



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

MAGÍSTER EN DERECHO
CON Y SIN MENCIÓN

**Resolución de liquidación concursal en la Ley N.º 20.720 y el presupuesto
objetivo de insolvencia, ¿es necesaria una corrección epistémica y
axiológica?**

**Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho
Público**

Juan Gabriel Sagredo Maldonado

Profesor guía: Jesús Ignacio Ezurmendia Álvarez

Santiago de Chile, 2023

Índice

Introducción	3
Capítulo I: Marco normativo actual	
1.1. Estado de la cuestión	6
1.2. Presupuestos normativos de la Ley N.° 20.720 para la dictación de una resolución concursal de liquidación	8
1.3. Sobre la incapacidad financiera	13
1.4. Causales que dan inicio a un procedimiento concursal de liquidación voluntaria en la Ley N.° 20.720	19
1.5. Causales que dan inicio a un procedimiento de liquidación forzosa en la Ley N.° 20.720	27
1.6. Ley N.° 21.563 que Moderniza Los Procedimientos Concursales Contemplados en la Ley N.° 20.720, y Crea Nuevos Procedimientos para Micro y Pequeñas Empresas	32
Capítulo II: Aspectos axiológicos del concurso	
2.1. Intereses involucrados en la apertura del concurso	33
2.2. Intereses públicos en un proceso concursal de liquidación	39
2.3. Derecho de Propiedad y Protección del Crédito Público	42
2.4. Sobre el presupuesto objetivo en la normativa nacional	51
2.5. Presupuesto objetivo desde la eficiencia concursal	55
2.6. Derecho a defensa material y el presupuesto objetivo del concurso	59
Capítulo III: Aspectos epistémicos y probatorios del concurso	
3.1. La prueba en el contexto judicial	63
3.2. La prueba en el concurso	66
3.3. Sobre el estándar probatorio	68
Conclusiones	74
Bibliografía	75

Introducción

La actual Ley N.º 20.720 (o Ley Concursal), que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, tiene por objeto resolver los problemas de insolvencia que puedan afectar tanto a personas naturales como jurídicas, mediante diferentes instrumentos establecidos según de quien se trate (persona o empresa deudora¹), y cuyo presupuesto es *“la incapacidad financiera de responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización”*². Desde aquí, esta normativa contempla un procedimiento de renegociación destinado a personas deudoras, cuyo objeto es generar condiciones para renegociar las deudas con sus acreedores para así superar un escenario de incapacidad financiera. Además, contempla un procedimiento de reorganización de empresas deudoras que favorece un contexto de diálogo entre esta última y sus acreedores, para posibilitar la solución a un determinado grado de incapacidad financiera. En ambos procesos, la finalidad es proveer a estas personas la oportunidad de evitar un proceso de liquidación concursal, y así permitirles continuar operando en el mercado de manera regular, dando cumplimiento en determinadas condiciones a sus obligaciones dinerarias con sus acreedores, para efectos de disminuir afectaciones a la libre circulación de los bienes y proteger el crédito público, en tanto bienes jurídicos que deben ser protegidos por parte del estado encargado de resguardar el sistema público económico.

Pero también, estas herramientas colectivas pueden dar lugar a un escenario del todo desfavorable para la persona o empresa deudora, si el diálogo entre acreedores deriva en un diagnóstico de incapacidad financiera irreversible, lo que provocará una liquidación concursal cuyo principal objeto será la realización de todos los bienes embargables del deudor para dar solución en todo o parte a las obligaciones insolutas.

¹ El numeral 13 y 25 del artículo 2 de la Ley N.º 20.720 establece que se considera Empresa Deudora a toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2 del artículo 42 del Decreto Ley N.º 824, del Ministerio de Hacienda de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta, considerándose a su vez persona deudora a aquellos no comprendidos en los supuestos anteriores.

² Mensaje Presidencial, Ley 20.720.

Este escenario crítico, también puede alcanzar una solución directamente a través del proceso concursal de liquidación, que puede tener inicio por propia voluntad de la persona deudora (liquidación voluntaria), o a través de la solicitud de un determinado acreedor (liquidación forzosa), estadios donde el supuesto de incapacidad financiera que justifica esta normativa concursal no surgirá de una evaluación y decisión de sus acreedores, sino que su determinación dependerá del razonamiento de un juez que a través de una resolución judicial podrá decretar la liquidación concursal. De esta manera, y a diferencia de lo que ocurre en una renegociación o una reorganización, será una sentencia judicial la que se pronunciará sobre el presupuesto objetivo en el inicio de un procedimiento de liquidación concursal, actividad jurisdiccional que por su carácter deberá cumplir con determinados requisitos, como la designación precisa de las partes litigantes, la enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas, las excepciones o defensas del demandado en su caso, y en lo que interesa a este trabajo, las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la decisión, con la enunciación de las leyes y principios de equidad que en su caso sirven a la decisión³.

En efecto, la Ley N.º 20.720 establece determinadas hipótesis que permiten a un juez decretar el inicio de un procedimiento de liquidación concursal, las que en este trabajo serán objeto de análisis desde la teoría racional de la prueba, a efectos de determinar si los presupuestos normativos que permiten esta decisión judicial se encuentran justificados racionalmente a partir de los hechos que deben ser acreditados (premisa fáctica), y si en ellos se identifica la incapacidad financiera (premisa normativa) que justifica el fin público pretendido por la legislación concursal, dilucidando el grado de maximización de la verdad involucrado y que valida la decisión de un juez racional⁴, y el umbral probatorio (estándar de prueba) dispuesto por la ley para atender el problema del grado de error tolerado que subyace en toda actividad probatoria⁵.

³ Art. 129 de la Ley N.º 20.720.

⁴ Taruffo, Michele (2008). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Pág. 37.

⁵ Taruffo, Michele (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Pág.102.

Así, este trabajo tiene por objeto analizar la forma en que se establecen los hechos que sirven a la decisión judicial de iniciar un proceso concursal de liquidación, la importancia de la actividad epistémica involucrada, y en qué medida esta labor judicial merece una corrección epistémica y axiológica para justificar racionalmente la decisión, en función a los presupuestos normativos del concurso, los bienes jurídicos protegidos , y las implicancias económicas que derivan de un proceso de esta naturaleza.

Capítulo I: Marco Normativo del Concurso

1.1. Estado de la Cuestión

El procedimiento concursal de liquidación contenido en la Ley N.º 20.720 tiene por objeto la liquidación de los pasivos y activos de una empresa o persona deudora⁶, que se encuentre “*en la incapacidad financiera de responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización*”⁷. Ello, con la pretensión de resguardar la libre circulación de los bienes y proteger el crédito público, bienes jurídicos que se ven amenazados por ese estado patrimonial crítico que en algún punto motivará la ejecución de acreencias insolutas de quienes buscarán cuidar sus propias finanzas, valiéndose de herramientas procesales que limitan el libre tránsito de bienes del deudor (embargos, precautorias), desencadenando otros incumplimientos del deudor, y generando un cúmulo de ejecuciones cuyos intereses individuales deberán soportar en uno u otro grado la falta de pago de dichos créditos, lo que hará necesario recurrir a un instrumento colectivo que permita la liquidación y pago de activos en forma ordenada, resguardando la igualdad de los acreedores (*par conditio creditorum*)⁸.

Para estos efectos, la Ley N.º 20.720 establece determinadas hipótesis que permiten el inicio de un procedimiento de liquidación concursal (o que facultan al juez dictar una resolución de liquidación concursal), las cuales serán examinadas desde la teoría racional de la prueba, para allí revelar si dichos presupuestos normativos permiten una decisión judicial justificada (racionalmente correcta), desde los hechos que deben (o deberían) ser justificados (premisa fáctica) ante el juez sustanciador, considerando la incapacidad financiera (premisa normativa) como presupuesto objetivo de la finalidad pretendida por

⁶ Art. 1, Ley N.º 20.720.

