁹ (Goldenberg, 2020)

²⁴⁰ (Goldenberg, 2020. p. 418-419)

²⁴¹ (Caballero, 2018. p. 146)

²⁴² (Ibíd. p. 140)

*procesos económicos. Con ello, el discharge se ofreció desligando de los intereses de los acreedores*²⁴³.

Sin perjuicio que nuestra opinión es que todo procedimiento concursal debe resguardar primordialmente – aunque no de forma exclusiva – el interés de los acreedores, no estamos en desacuerdo con que existan mecanismos que faciliten el emprendimiento y la reinserción financiera del deudor fallido.

Pero ello no significa, que adhiramos a la manera en que se encuentra regulado el *discharge* en nuestra legislación concursal, todo lo contrario, al igual que gran parte de la doctrina nacional, tenemos serios reparos con el actual tratamiento contemplado en la Ley N° 20.720, por las razones que bien resume Goldenberg, a saber: “*carente de mayores explicaciones y alejándose de las tendencias del Derecho Comparado e histórico nacional, había ofrecido tal extinción como un efecto que, sin mayores requisitos ni limitaciones, se producía automáticamente por el término del respectivo procedimiento de liquidación*”²⁴⁴.

Pero es más, la LC se aleja incluso de la lógica del *discharge* norteamericano, puesto que en dicho país “*el modelo se complementó bajo la idea de dar nuevas oportunidades al deudor honesto, pero desafortunado, de modo que la figura se ofreció con estrictos requisitos de procedencia que miraban a la conducta del sujeto y a la advertencia de ciertas deudas que no podían verse extinguidas al existir una política de protección considerada más relevante que el fresh start*”²⁴⁵.

Caballero, en un muy buen artículo relativo a la exoneración legal de los saldos insolutos – aunque refiriéndose sobre este efecto en el sobreendeudamiento de los consumidores – hace un exposición de los rasgos comunes que tiene este efecto extintivo en el derecho comparado, para luego compararlos con los particularidades que tiene esta exoneración en nuestro país.

Señala que es posible resumir en seis, los rasgos comunes que tiene – o debería tener –, toda norma de *discharge*:

i) La honestidad del deudor: “*la exoneración legal de los saldos insolutos tras el término de un procedimiento concursal es una regla de protección del deudor honesto, pero desafortunado*”²⁴⁶.

²⁴³ (Goldenberg, 2020. p. 432)

²⁴⁴ (Goldenberg, 2020)

²⁴⁵ (Goldenberg, 2020 p. 432)

²⁴⁶ (Caballero, 2018. p. 141)

ii) El cumplimiento de un plan de pagos: *“la obtención del beneficio legal de la exoneración de las deudas suele quedar sujeto a un pago mínimo (por ejemplo, un 10% de la deuda)”*²⁴⁷.

iii) La concesión fundada del beneficio: *“usualmente la exoneración legal de deudas exige un pronunciamiento específico de la autoridad, judicial o administrativa, sobre el cumplimiento de los requisitos de procedencia del beneficio legal”*²⁴⁸.

iv) La educación financiera del deudor: *“varios ordenamientos incluyen dentro de los requisitos para la concesión de la exoneración legal de los saldos insolutos la asistencia a cursos de formación básica sobre finanzas”*²⁴⁹.

v) Finito: *“en muchos ordenamientos, el discharge es un beneficio al cual es posible acceder una sola vez en la vida o solamente tras un largo plazo desde su obtención, pues se trata de una solución excepcional”*²⁵⁰.

vi) Deudas exceptuadas: *“las consecuencias de este beneficio no deben afectar a otros intereses dignos de tutela superior. Por esa razón, en todos los ordenamientos estudiados, la exoneración legal deja ciertas obligaciones intactas, entre ellas, usualmente: a) los alimentos y otras deudas de familia con hijos y cónyuge; b) las multas y otras sanciones; c) impuestos y otras deudas con la administración; d) préstamos educativos; e) deudas por responsabilidad penal; f) deudas por responsabilidad extracontractual”*²⁵¹.

Es posible darse cuenta, como advierte este autor, que *“la exoneración legal de los saldos insolutos en nuestro ordenamiento presenta marcadas diferencias con las tendencias observadas a nivel internacional (...) el único rasgo coincidente con la práctica internacional mayoritaria es la opción de nuestros legisladores por el efecto extintivo del discharge”*²⁵².

No resulta sencillo avizorar cuales habrían sido las razones de porqué nuestro legislador, alejándose de las cuerpos concursales comparados, estableció un beneficio de exoneración de deudas en un sentido excesivamente amplio, a pesar incluso, de opiniones en contrario expuestas por académicos invitados al debate legislativo. Por ejemplo, en la Historia de la Ley consta expresamente:

²⁴⁷ (Caballero, 2018. p. 142)

²⁴⁸ (Ibíd. p. 143)

²⁴⁹ (Ibíd. p. 144)

²⁵⁰ (Ibíd.)

²⁵¹ (Ibíd. p. 144-145)

²⁵² (Ibíd. p. 150-151)

“el profesor señor Gómez señaló que el procedimiento que se ha ideado en el proyecto para proceder a pagar los créditos, termina transformándose simplemente en un modo de extinguir las obligaciones del deudor que opera de pleno derecho. Este beneficio debe reservarse exclusivamente para los deudores de buena fe, o sea respecto de aquellos que se hallan en estado de no poder pagar sus deudas, proveniente de hechos que no puedan serles imputados, de los cuales no sean culpables y responsables, (...)El proyecto no debería considerar digno del beneficio al deudor que se ha burlado de sus acreedores, del que se oculta o se fuga, ni del que ha urdido arbitrios ruinosos para defraudar, en suma, al deudor de mala fe, porque esta clase de deudores no debieran gozar de este tipo de privilegios”²⁵³.

Sin embargo, tras dicha intervención, conforme se observa en las propias actas de la Historia Legislativa, no se produjo debate alguno, y sin tomar en consideración las apreciaciones expuestas por el académico, se aprobó, sin más, el artículo 255 LC en la forma que se encuentra consagrado hoy.

No obstante, se debe reconocer que actualmente existe un proyecto de reforma a la Ley N° 20.720, contemplado en el Boletín N° 13802-03 de septiembre de 2020, donde uno de los varios aspectos que se proponen modificar, tiene relación precisamente con la exoneración legal de los saldos insolutos, buscando adecuarla a los estándares internacionales.

Estas modificaciones tienen, como indica Goldenberg al analizar este proyecto de reforma: *“la pretensión de contener la medida sólo para los deudores de buena fe y ofreciendo un catálogo de obligaciones a las que no afecta el efectivo extintivo, las que se mantienen en vigor post-concurso y permiten su ejecución con los bienes embargables que vaya adquiriendo a futuro”²⁵⁴.*

Así, en el proyecto de ley se pretende modificar la redacción del artículo 255 LC, agregando las siguientes excepciones al efecto de discharge: 1) las deudas asociadas a pensiones alimenticias; 2) aquellas que tengan su origen en la condena del Deudor por la comisión de un delito o cuasidelito civil y/o penal; y 3) Las determinadas por el tribunal en la resolución que falla la solicitud del artículo 169 bis.

Este último artículo es incorporado por el mismo proyecto de ley, y contempla la posibilidad de que el tribunal declare la mala fe del deudor, a solicitud del Liquidador o de cualquier acreedor.

²⁵³ Historia de la Ley. p. 2182

²⁵⁴ (Goldenberg, 2020)

Es innegable que este proyecto efectivamente se hace cargo de varias de las críticas que se esgrimían sobre la exoneración legal de los saldos insolutos en nuestra ley, incorporando expresas limitaciones para su aplicación, siguiendo en parte los criterios que han sido utilizados en la mayoría de los ordenamientos concursales comparados. Y si bien no hay dudas de que se trata de un avance sustancial, comparado con lo que hoy en día tenemos, lo consideramos aún insuficiente, especialmente porque no establece una limitación al número de veces en que el deudor podrá verse beneficiado con dicho privilegio, sumado a que como previene Goldenberg, deja abierto un tipo de crédito que ha generado discusión en los últimos tiempos en nuestra jurisprudencia, como son aquellos que sirven para financiar gastos educativos, es decir, el CAE²⁵⁵.