⁷ Mensaje Presidencial, Ley N.º 20.720.

⁸ Puga Vial señala que la insolvencia cultiva una amenaza para la macroeconomía, el sistema crediticio global, y la circulación de la riqueza o el funcionamiento mismo de la colectividad, lo que genéricamente denomina “*de la sana fluidez macroeconómica*”, donde el Estado debe actuar como garante del bien común. Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720. Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed. Pág. 58.

esta normativa, y el umbral probatorio (estándar de prueba) dispuesto por la ley para distribuir el error subyacente en esta actividad probatoria.

Al respecto, dada la estructura normativa de esta etapa cognitiva del proceso concursal, existe una alta probabilidad de iniciar estos procesos de liquidación en empresas o personas sin mediar avales epistémicos que racionalmente reflejen una incapacidad financiera (lo que pretende evidenciar este trabajo), cuestión que importaría una desviación de este instrumento concursal hacia fines extraños al pretendido por ese presupuesto objetivo que justifica su aplicación. De esta manera, la actual normativa distribuye el error judicial tolerando un falso positivo (liquidar un no incapaz financieramente) por sobre un falso negativo (rechazar la liquidación de un incapaz financieramente), estadio sobre el cual pretendo dar justificaciones para alterar esta distribución del error, reduciendo la probabilidad de incurrir en un falso positivo.

A su vez, en la jurisprudencia co-existen tesis formalistas y materialistas para dar inicio a una liquidación voluntaria, inestabilidad de criterios que debería ser resuelta en favor de una ponderación racional de los instrumentos de prueba exigidos por la normativa (tesis materialista), para así justificar el presupuesto objetivo de una liquidación concursal, y con ello diluir los incentivos que desvían la finalidad de este instrumento concursal, cuestión que se exhibe en mayor medida en una liquidación forzosa debido a hipótesis normativas que por sí solas no reflejarían racionalmente una incapacidad financiera, además de un diseño del contradictorio que mengua las posibilidades del afectado de acreditar su capacidad financiera, lo que de paso generaría problemas de tutela judicial efectiva.

En lo anterior, incide el hecho que su ámbito de aplicación (de la Ley Concursal) no haya sido debidamente delimitado, dado que el supuesto de su aplicación (la insolvencia) comprendería al mero incumplimiento como supuesto adicional, lo que deja abierta la valla de control a las acciones de cobranza disfrazadas de pretensión concursal, lo que resulta ser un enemigo declarado del éxito de las soluciones concursales⁹. Ello, considerando que

⁹ Araya Paredes, Ignacio y Bofill Genzsch, Octavio (2013). Análisis y Comentarios a la Reforma al Régimen Concursal Chileno. Pág. 284-285.

la insolvencia como presupuesto objetivo del concurso pertenece al ámbito público en razón de su extensión y oponibilidad a quienes tengan un interés involucrado (no obstante no concurrir al concurso), y el mero incumplimiento es propio del ámbito privado, donde el interés comprometido es de quienes efectivamente son parte inmediata de la acción¹⁰.

Por último, este instrumento concursal envuelve una política pública que pretende solucionar un problema financiero que afecta al crédito público y el orden público económico (propiedad, libre iniciativa económica), siendo trascendental que el presupuesto objetivo de esta normativa concursal que genera un proceso de liquidación concursal encuentre la debida correspondencia epistémica (en hechos que revelan incapacidad financiera) y axiológica (valores protegidos por la normativa concursal), a fin de que esta finalidad pública se logre en la mayor medida posible (deseable).

1.2. Presupuestos normativos de la Ley N.º 20.720 para la dictación de una resolución de liquidación concursal

La Ley N.º 20.720 contempla un procedimiento de liquidación voluntaria y otro de carácter forzoso, tanto para empresas como para personas naturales, los cuales tienen efectos casi idénticos en los bienes del concursado, compartiendo los mecanismos de incautación¹¹, realización y pago de créditos, diferenciándose principalmente en la forma como tiene lugar el inicio de uno (voluntario) u otro (forzosa).

Así, el inicio voluntario de un procedimiento concursal de liquidación por parte de una empresa deudora¹² requiere se acompañe (i) una lista de sus bienes y el lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan, los bienes de terceros en su poder y aquellos que tengan garantías constituidas en su favor, debiendo acompañar (ii) la

¹⁰ Ídem.

¹¹ Con la modificación contenida en la ley N.º 21.563 (10.05.23), actualmente la Ley Concursal contempla un nuevo procedimiento simplificado de liquidación que *a priori* prescinde de la diligencia de incautación e inventario de bienes, debiendo el liquidador requerir la entrega de los bienes al deudor en forma previa a su realización (Art. 274 y 275, Ley N.º 20.720).

¹² El numeral 13 del artículo 2 de la ley N.º 20.720, modificado por la ley N.º 21.563, define a la empresa deudora como: *“toda persona jurídica de derecho privado, con o sin fines de lucro, y toda persona natural que, dentro de los veinticuatro meses anteriores al inicio del Procedimiento Concursal correspondiente, haya sido contribuyente de primera categoría.”*

documentación registral que acredite el dominio en su caso, (iii) una lista de bienes legalmente excluidos de la liquidación¹³, (iv) una relación de juicios pendientes de haberlos, (v) un estado de deudas con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, y un informe de deuda emitido por la Comisión para el Mercado Financiero o la autoridad respectiva, (vi) una nómina de los trabajadores y el estado de pago de las prestaciones laborales adeudadas y fueros en su caso, (vii) el último balance si llevara contabilidad completa, (viii) antecedentes contenidos en la carpeta tributaria electrónica, (ix) las cartolas históricas de las cuentas bancarias asociadas a la actividad económica con dos años de antigüedad, y (x) una declaración jurada sobre la integridad y fidelidad de la documentación¹⁴.

Con lo anterior, el tribunal procederá a dictar la respectiva resolución de liquidación concursal¹⁵, salvo que el tribunal estime no se hayan cumplido las exigencias antes mencionadas¹⁶.

A su vez, tratándose de una persona deudora¹⁷ o de una micro o pequeña empresa (MyPE)¹⁸ deudora¹⁹, se contempla un procedimiento concursal especial denominado liquidación voluntaria simplificada, cuya solicitud de liquidación concursal deberá contener: (i) una nómina de todos los bienes de su dominio, indicando avalúo comercial, estado de

¹³ Esta referencia debe ser entendida a los bienes inembargables que refiere el Art. 1618 y 2466 Inc. 3° del Código Civil (CC), Art. 445 del Código de Procedimiento Civil (CPC), Art. 7 Inc. 2° de la Ley N.° 14.908, Art. 10 Inc. 3 de la Ley N.° 18.690, entre otros (Art. 130 N.° 1, Ley N.° 20.720).

¹⁴ Art. 115, Ley 20.720.

¹⁵ Art. 116, Ley 20.720.

¹⁶ El mensaje de la ley N.° 21.563 (D.O. 10.05.23) da cuenta en sus antecedentes que una de las mejoras a la ley N.° 20.720 es corregir los incentivos errados que provocan que los deudores prefieran los procesos concursales de liquidación por sobre la renegociación o reorganización, y contemplar mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado del procedimiento concursal de liquidación (Pág. 2).

¹⁷ El numeral 25 del artículo 2 de la ley N.° 20.720, define a la persona deudora como toda persona natural no comprendida en la definición de empresa deudora.

¹⁸ Conforme a lo dispuesto en el artículo 273 de la ley N.° 20.720, artículo 2 de la ley N.° 20.416, y artículo 505 bis del Código del Trabajo (CdT), se consideran micro empresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no hayan superado las 2.400 UF en el último año calendario, y que tenga contratados entre 1 a 9 trabajadores, y se consideran pequeñas empresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro sean superiores a 2.400 UF y no excedan de 25.000 UF, y tengan contratados entre 10 a 49 trabajadores. Estas circunstancias deberán acreditarse a través de una declaración jurada suscrita por el representante del deudor o el deudor en su caso.