De todas maneras, no podemos dejar de destacar la incorporación de la mala fe del deudor como factor denegatorio de este beneficio, ya que con ello, se debería acotar – al menos en la teoría – considerablemente el mal uso de este procedimiento.

²⁵⁵ (Goldenberg, 2020)

CONCLUSIONES

*“El Derecho o más bien la operación de dictar, modificar o aplicar normas jurídicas, en cierta medida, permite alcanzar determinados objetivos o fines políticos, económicos o sociales. El derecho, por lo tanto, tiene carácter instrumental para el logro de ciertos propósitos predefinidos por quienes crean o adjudican sus normas”*²⁵⁶.

La cita anterior, obra del reconocido jurista nacional Antonio Bascuñán Valdés, nos sirve para comprender, que muchas veces, las leyes se dictan con un propósito – más o menos implícito – distinto de la sola intención de regular algún aspecto de nuestras vidas que se encuentra mal y/o desregularizado, sino que con la idea de generar un efecto que abarque más allá de lo exclusivamente jurídico.

Fenómeno que queda de manifiesto al analizar la Ley N° 20.720, tanto es así, que el propio ejecutivo, en el mensaje que dio inicio a su tramitación, no hizo mayores esfuerzos por disimular los fines que se buscaban lograr con esta norma, los cuales guardaban relación con establecer procedimientos concursales que facilitaran el reemprendimiento – y con ello potenciar la economía –, a través de disposiciones que aminoraran los gravosos efectos para el deudor que tenía el antiguo procedimiento de quiebra.

Sin embargo, – y sin buscar desmerecer las nobles intenciones del legislador a este respecto – es evidente que toda legislación concursal cuyo foco de atención es el deudor, terminará por desnaturalizar dicha institución, especialmente cuando se trata de la liquidación concursal, cuyo ideal debe ser siempre la búsqueda de la mayor satisfacción posible de los intereses de los acreedores, pues el fundamento histórico que dio origen a este procedimiento en particular fue, precisamente, la búsqueda de un mecanismo colectivo que permitiese coordinar los diferentes intereses de cada acreedor individualmente considerado, frente a un patrimonio insolvente limitado – y menor al pasivo total–, y así proteger al conjunto de acreedores de que sólo se les pague a algunos, dependiendo de quienes primero lleguen a cobrarse, siguiendo un principio de igualdad – no irrestricto – entre ellos.

Las consecuencias de una legislación que ha sido establecida contrariando la lógica natural de este tipo de procedimientos, quedan plasmadas – en el caso particular de la liquidación concursal – en una regulación no sólo deficitaria, si no que al extremo de contener disposiciones que resultan abiertamente contraproducentes para los acreedores, lo que es un notorio contrasentido en normas de esta naturaleza.

²⁵⁶ (Bascuñán Valdés, 2007)

En esta memoria se buscaba analizar el procedimiento de liquidación concursal de inicio a fin, con el objeto de demostrar la existencia de variados defectos, incongruencias y vacíos que demostraran el punto expresado en el párrafo anterior, encontrándose múltiples ejemplos, entre los que se destacan – sin ser exhaustivos – : i) en primer lugar, los acotados plazos del proceso, que demuestran que la pretensión del legislador estaba más enfocada en resguardar al deudor, que a amparar la posibilidad de recuperación de los créditos por parte de los acreedores; ii) la desprotección de una parte importante de acreedores, al encontrarse limitada la posibilidad de ser sujeto pasivo sólo a las empresas y consumidores, siendo lo correcto más bien que se contemplase – por su justificación ya expresada – como un mecanismo generalizado cuando exista un patrimonio insolvente que cumpla con los requisitos para ser liquidado; iii) la exclusión de determinados acreedores de poder verificar sus créditos, por no cumplir con los estrictos requisitos de la verificación, especialmente el carácter dinerario de los mismos; iv) la inexplicable separación y postergación – y por ende posiblemente no pago – de determinados intereses de la deuda, sin distinguir por tipo de crédito y naturaleza de dichos intereses; v) como también el generosísimo beneficio que perdona las deudas que no han podido ser pagadas una vez dictada la Resolución de Término, convirtiéndose en una tentadora invitación a mal utilizar el procedimiento de liquidación concursal. Dichas deficiencias, son sólo algunas de las que han podido quedar en evidencia a lo largo de esta memoria.

Finalmente, no debe entenderse este trabajo como una propuesta en favor de la desprotección y/o precarización del deudor en desmedro de los acreedores – de hecho, como ha quedado plasmado, tenemos una opinión favorable de ciertas innovaciones de la Ley N° 20.720 en tal sentido, como fue, por ejemplo, su carácter desestigmatizador del deudor – sino más bien una crítica hacia el propio legislador, que en su afán de instrumentalizar una norma y convertirla en un mecanismo que favoreciera un fin particular, en este caso el crecimiento económico, terminó dejando de lado la razón de ser del procedimiento de liquidación concursal, que como sabemos, es el resguardo de los acreedores.

BIBLIOGRAFÍA

I. Doctrina:

1. ABELIUK, RENE. 2009. Las Obligaciones. Tomo II. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
2. ALARCÓN CAÑUTA, MIGUEL. 2014. Las Personas Relacionadas en al Ley 20.720. Consecuencias y Comentarios Críticos. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política. 5 (2): 11-45.
3. ALARCÓN CAÑUTA, MIGUEL. 2018. La Deuda por Obligación Constituida a Través de Crédito con Aval del Estado no Constituye Excepción al Discharge en el Ordenamiento Jurídico Chileno. Revista Chilena de Derecho. (31): 9-59.
4. ARAYA, IGNACIO Y BOFILL, OCTAVIO. 2013. Análisis y Comentarios a la Reforma al Régimen Concursal Chileno (Boletín N° 8324-03). Revista de Derecho Escuela de Postgrado (4): 281-324.
5. ARLETTAZ, FERNANDO. 2018. Régimen Legal de las Comunidades Religiosas en el Derecho Argentino. Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. (20): 186-222.
6. BASCUÑÁN VALDÉS, ANTONIO. 2007. Sobre la Formación del Abogado en Chile en el Siglo XXI. MJD 172. [en línea] <www.microjuris.cl> , [Consulta 14 de noviembre de 2020]
7. BARCÍA LEHMANN, RODRIGO. 2010. Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo III, De la Teoría de las Obligaciones. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
8. BERMEJO, NURIA. 2004. Los Efectos del Concurso sobre los Créditos. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid. (11): 11-46.
9. BASOZABAL, XAVIER. 2009. Claves para Entender la Compensación en Europa. Revista para el Análisis del Derecho. (4): 2-27.

10. CAAMAÑO, EDUARDO. 2013. El Destino de los Contratos de Trabajo frente a la Empresa en Crisis: Reorganización-Liquidación frente a Estabilidad Laboral. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XL: 185-212.
11. CABALLERO, GUILLERMO. 2018. Sobreendeudamiento y Exoneración Legal de los Saldos Insolutos en el Procedimiento Concursal del Consumidor. Revista Ius et Praxis. 24 (3): 133-172.
12. CABALLERO, GUILLERMO Y ESPADA, SUSANA. 2020. El Concurso *Post Mortem* de la Herencia. Revista de Derecho (Valdivia). 33 (1): 97-117.
13. CARLÓN RUIZ, MATILDE. 2004. Las Administraciones Públicas ante el Fenómeno Concursal: Algunas Reflexiones al Hilo de la Nueva Ley. Revista de Administración Pública. (164): 95-143.
14. CASARINO, MARIO. 2009. Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
15. CERVERA MARTÍNEZ, MARTA. 2012. Efectos del Concurso sobre los Contratos. En: NIETO DELGADO, CARLOS (Coordinador). Derecho Concursal. Valencia. Tirant lo Blanch.
16. CHÁVEZ, ERIC. 2019. Derecho Comercial. Procedimientos Concursales, Transporte Terrestre, Marítimo y Aeronáutico. Tofulex Ediciones Jurídicas.
17. CONTADOR, NELSON, y PALACIOS, CRISTIÁN. 2015. Procedimientos Concursales: Ley de Insolvencia y Reemprendimiento, Ley N°20.720. Santiago de Chile. Thomson Reuters.
18. CORRAL, HERNÁN. 2014. La Irreflexiva Supresión de la Quiebra de la Sucesión Hereditaria. [en línea] <<https://corraltalciani.wordpress.com/2014/10/27/la-irreflexiva-supresion-de-la-quiebra-de-la-sucesion-hereditaria/>> [Consulta 11 de junio de 2020]
19. DÍAZ ECHEGARAY, JOSE LUIS. 2012. Manual Práctico de Derecho Concursal. La ley Concursal tras la Reforma de la Ley 38/2001. Barcelona. Experiencia Ediciones.