¹⁹ Previo a la ley N.° 21.563, la ley N.° 20.720 sólo distinguía entre persona y empresa deudora, sin considerar el tamaño de esta última, modificación que tiene por objeto simplificar y reducir los costos de administración para las personas, micro y pequeñas empresas, favoreciendo su acceso (Mensaje ley N.° 21.563, Pág.7).

conservación, gravámenes que les afecten y el lugar de su ubicación, y los bienes de terceros que se encuentren en su poder y aquellos constituidos como garantías en su favor, junto con indicar su participación en sociedades, comunidades y comunidades hereditarias, (ii) la documentación registral que acredite el dominio de los bienes, (iii) la nómina de bienes excluidos, (iv) una relación de juicios con efectos patrimoniales si los hubiere, (v) un estado de deudas y el informe de deudas emitido por la Comisión para el Mercado Financiero, (vi) una nómina de trabajadores y las prestaciones laborales adeudadas y fueros en su caso, (vii) una copia de las cartolas históricas de las cuentas corrientes y cuentas vistas del deudor en caso de que la empresa deudora sea persona jurídica, (viii) copia de los antecedentes contenidos en la carpeta tributaria electrónica, y (ix) una declaración jurada sobre la integridad y fidelidad de los documentos acompañados²⁰.

Con ello, el juez se pronunciará sobre la admisibilidad de la solicitud, pudiendo denegar dar curso a la solicitud ante la insuficiencia o incumplimiento de cualquiera de los requisitos antes referidos²¹.

Por su lado, un procedimiento concursal de liquidación forzosa de una empresa deudora podrá ser iniciado por cualquiera de sus acreedores si: (i) cesa en el pago de una obligación propia de su actividad que consta en un título ejecutivo vencido, o (ii) si existieren en su contra dos o más títulos ejecutivos vencidos por obligaciones diversas, e iniciadas a lo menos dos ejecuciones en que dentro del plazo de cuatro días de requeridos de pago no hubieren presentado bienes suficientes para responder al crédito adeudado y las costas, o si (iii) la empresa deudora o sus administradores no son habidos, y han dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin nombrar mandatario facultado para cumplir con sus obligaciones y contestar nuevas demandas²². Esta solicitud deberá señalar la causal invocada y sus hechos justificativos, y los documentos o antecedentes escritos que acreditan la causal invocada, agregando un vale vista o boleta bancaria a la orden del tribunal para subvenir los gastos iniciales del procedimiento y los honorarios de los

²⁰ Art. 273A de la ley N.° 20.720.

²¹ Art. 273B de la ley N.° 20.720.

²² Art. 117, Ley N.° 20.720.

liquidadores para la administración del proceso concursal, cuya cuantía será de 100 UF tratándose de una empresa deudora, o de 200 UF en caso de una persona deudora²³.

Esta solicitud será examinada por el tribunal competente respecto al cumplimiento de los requisitos antes mencionados, y de considerarlos cumplidos la tendrá por interpuesta y dispondrá la citación a una audiencia inicial en que el demandado será informado acerca de la demanda y los efectos de la pretensión, y en la misma oportunidad este último deberá (a) consignar fondos suficientes para el pago del crédito demandado y las costas correspondientes, (b) podrá allanarse, (c) acogerse a un procedimiento de reorganización concursal, u (d) oponerse a la demanda alegando las causales previstas en el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil (CPC)²⁴.

Por su lado, el procedimiento de liquidación forzosa de una persona o MyPE deudora tendrá su inicio por demanda de cualquier acreedor que acredite (i) la existencia de dos o más títulos ejecutivos vencidos, por obligaciones diversas, y encontrándose iniciadas al menos dos ejecuciones, en que luego de transcurridos cuatro días desde los respectivos requerimientos de pago no se hayan presentado bienes suficientes para responder a la prestación adeudada y sus costas, (ii) o tratándose de una MyPE, cuando la empresa deudora o sus administradores no sean habidos y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas²⁵.

Presentada la demanda, el tribunal examinará el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, que de considerarlos cumplidos citará a una audiencia, en la cual el demandado sólo podrá enervar la solicitud mediante (a) la consignación de fondos suficientes para el pago del crédito demandado y las costas correspondientes, (b) podrá allanarse, (c) acogerse a un procedimiento de reorganización concursal simplificada

²³ Además, la solicitud podrá indicar a un Veedor para supervigilar las actividades del deudor en caso de existir oposición por parte de este último, y podrá ser solicitada cualquiera de las medidas prejudiciales o precautorias de los títulos IV y V del Libro II del CPC.

²⁴ Art. 120, Ley N.º 20.720.

²⁵ Art. 282, Ley N.º 20.720.

tratándose de una empresa deudora (MyPE), u (d) oponerse a la demanda alegando las causales previstas en el artículo 464 del CPC²⁶.

Así, la hipótesis de incapacidad financiera que justifica la liquidación de los pasivos y activos de una empresa o persona deudora se tendrá por configurada judicialmente por un reconocimiento voluntario que la empresa o persona hace de su situación patrimonial, acompañando una serie de documentos justificativos de ese estado patrimonial, y por su lado, tratándose de un proceso forzoso, el actor deberá acreditar la concurrencia de al menos una de las causales que la ley considera reveladoras de una incapacidad financiera. Así, tenemos que por un lado bastaría un reconocimiento voluntario del deudor premunido de ciertos documentos que reflejen su activo y pasivo, y por el otro sería suficiente al menos el incumplimiento de una obligación que conste en un título ejecutivo, escenario donde la voluntad del deudor demandado sólo será considerada si dispone de liquidez para pagar ese crédito y sus costas, si se allana, si se acoge a un proceso de reorganización judicial, o si se opone conforme a un juicio ejecutivo, pero en ninguno de estos escenarios podría enervar la acción concursal acreditando su capacidad financiera en general.

Por su lado, se debe considerar que la actividad de revelación o justificación de una incapacidad financiera sujeta a parámetros temporales extensos supone un retardo en la entrada al concurso, lo que podría entrar en conflicto con los intereses crediticios de recuperación por parte de los acreedores, lugar donde los hechos reveladores surgen como un medio de justificación útil para la puesta en marcha del proceso, pero no suficientes para la apertura del concurso, pues sería inadmisibles asignar a un mero indicio o hecho revelador el mérito para someter a un deudor a las restricciones del concurso, pues ello resulta ser extremadamente desproporcionado y perjudicial, considerando que los hechos reveladores son indicios de un mal estado de los negocios y no un estado de insolvencia en sí²⁷.

Así las cosas, en que el supuesto de insolvencia se puede dar por acreditado objetivamente mediante dos vías procedimentales (voluntario y forzoso), cada uno con la admisión de material probatorio diverso (en cantidad y calidad), resulta necesario ahondar

²⁶ Art. 284, Ley N.° 20.720, modificado por la ley N.° 21.563.

²⁷ Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720. Editorial Jurídica de Chile, 4° Ed. Pág. 88-89.

en las justificaciones de dicha divergencia probatoria ante a un mismo presupuesto objetivo, considerando la racionalidad que debe orientar la decisión judicial de iniciar un proceso concursal de liquidación, y la función pública que supone la aplicación de la normativa concursal.