20. FERNÁNDEZ CRUZ, GASTÓN. 1991. La Naturaleza Jurídica de los Intereses: Punto de Conexión entre Derecho y Economía. *Revista PUCP*. (45): 177-315.
21. FIGUEROA YÁÑEZ, GONZALO. 2011. *Curso de Derecho Civil. Tomo III*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
22. FOOHEY, PAMELA. 2015. When Faith Falls Short: Bankruptcy Decisions of Churches. *Ohio State Law Journal*. 76 (6): 1319-1366.
23. GARCÍA ESCOBAR, GABRIEL. 2014. El Tratamiento de los Créditos Concuriales y el Principio Par conditio Creditorum. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. (5): 1-31.
24. GERBAUDO, GERMÁN. 2017. Concurso de la Herencia en el Derecho Concursal Argentino. Discordancias entre el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Concursos y Quiebras. *Revista Lex Mercatoria*. 7 (6): 49-54.
25. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2010. Consideraciones Críticas Respecto al Denominado Principio Par Conditio Creditorum. *Revista Chilena de Derecho*. 37 (1): 73-98.
26. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2010. *La Subordinación Voluntaria de Créditos*. Tesis Doctoral. Salamanca, España. Universidad de Salamanca.
27. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2012. El Problema Temporal en el Inicio de los Procedimientos Concuriales. *Revista Ius et Praxis*. 18 (1): 315-346.
28. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2015. Los Créditos Legalmente Pospuestos en la Ley 20.720. *Revista de Derecho*. 28 (2): 91-116.
29. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2018. El Crédito por Intereses en el Marco de los Procedimientos Concuriales. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*. 25 (2): 157-199.
30. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2018. *La Mediación en el Ámbito Concursal: Una Lectura de la Función Principal del Veedor en los Procedimientos Concuriales de Reorganización*. En: VAZQUEZ, MARÍA FERNANDA (Directora). *Mecanismos Alternativos de Solución*

de Conflictos. Santiago de Chile. Thomson Reuters. [en línea] <www.proview.cl> [Consulta 5 de septiembre de 2020]

31. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2020. Hacia un Nuevo Modelo de Discharge en la Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. Estado Diario. [en línea] <<https://estadodiario.com/columnas/hacia-un-nuevo-modelo-de-discharge-en-la-ley-de-insolvencia-y-reemprendimiento/>> [Consulta 5 de noviembre de 2020]
32. GOLDENBERG, JUAN LUIS. 2020. El Origen y la Evolución de la Extinción del Saldo Insoluto como Resultado del Concurso en el Discurso Anglosajón y su Incorporación en la Legislación Chilena de Quiebras de 1929. Revista Chilena de Derecho. 47 (2): 411-435.
33. GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL Y EYZAGUIRRE SMART, GONZALO. 2012. El Derecho de Quiebras. Tomo I. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
34. HARDIN, GARRETT. 1968. The Tragedy of the Commons. Science. 162: 1243-1248.
35. JAQUIER, EDUARDO. 2019. Curso de Derecho Concursal. Tomo III, Volumen 1. Santiago de Chile. Thomson Reuters. [en línea] <www.proview.cl> [Consulta 4 de junio de 2020]
36. MARTÍNEZ-MORA FERNÁNDEZ, MARÍA. 2014. El Crédito por Intereses en el Concurso. Tesis Doctoral. Murcia, España. Universidad de Murcia.
37. McCONNELL, MICHAEL Y PICKER RANDAL. 1993. When Cities Go Broke: A Conceptual Introduction to Municipal Bankruptcy. The University of Chicago Law Review, 60 (2): 425-495.
38. MEZA BARROS, RAMÓN. 2010. Manual de Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
39. MOLINA ZALDÍVAR, CARLOS Y RÍOS SALAS, VÍCTOR. 2016. Derecho de la Construcción. Chile. Edición Propia.
40. NÚÑEZ VAQUERO, ÁLVARO. 2016. Breve Ejercicio (realista) de la Interpretación: Veintitrés Problemas interpretativos sobre la regulación del Código Civil sobre la Interpretación. Revista Ius et Praxis. 22(1): 129-164.