1.3. Sobre la incapacidad financiera

Tradicionalmente en nuestra legislación se ha considerado como causa general de una quiebra²⁸, hoy liquidación concursal, al estado de un comerciante (persona o empresa) que cesa en el pago de obligaciones mercantiles²⁹, donde un mero incumplimiento bastaría para dar inicio al proceso judicial³⁰, cuestión que se mantiene en la actual normativa concursal según lo ya referido. A su vez, esta causa general de quiebra o liquidación concursal ha sido referida por nuestra legislación como cesación de pagos³¹, insolvencia³², o mal estado de los negocios³³, y recientemente como incapacidad financiera³⁴, todas ellas con el objeto de aproximarse descriptivamente a un estado patrimonial que: *“impide al deudor cumplir sus compromisos a sus respectivos vencimientos con medios normales y no extraordinarios que disimulen la insolvencia que subyace”*³⁵, y en el entendido que dicho

²⁸ Concepto utilizado desde el Código de Comercio (CdCom) de 1865 hasta la Ley N.º 18.175 de 1982, textos normativos precedentes de la actual Ley N.º 20.720.

²⁹ Descripción contenida en el artículo 1325 del CdCom de 1865, luego en el artículo 37 de la ley N.º 4.558 (1929), y por última vez en el artículo 43 de la Ley N.º 18.175 (1982).

³⁰ Al menos desde la Ley N.º 4.558 (1929), se dispuso que cualquiera de los acreedores podía solicitar la declaración de quiebra cuando el deudor comerciante cese en el pago de una obligación mercantil.

³¹ Art. 21 N.º 7, Título V, de la Ley N.º 4.558. Art. 27 N.º 6, Título V, Art. 74, Art. 77, Art. 219 N.º 1, Art. 220 N.º 6, todos del Libro IV del CdCom (Ley N.º 20.080).

³² Art. 191 N.º 5, Art. 208, Ley N.º 4.558. Art. 8 N.º 9 Inc. 2º, Título V, Ley N.º 18.175. Art. 17 N.º 1, Art. 220 N.º 12, Art. 221 N.º 6, todos del Libro IV del CdCom (Ley N.º 20.080). Art. 155, Art. 1187, Art. 1355, Art. 1496 N.º 1, Art. 1637, Art. 1968, Art. 2090, Art. 2100, Art. 2106, Art. 2349, Art. 2356, Art. 2365, Art. 2367, Art. 2380, todos del CC. Art. 14, Ley N.º 16.271. Art. 2, Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis (Artículo undécimo, Ley N.º 20.416).

³³ Art. 36 N.º 5, Ley N.º 4.558. Art. 42 N.º 5, Art. 75, Art. 203, Art. 233, Inc. 2º, Art. 246 N.º 2, todos de la Ley N.º 18.175. Art. 98, Art. 288 N.º 1, Art. 290 Inc. final, Art. 294, todos de la Ley N.º 20.720.

³⁴ Para estos efectos, la expresión “incapacidad financiera” sólo es mencionada en el mensaje de la Ley N.º 20.720, pues en el cuerpo de la ley es utilizada la expresión “insolvencia” (Art. 299), y “mal estado de los negocios” (Art. 98, 288, 294).

³⁵ Corte Suprema de Justicia (CS), Rol 9.432-2013, sentencia de casación fecha 7 de abril de 2014, considerando octavo (tercera sala).

fenómeno resulte ser una amenaza al crédito público, cuya protección garantizaría el derecho a desarrollar cualquier actividad económica.

En efecto, el mensaje del Código de Comercio (CdCom) de 1865 señaló lo siguiente:

“se define la quiebra con la mayor propiedad y exactitud, no por la descomposición de los elementos de este hecho complejo, sino mediante la estimación jurídica del hecho material de la cesación de pagos, signo característico de la pérdida absoluta del crédito que causa necesariamente la muerte comercial del negociante; y de este modo se precave el peligro de extraviar la conciencia del juez de comercio, sometiendo a su apreciación meros síntomas o circunstancias sobre cuyo alcance e importancia pudiera equivocarse fácilmente.”.

Esta prevención sobre el contexto de decisión del juez de comercio, de no declarar la quiebra bajo meros síntomas o circunstancias equivocadas de un hecho complejo como la cesación de pagos, se habría trasladado a la Ley N.º 4.558 (1929) y 18.175 (1982), pues en estos textos se establecía la exigencia del juez de cerciorarse por todos los medios a su alcance de la efectividad de las causales invocadas³⁶, lo que se extiende al caso del deudor comerciante que debe solicitar su quiebra antes de transcurrir quince días³⁷ de haber cesado en el pago de una obligación mercantil³⁸, y en la opción de cualquier acreedor de provocar la quiebra si el deudor hubiese cesado en el pago de una obligación mercantil³⁹. Este último supuesto, nos podría llevar a entender que la concurrencia de un mero incumplimiento reflejaría un estado de cesación de pagos, pero ello sería aparente, pues si al deudor solicitante se le exigía una memoria de las causas directas e inmediatas del mal estado de sus negocios⁴⁰, entonces un mero incumplimiento (iliquidez transitoria) es sólo un indicio de un estado patrimonial irreversible e insubsanable (cesación de pagos).

Lo anterior se sustentaría en que: *“siendo la insolvencia un fenómeno esencialmente económico aunque de valoración normativa en cuanto a sus efectos, [se encuentra]*

³⁶ Art. 39, Ley N.º 4.558. Art. 45, Ley N.º 18.175.

³⁷ En el artículo 1345 del Libro IV del CdCom (1865) se establecía esta obligación para ser cumplida dentro de tres días contados desde la “cesación de pagos”.

³⁸ Art. 35, Ley N.º 4.558. Art. 41, Ley N.º 18.175.

³⁹ Art. 37 N.º 1, Ley N.º 4.558. Art. 43 N.º 1, Ley N.º 18.175.

⁴⁰ Art. 36 N.º 5, Ley N.º 4.558. Art. 42 N.º 5, Ley N.º 18.175.

*reservada por ende a aquellos casos en que existe una insuficiencia o desequilibrio patrimonial permanente, manifestada a través de una diversidad de hechos reveladores y en donde el incumplimiento es uno más*⁴¹, debiendo aún considerarse que un pasivo mayor que el activo no equivaldría a una insolvencia, así como uno o más juicios pendientes por incumplimiento de obligaciones dinerarias tampoco, no existiendo una relación necesaria entre insolvencia e incumplimientos⁴².

Por su lado, considerando las asimetrías de información donde el acreedor solicitante difícilmente podría conocer el carácter irreversible e insalvable del estado patrimonial del deudor, surge la necesidad entonces de una consideración probatoria especial en torno al mero incumplimiento como causal de una quiebra, lo que sería posible sólo una vez delineados los contornos que abarca el presupuesto objetivo del concurso. Para ello debo señalar que tanto para el deudor o el acreedor se requería señalar la causal que justifica la quiebra y los hechos constitutivos de la causal, debiendo acompañarse los documentos que acreditasen los fundamentos de la petición⁴³, para luego el juez cerciorarse por todos los medios a su alcance de la efectividad de las causales de quiebra, lo que nos permite comprender a las causales para iniciar un proceso de quiebra (como un mero incumplimiento) como meros indicios no suficientes por sí para revelar la insolvencia, pues estos deben ser relacionados con otros medios probatorios para allí corroborar la concurrencia de un estado patrimonial crítico que justifica el concurso.

Esta dificultad por cierto se recoge en la historia legislativa de la actual ley concursal, en tanto el proyecto original tuvo indicaciones en su primer trámite constitucional ante el Senado, dando cuenta el segundo informe de las comisiones de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, que allí se propuso agregar como requisito de la liquidación voluntaria de empresas el acompañar una memoria o breve relación de las causales del mal

⁴¹ Jequier Lehueldé, Eduardo (2016). Nuevas Tendencias para la Reorganización de Empresas Insolventes en la Legislación Chilena. Estudios de Derecho Concursal. La Ley N.º 20.720, a un año de su vigencia, Santiago de Chile. Thomson Reuters. Pág. 12.

⁴² Araya Paredes, Ignacio (2021). Las facultades del juez concursal en la liquidación voluntaria. Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Tirant lo Blanch. <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413787374?showPage=1>. Pág. 189,192.

⁴³ Art. 38, Ley N.º 4.558. Art. 44, Ley N.º 18.175.

estado de sus negocios, en lo cual la señora Superintendente de Quiebras manifestó que la indicación tuvo origen en las mesas de trabajo sostenidas con los síndicos, quienes hicieron presente la conveniencia de incorporar una relación del estado de los negocios del deudor para clarificar la situación de crisis por la que pasa, tanto para los jueces como para los propios síndicos⁴⁴. Si bien esta indicación no fue objeto de discusión, luego fue aludida al momento de precisar el concepto “estado de deudas” que contempla actualmente el numeral 5 (antes numeral 4) del artículo 115 de la Ley Concursal, oportunidad en que el comisionado don Nelson Contador indicó que el numeral 4 del artículo 42 de la Ley N.º 18.175 exige un estado de deudas entre las menciones de la memoria que debe presentar el deudor que pide su quiebra, siendo ello un concepto instalado en la práctica⁴⁵, lo que da cuenta la utilidad del mismo. Finalmente, la indicación (número 64) relativa a la memoria sobre el mal estado de los negocios fue aprobada por unanimidad.

Luego, en el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, don Rafael Gómez Balmaceda señaló que el mensaje de esta ley plantea la necesidad de corregir el derecho a defensa del deudor, inquietud que no es tal, ya que la apertura del concurso regulado por la ley que se reforma⁴⁶ supedita la solicitud de quiebra a ciertos requisitos perentorios como la causal que la justifica, los hechos constitutivos que la ilustran, los antecedentes que la prueban y especialmente los fundamentos de la petición que han de acreditarse, para evitar naturalmente que el juicio de quiebra se desnaturalice en un juicio de cobro de pesos, debiendo el juez cerciorarse por todos los medios a su alcance de la efectividad de las causales invocadas. A esto, agregó que el proyecto regula un juicio de oposición como si se tratase de una cobranza ejecutiva, sin atender que el acreedor que insta por la apertura del concurso lo hace en interés de la masa y no del suyo propio, siendo este un grave desacierto, como haber omitido la exigencia de comprobar los fundamentos de la petición y legitimación del que invoca la acción para evitar se desvirtúe el

⁴⁴ Segundo Informe de Comisiones Unidas, Primer Trámite Constitucional ante el Senado. Historia de la Ley N.º 20.720, <https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/4343/>. Pág. 133.

⁴⁵ *Ibid.* Pág. 134.

⁴⁶ Libro IV del CdCom. Ley N.º 20.080.

procedimiento concursal en un abusivo juicio de cobranza del crédito adeudado por el respectivo acreedor⁴⁷.

A este respecto, sobre el artículo 115 de la Ley Concursal se ha señalado (antes de la modificación por la ley N.º 21.563) que es suficiente que el deudor manifieste al juez que está insolvente y desea ser liquidado, para eliminar exigencias que son una traba para un ágil proceso, ya que la información que se exige proporcionar puede ser recabada una vez iniciado el proceso por el fallido con el liquidador, y luego ser materia de la primera reunión de acreedores⁴⁸. Sobre ello, la Superintendente explicó que la documentación exigida forma parte de la que se maneja cotidianamente en las empresas razonablemente administradas, no siendo antecedentes extraordinarios o de compleja elaboración, y que lo amigable del proyecto al dar fácil acceso al deudor no significa liberarlo de las cargas más básicas de cualquier tratamiento de crisis financiera, como ilustrar adecuadamente a los acreedores las circunstancias representativas de dicha situación crítica, evitando que la sola manifestación de voluntad del deudor pueda atentar contra la necesaria seriedad de toda actividad judicial y comercial, con lo cual la exhibición documental es una garantía de responsabilidad tanto para los acreedores, el liquidador y el sistema crediticio en general, ilustrando acerca de la integridad y sinceridad del deudor en su accionar⁴⁹.

Luego, al momento de someter a discusión el artículo 117 de la Ley Concursal (antes de la modificación por la ley N.º 21.563), el Sr. Puga Vial consideró grave la redacción de su numeral 1 (cesación de pago por un título ejecutivo del acreedor solicitante), en tanto convierte la quiebra en un juicio de cobranza, debiendo enfocarse la solicitud en denunciar un estado que justifica la apertura del concurso, aspecto en el cual el proyecto sigue con enfoque equivocado, pues esta causal tenía sentido para facilitar la prueba de la insolvencia en forma expedita como lo requiere el sistema concursal, lo que iba compensado con la facultad del deudor y de otros interesados en el proceso para interponer el recurso especial

⁴⁷ Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados. Historia de la Ley N.º 20.720, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>. Pág. 30.

⁴⁸ Ibid. Pág. 117.

⁴⁹ Idem. Nota 27. Luego de los argumentos expuestos, la comisión acordó eliminar la exigencia de una memoria o breve relación de las causales del mal estado de sus negocios, no obstante existir fundamentos epistémicos sólidos para su conservación.

de reposición donde se pueda acreditar que el mero incumplimiento no era constitutivo de insolvencia, y por tanto la quiebra no tenía sentido⁵⁰. Luego, la Superintendente agregó que en lo que se refiere a la causal del numeral 2 (cesación de pago por dos o más títulos ejecutivos vencidos, por obligaciones diversas, en que no se hayan presentado bienes suficientes) considera que cualquier interesado puede demandar la liquidación, debido a que se entiende que la situación judicial del deudor es indiciaria de una incapacidad financiera subyacente⁵¹.

Finalmente, una última referencia sobre este fenómeno económico, es la que entrega la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), que señala que la “insolvencia” es el estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo⁵².

Con lo antes expuesto, se revela que la cesación de pagos o insolvencia se debe entender como un estado patrimonial crítico, inviable o incapaz financieramente, que racionalmente debería identificarse en la resolución de liquidación concursal, para allí dar cuenta de la generalidad del fenómeno patrimonial, su permanencia, el desequilibrio objetivo de activos y pasivos, y la imposibilidad de recuperación del crédito, de tal manera de proveer mayor justificación a la decisión, pues resulta imprescindible la constatación de la insolvencia como único presupuesto material u objetivo para la apertura del concurso, tanto a nivel judicial como administrativo⁵³.

⁵⁰ Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados. Historia de la Ley N.º 20.720, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>. Pág. 119.

⁵¹ Ídem. Nota 41.

⁵² Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL). https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf. Pág. 20.

⁵³ Goldenberg Serrano, Juan y Jequier Lehueldé, Eduardo (2019). Dos problemas basales de la ley concursal chilena a 5 años de su entrada en vigencia. Derecho Concursal Iberoamericano, Realidad y Perspectivas. Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/instituto/libro-2019/Derecho_Concursal_Iberoamericano.pdf. Pág. 156.

De lo antes reseñado, la referencia a incapacidad financiera, insolvencia, cesación de pagos, o mal estado de los negocios, serán utilizadas indistintamente para referirme a un estado patrimonial crítico del deudor en el sentido antes indicado, constituyendo mi parámetro de comparación o ajuste de aquellas decisiones judiciales que dan lugar al procedimiento concursal de liquidación regulado en la Ley N.º 20.720, las cuales analizaré para luego calificarlas de correctas o incorrectas epistémica y axiológicamente, y establecer la relevancia de dicha evaluación considerando sus efectos en la sociedad, y la pretensión de dar solución a un problema de orden público económico (libre circulación de los bienes, protección del crédito público, libertad de emprendimiento, derecho de propiedad).