41. PUGA, JUAN ESTEBAN. 2014. Derecho Concursal: Del Procedimiento Concursal de Liquidación: Ley N° 20.720. 4ª edición actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
42. RODRÍGUEZ RUSSO, JORGE. 2012. La Preferencia de la Prenda y la Hipoteca cuando no existe Concurso: El Alcance de la Derogación de los Artículos 2359-2389 del Código Civil. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. (42): 509-518.
43. RUIZ-TAGLE, PABLO. 2016. Principios Constitucionales del Estado Empresario. Revista de Derecho Público. (62): 48-65.
44. RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2017. Nuevo Derecho Concursal Chileno. Tomo II. Santiago de Chile. Thomson Reuters. [en línea] <www.proview.cl> [Consulta 11 de agosto de 2020]
45. RUZ LÁRTIGA, GONZALO. 2019. La Regla Par Conditio Creditorum ¿Mito o Realidad del Derecho Concursal? De los Orígenes Históricos de la Regla y su Expresión en el Derecho Concursal Actual. Revista Chilena de Derecho Privado. (32): 71-100.
46. SANDOVAL, RICARDO. 2007. Derecho Comercial. La Insolvencia de la Empresa. Derecho Concursal: Quiebras, Convenios y Cesiones de Bienes. Tomo IV. 6ª edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica.
47. SEVERIN, GONZALO. 2009. Preferencia de las Garantías Reales frente a Créditos de Primera Clase. Revista Nomos. (4): 55-63.
48. SKEEL, DAVID. 2005. Sovereignty Issues and the Church Bankruptcy Cases. Seton Hall Legislative Journal. 29 (2): 345-360.
49. VALLEJO, RODRIGO Y PARDOW, DIEGO. 2008. Derribando Mitos sobre el Estado Empresario. Revista Chilena de Derecho. 35 (1): 135-156.
50. VARAS BRAUN, JUAN ANDRES Y MOMBERG URIBE, RODRIGO. 2006. La Oferta en Chile: Un Ordenamiento, Tres Regímenes. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado. (3): 61-94.

II. Legislación Nacional y Extranjera:

1. Ley N° 20.720 de Chile
2. Constitución Política de la República de Chile
3. Código Civil de Chile.
4. Ley N° 24.522 de Argentina
5. Ley N° 550 de Colombia
6. Bankruptcy Code de los Estados Unidos
7. Ley Orgánica Constitucional N° 18.696 de Municipalidades de Chile
8. Ley N° 18.010 de Chile
9. Ley N° 18.092 de Chile
10. Ley N° 20.1190 de Chile
11. Ley 22/2003 de España
12. Ley 18.045 de Chile
13. Código de Procedimiento Civil de Chile
14. Código del Trabajo de Chile

III. Jurisprudencia:

1. Corte Suprema. 1 de marzo de 2017. Rol 40681/2016. Considerando 10mo.
2. Segundo Juzgado de lo Mercantil de Madrid. 1 de marzo de 2005. Autos 330-2005.

IV. Otras fuentes:

1. Historia de la Ley N°20.720: Mensaje del Ejecutivo Refundido.
2. Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de Insolvencia.
3. ORBE. Alcalde declaró en quiebra municipalidad de San Miguel. [en línea] El Mercurio Online en internet. 1 de mayo, 2001.
<<https://www.emol.com/noticias/nacional/2001/05/01/53681/alcalde-declaro-en-quiebra-municipalidad-de-san-miguel.html>> [Consulta 8 de junio 2020]
4. MINISTERIO DE JUSTICIA. 2020. Listado de Entidades Religiosas.
<<http://entidades.minjusticia.cl:8080/entidad/inicio.action>> [Consulta 9 de junio 2020]
5. Instructivo N° 2 SIR.