1.4. Causales que dan inicio a un procedimiento concursal de liquidación voluntaria en la Ley N.º 20.720

Con lo antes señalado, deberíamos entender que concurre un estado de incapacidad financiera luego de contar con un examen que refleje dicha situación patrimonial, requiriendo el actual proceso voluntario de un reconocimiento de la misma persona o empresa deudora, más una lista de sus bienes, una relación de juicios pendientes, y de un estado de deudas junto a otros documentos financieros, agregándose una nómina de los trabajadores si es empresa, con las prestaciones laborales y previsionales adeudadas, y además el último balance si llevara contabilidad completa⁵⁴. Con esto, el tribunal competente revisará la presentación, y si cumple con los requisitos antes señalados, procederá dentro de tercero día con el proceso de nominación del liquidador⁵⁵, y posteriormente con la dictación de la resolución de liquidación⁵⁶. No obstante, el juez podrá denegar dar curso a la solicitud de considerar insuficiente o incumplido cualquiera de los requisitos o antecedentes mencionados⁵⁷.

⁵⁴ Art. 115 y 273A, Ley N.º 20.720.

⁵⁵ El artículo 37 de la Ley Concursal establece que el deudor deberá acompañar copia de la solicitud a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, quién mediante un proceso administrativo nominará al liquidador titular y suplente en carácter de provisionales, lo que será informado directamente al tribunal respectivo.

⁵⁶ Art. 116 y 274, Ley N.º 20.720.

⁵⁷ Art. 273B Inc. 2º, Ley N.º 20.720.

Sobre esta revisión de antecedentes aportados por el solicitante, previo a las modificaciones de la ley N.º 21.563, el artículo 116 de la Ley N.º 20.720 prescribía que el tribunal (el juez) debía constatar si la solicitud cumplía con los requisitos señalados tratándose de empresas deudoras, y el artículo 274 disponía que el tribunal debía dictar la resolución de liquidación apenas cuente con la nominación del liquidador tratándose de una persona deudora, escenarios que han generado divergencias jurisprudenciales sobre el tipo de examen que debe existir al constatar el presupuesto objetivo de la resolución de liquidación, en tanto unos sostienen que esa revisión es meramente formal de los antecedentes, y otros que ella debe ser material y sobre el mérito probatorio de estos.

Así, se ha señalado que la solicitud de liquidación concursal del propio deudor en sí misma debe ser considerada como un reconocimiento de su estado de insolvencia insuperable, y por ende justificativo de una ejecución universal, pues él como operador del mercado detenta el conocimiento del mal estado de sus negocios y su realidad financiera mejor que nadie, por lo que el tribunal debe proceder a decretarla si se cumple en la especie con las exigencias que estatuye la ley en orden a acompañar los antecedentes que se indican en el artículo 115 de la Ley N.º 20.720⁵⁸. También, se ha sostenido que el listado de bienes y su ubicación tiene como finalidad la determinación del activo y colaborar con la labor del liquidador al incautar, debiendo el juez efectuar un examen del cumplimiento de los requisitos que la ley ordena, pero no calificaciones de suficiencia que el legislador no contempla, ya que al acreditarse las hipótesis que contempla este proceso, debe dictar la resolución de liquidación⁵⁹. A su vez, en tribunales de alzada se ha sostenido que el análisis que el juez debe hacer al momento de resolver una solicitud de liquidación es de carácter formal y no sustantivo⁶⁰, y que al juez de la causa le corresponde verificar el cumplimiento de los elementos formales de la solicitud de liquidación voluntaria, sin que pueda el sentenciador atribuirse facultades para indagar acerca de aspectos sustantivos, económicos

⁵⁸ CS, Rol 5.053-2017, sentencia de casación fecha 26 de septiembre de 2017, considerando octavo (primera sala). Mismo criterio en Rol 20.607-2018, sentencia de casación de fecha 11 de julio de 2019, considerando séptimo (primera sala).

⁵⁹ CS, Rol 39.766-2017, sentencia de casación de fecha 9 de mayo de 2018, considerando noveno (primera sala).

⁶⁰ Corte de Apelaciones (CA) de Antofagasta, Rol 950-2018 (libro civil), sentencia en recurso de queja de fecha 26 de diciembre de 2018, considerando octavo.

o técnicos ajenos a los que la ley exige⁶¹, y por otro lado se ha mencionado que el sustrato objetivo de la acción concursal no resulta amenazado por la no existencia de juicios pendientes, dado que este presupuesto se comprueba por el cumplimiento de los demás requisitos⁶².

Se ha dicho además que el examen de estos antecedentes, al menos el estado de deudas, debe ir acompañado de antecedentes suficientes que permitan conocer el estado de cada obligación, pues de esta manera se evidencia el desequilibrio generalizado, permanente e irremontable entre el activo expresado en la lista de bienes y el pasivo constituido por el estado de deudas, a lo cual se adiciona la relación de juicios pendientes⁶³, y que la exigencia de esto último está dispuesto en razón de la necesidad de poner en conocimiento del tribunal y del liquidador el estado de sus negocios y de su situación de activos y pasivos, siendo relevante la existencia de procesos judiciales que se lleven en su contra⁶⁴.

También, se ha mencionado que resulta imprescindible contar con el estado en que se encuentra cada deuda, más allá de la literalidad del numeral 4 del artículo 275 de la Ley N.º 20.720, pues los efectos y trámites que derivan de una resolución de liquidación sólo se justifican cuando haya un estado de insolvencia que requiera intervención judicial⁶⁵, y que el objetivo de la actual legislación concursal es permitir el pronto salvamento de empresas o personas naturales, en condiciones patrimoniales viables, y por su lado llevar una ordenada y expedita liquidación de aquellas que no gocen de viabilidad, restringiéndose esta última solo en aquellos casos en que es ineludible, por lo que la dictación de la resolución de liquidación exige del deudor un estado de falencia económica, financiera y de insolvencia verificable, siendo indiciaria la circunstancia de mantener el deudor procesos

⁶¹ CA de Santiago, Rol 13.434-2015 (libro civil), sentencia en recurso de apelación de fecha 30 de marzo de 2016 (considerando quinto).

⁶² CS, Rol 5.053-2017, sentencia de casación fecha 26 de septiembre de 2017, considerando décimo (primera sala).

⁶³ CA de San Miguel, Rol 18-2020, libro civil, sentencia en apelación de fecha 20 de abril de 2020, considerando séptimo.

⁶⁴ CS, Rol 2.718-2018, sentencia de casación de fecha 30 de mayo de 2018, considerando noveno (primera sala).

⁶⁵ CS, Rol 50.467-2020, sentencia de casación de fecha 24 de julio de 2020, considerando sexto (primera sala).

patrimoniales pendientes, de cuya existencia deriva el efecto de acumularlos al proceso concursal⁶⁶, siendo insuficiente la sola presentación de la solicitud de liquidación para estimar concurrente el estado de insolvencia.

Así, se evidencia que la calificación de la insolvencia ha sido alcanzada a través de criterios formalistas y materialistas, dando cuenta que la normativa no provee claridad sobre este punto, extraviándose la insolvencia como presupuesto objetivo indispensable que justifica y legitima la apertura del concurso⁶⁷, y donde la justificación de su concurrencia debería ser resultado de una revisión sustantiva de los antecedentes acompañados al tribunal, examen que siempre debería tener una búsqueda de correspondencia entre el reconocimiento de ese estado de insolvencia generalizado, permanente, objetivo e insuperable, con los antecedentes que exige la normativa concursal, lo que racionalmente puede lograrse (premisa fáctica) con una valoración del contenido del listado de bienes y el listado de deudas, de tal modo que permita al juez una percepción racional (lógica) de este problema patrimonial que aduce el solicitante, mediante una evaluación aritmética y jurídica de activos líquidos y pasivos exigibles (estados de pago), y su correspondencia con la relación de juicios pendientes si los hubiere (incumplimientos judicializados).

Esto, por cuanto la existencia de pasivos exigibles mayores a los activos líquidos disponibles permitiría inferir la incapacidad de pago generalizada (como primera aproximación), y a su vez el carácter irreversible podría deducirse con la ausencia de bienes liquidables o comerciables (que dificultan acceder a instrumentos de financiamiento), de tal manera que la decisión de iniciar un procedimiento concursal de liquidación se encuentre en la corroboración de una incapacidad financiera (premisa normativa) justificada en los datos extraíbles racionalmente de los antecedentes acompañados por el solicitante (premisa fáctica). Esta cuestión es de la mayor relevancia, dado que el proceso

⁶⁶ CS, Rol 98.507-2022, sentencia de casación de fecha 30 de septiembre de 2022, considerando cuarto (primera sala).

⁶⁷ Jequier Lehueldé, Eduardo (2021). La prueba del presupuesto objetivo del concurso voluntario en la ley chilena. Criterios jurisprudenciales a tres años de vigencia de la Ley N.º 20.720. Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Tirant lo Blanch. <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413787374?showPage=1>. Pág. 174.

concurstal se involucra con intereses públicos, y la sola confesión del deudor carece de base dogmática en el derecho concursal, generando graves riesgos de cara a la eficacia de sus normas y al carácter restrictivo de su aplicación⁶⁸.

Ante ello, resulta necesario dotar de racionalidad a la decisión judicial a fin de cumplir con su deber ético moral de encontrarse justificada en la veracidad (o falsedad) de los hechos que son objeto de observación (indirecta), como condición necesaria para su justicia, y a cuya actividad de aproximación epistémica debe serle asignada una alta prioridad (junto a otros valores), en tanto se trata de acceder a un conocimiento posible de adquirir y cuya determinación es un asunto de probabilidades (no de certezas absolutas) obtenidas mediante evidencias relevantes presentadas al juez, las que deben ser razonadas mediante la inducción y juicios de probabilidad, basados en el conocimiento disponible sobre la frecuencia de los acontecimientos (epistemología)⁶⁹. En este sentido, el objeto de la prueba siempre serán narraciones o proposiciones lingüísticas que describen experiencias de eventos ocurridos en la realidad (empíricos), que suponen conocimiento de hechos susceptibles de calificar como verdaderos o falsos (apofánticos, descriptivos) y de los cuales se pretende aceptación o rechazo, lo que importa un examen de correspondencia entre los instrumentos de conocimiento y las narraciones o proposiciones lingüísticas en conflicto⁷⁰.

Por esto, la decisión judicial de iniciar un procedimiento concursal de liquidación, esto es, de aceptar como verdadera o verificada una incapacidad financiera o cesación de pagos (como estado patrimonial) de una empresa o persona determinada, a partir de los antecedentes que exige la ley concursal, debe involucrar un juicio de corrección epistémica de las premisas fácticas, que reflejen el ajuste o desajuste entre los enunciados semánticos

⁶⁸ *Ibid.* Pág. 165.

⁶⁹ Accatino Scagliotti, Daniela (2019). Teoría de la prueba ¿somos todos “racionalistas” ahora?, *Revus* 39 / 2019. <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Pág. 87-88.

⁷⁰ Taruffo, Michele (2008). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>. Pág. 38-39.

y los instrumentos probatorios que se presentan como reveladores de la verdad (como correspondencia)⁷¹.

Así, el seguir la tesis de que el examen que el juez debe hacer al momento de resolver una solicitud de liquidación voluntaria es de carácter formal y no sustantivo, supone identificar en los artículos 116 y 274 de la Ley N.º 20.720 una regla probatoria que infiere la incapacidad financiera (premisa normativa) de la mera confirmación formal de encontrarse aparejados a la petición una serie de antecedentes, revisión que bastaría para justificar la verdad o verificabilidad de activos líquidos insuficientes con relación a los pasivos exigibles de la empresa o persona, y la falta de bienes o capacidad de adquirirlos para responder regularmente a las obligaciones no exigibles (premisa fáctica), lo cual despoja de una crucial labor al juez y asimismo de un atributo esencial de una sentencia, que es la racionalidad de la decisión que se adopta en función a la verdad o falsedad de aquellos hechos (conocidos) que configurarían o se aproximarían (máxima de la experiencia) a una incapacidad financiera (hecho desconocido), averiguación que es el objetivo fundamental de la actividad probatoria que se obtiene mediante normas que promuevan la vigencia de criterios de racionalidad epistémica, regulando la admisión, práctica y valoración de la prueba, favoreciendo la minimización del riesgo de error⁷², y democratizando la decisión⁷³.

En efecto, el mandato abstracto y general contenido en las leyes sólo es posible aplicarlo a un caso concreto apenas el juez se logre acercar al máximo a la verdad sobre los hechos afirmados por las partes, pues así se puede alcanzar la justicia en una sociedad democrática organizada como Estado de Derecho, de modo que coartar o restringir de un

⁷¹ Carbonell Bellolio, Flavia (2015). Sobre La Idea de Decisión Judicial Correcta, *Analisi e Diritto*. https://www.marcialpons.es/media/pdf/Analisi_e_diritto_2015.pdf. Pág. 19-20.

⁷² Accatino Scagliotti, Daniela (2019). Teoría de la prueba ¿somos todos “racionalistas” ahora?, *Revus* 39 / 2019. <https://journals.openedition.org/revus/5559>. Pág. 95.

⁷³ “(...) Conferir a los jueces el poder de hacer legalmente exigibles las preferencias de valor equivaldría a permitir la dictadura judicial. Las preferencias de esta índole que son demandables solo pueden establecerse por un acuerdo social, a saber, por el derecho. El derecho, después de todo, ha probado ser el único, aunque imperfecto, denominador común que es viable en una sociedad libre y pluralista.”. Stein, Alex (2013). *Contra la Prueba Libre*. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXVI, N.º 2. Pág. 248.

modo absoluto la actividad probatoria obsta a la efectividad de esa justicia⁷⁴. De esta manera, resulta del todo arcaica (paleo-positivista) la posición que sostiene que el juez debe constatar la existencia de ciertas narraciones lingüísticas (requisitos formales para la solicitud de liquidación voluntaria) para dar inicio a la liquidación concursal, sin considerar la validez de la norma en cuestión en cuanto coherente con los significados de la constitución, esto es, eligiendo los significados válidos o compatibles con las normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales en ellas reconocidas⁷⁵.

Pues bien, para esta aplicación concreta del mandato abstracto y general, la normativa procesal civil relativa a la prueba ha descansado tradicionalmente en lo dispuesto en el artículo 1698 del CC., en tanto es el interesado o actor que propone una determinada teoría del caso quién debe proveer de instrumentos probatorios (como actividad) que favorezcan la aceptación de las afirmaciones sostenidas en sus narraciones (otorgando peso), para así lograr una decisión favorable en la ponderación global de la prueba (superar el estándar de prueba)⁷⁶. En esto, se distingue una carga formal o subjetiva de la prueba dirigida a las partes, y una carga material u objetiva dirigida al juez como regla de juicio que le permite resolver cuando no ha logrado formar convicción con las pruebas rendidas. Esta última regla deriva del principio de inexcusabilidad y prohibición del *non liquet* que favorece la seguridad jurídica⁷⁷, lo cual daría cuenta que el sistema de carga de la prueba sigue la pauta del régimen de prueba legal y tasada hasta el punto de confundirse⁷⁸.

En efecto, la carga de quién debe desplegar la actividad de suministrar pruebas en favor de sus pretensiones de veracidad sólo determina quién debe soportar las consecuencias favorables o adversas derivadas de la calificación de suficiencia probatoria, cuyos estándares de prueba (calificación) se reducen a plena prueba o semi plena prueba

⁷⁴ Bordalí Salamanca, Andrés (2007). Los Poderes del Juez Civil, Proceso Civil Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 193.

⁷⁵ Ferrajoli, Luigi (1997). Jurisdicción y Democracia, en Jueces para la Democracia N.º 29. Pág. 4.

⁷⁶ Larrocau Torres, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N.º 3. Pág. 788-789.

⁷⁷ Bordalí Salamanca, Andrés (2007). Los Poderes del Juez Civil, Proceso Civil Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 201.

⁷⁸ Nieva Fenolli, Jordi (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Pág. 9.

(legal o tasada), escenario donde la decisión del pleito se decide en función a la satisfacción (cuantificada) de esta carga probatoria según dichos estándares, no existiendo propiamente una valoración racional de la prueba⁷⁹, ya que en este sistema legal o tasado el juez se limita a aplicar la ley reguladora que asigna valor probatorio a los avales epistémicos identificados por aquél, siéndole ajena la determinación del grado de confirmación de la prueba⁸⁰.

De esta manera, con este sistema de prueba legal o tasada que estandariza la valoración de los instrumentos de prueba entre plena y semiplena, se pretendía controlar más que ayudar al juez al minimizar la carga cognitiva, pues se buscaba que la decisión fuera el resultado de sumar valores predefinidos por la ley, impidiendo que el juez valorara libremente la prueba, lo que motiva promover el cambio a un sistema de prueba libre para que los jueces por su propio sentido acreditaran la realidad al margen de las pruebas legales⁸¹. Así, lo que motiva abandonar el sistema de prueba legal es su carácter contrario a la lógica, buscando evitar que la verdad formal se separe de la verdad material por culpa de dicho sistema, orientando finalmente la valoración probatoria hacia el problema epistémico⁸², lugar en que se recoge el principio de adquisición en tanto ya no importa quién aporte la prueba para ser valorada, donde la carga alude a los hechos que deben ser objeto de la prueba y la fuerza de esta se identifica con el peso que requiere para ser convincente⁸³.

En este sentido, el *onus probandi* como regla de actividad ahora responde sólo a la duda de quién debe aportar información al juicio abaratando los costos de un tribunal que precisa de antecedentes para juzgar los hechos, pero esto nada dice sobre asignarle mérito a estos datos⁸⁴. En esto, el sistema de valoración nos orienta sobre los factores justificativos para la aceptación de una proposición fáctica y el modo de asignarles valor, y el estándar

⁷⁹ Nieva-Fenoll, Jordi (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. *Estudios de Derecho*, 77 (170). DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a05. Pág. 124.

⁸⁰ Maturana Baeza, Javier (2018). En busca de la sana crítica. En: *La sana crítica bajo sospecha*. Ed. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Pág. 74.

⁸¹ *Ibid.* Pág. 139-140.

⁸² *Ibid.* Pág. 140-141.

⁸³ *Ibid.* Pág. 124-126.

⁸⁴ Larrocau Torres, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 39 N.º 3. Pág. 788-789.

de prueba por su lado nos provee el grado o valor que estos factores requieren para justificar dichos enunciados⁸⁵, lugar donde las razones involucradas en la justificación son aquellas que justifican las creencias, razones epistémicas⁸⁶.

Así, con este sistema de libre valoración de la prueba deja de existir un número de testigos mínimo para acreditar un hecho, deja de ser necesario un determinado documento para probar una conclusión, y deja de atribuírsele un valor privilegiado a la confesión, decayendo toda la utilidad de la carga de la prueba (subjetiva o formal), pues lo que se pretende con la libre valoración es determinar la realidad en general, que es la averiguación del hecho con independencia de quién la aporta⁸⁷. Así, ya no importa quién pruebe un hecho, sino que lo importante es averiguar la veracidad de los hechos (carga objetiva o material), momento posterior al de aportación de prueba, donde finalmente se determina a quién perjudica la falta de prueba de un hecho⁸⁸. De esta manera, ahora la carga de la prueba deja de ser una carga en sí, puesto que el proceso optimiza al máximo la valoración de la prueba, que ante algún hecho ignoto ello simplemente debe resultar en no darlo por probado, escenario donde no se puede aplicar la norma jurídica que parte de su existencia⁸⁹.

1.5. Causales que dan inicio a un procedimiento de liquidación forzosa en la Ley N.º 20.720

En cuanto a la decisión jurisdiccional de iniciar un procedimiento de liquidación forzosa de una empresa o persona deudora, esta debería fundarse (al igual que la voluntaria) en la premisa normativa incapacidad financiera o cesación de pagos (como estado patrimonial), lo que en la práctica ha resultado en la aplicación de enunciados normativos que si bien revisten de validez a dicha decisión, desde la perspectiva aquí

⁸⁵ Dei Vecchi, Diego (2020). Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. Revista de derecho, Valdivia. Vol. XXXIII, N.º 2. Pág. 28.

⁸⁶ *Íbid.* Pág. 29.

⁸⁷ Nieva Fenolli, Jordi (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Pág. 9.

⁸⁸ *Íbid.* Pág. 11.

⁸⁹ *Íbid.* Pág. 14.

expuesta resultan insuficientes para calificarla como una decisión correcta en el plano epistémico y axiológico.

Tal afirmación es posible sostener desde que las normas que gobiernan la decisión de iniciar una liquidación concursal (forzosa) suponen la no solución oportuna de una o dos obligaciones dinerarias por parte de un deudor, que al no ser satisfechas luego del requerimiento judicial, pondrán en marcha un sistema excepcional de liquidación concursal previsto para escenarios de incapacidad financiera, el cual se caracteriza por una cesación generalizada de pagos motivada por una insuficiencia de activos para su solución en las épocas pactadas. De tal manera, el no pago oportuno de una o dos obligaciones dinerarias en cobranza judicial, que el deudor no pueda solucionar mediante la consignación del crédito y costas, supondrá asumir que este último no tiene la capacidad para responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización.

Lo anterior, refleja que la resolución judicial dictada en conformidad a lo expuesto tendrá como verdadera o verificada una incapacidad financiera a partir de uno o dos incumplimientos aisladamente considerados, sin corroborar la existencia de otras obligaciones no exigibles, sin verificar la existencia de otras obligaciones cumplidas (panorama general), o sin constatar la existencia de bienes cuya entidad y valor comercial podrían en corto plazo solucionar sobradamente estos incumplimientos requeridos por la ley concursal, siendo suficiente uno o dos incumplimiento para liquidar el patrimonio, reunir los créditos de todos los acreedores, y generar un caso de incapacidad generalizada de pago con el desasimiento de bienes en la persona o empresa deudora. De esta manera, la decisión de iniciar un procedimiento de liquidación concursal únicamente bajo los supuestos normativos de incumplimiento oportuno de uno o dos obligaciones de pago no permite racionalmente dar por concurrente una incapacidad financiera.

Finalmente, el que una empresa deudora o sus administradores no sean habidos y hayan dejado cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas

demandas, es una hipótesis que ofrece lagunas lógicas importantes para de ello desprender la existencia de una incapacidad económica, pues de ocurrir ello, tal evento puede justificarse en diversas circunstancias distintas de una incapacidad financiera, de lo cual no es posible racionalmente inferir que tal escenario signifique un desequilibrio entre activos y pasivos y una insuficiencia de bienes, todo con el carácter de permanente, general, irreversible y objetivo. De esta manera, debe igualmente existir una ponderación de otros antecedentes que racionalmente justifiquen el presupuesto objetivo, la incapacidad financiera.

En lo anterior, la actividad probatoria de las partes en un proceso jurisdiccional se debe encaminar a la verificación del supuesto normativo contenido en la disposición objeto de la controversia, lo que se logra precisamente mediante la prueba de las proposiciones que aluden a hechos brutos, los que luego permiten dar lugar al hecho institucional previsto por la norma, que importa una intencionalidad colectiva que atribuye una determinada función simbólica a un hecho mediante un sistema de reglas constitutivas que hacen inteligible dicha asignación, de tal manera que una secuencia de actos sean considerados una compraventa, una promesa, un homicidio o una injuria⁹⁰.

En esta labor, ante un escenario de índole eminentemente patrimonial (de la prueba de las obligaciones) ajustado al actual sistema de prueba libre, uno podría considerar que la probabilidad prevaleciente como estándar de prueba (mínimo) de una determinada teoría del caso es aceptable desde el punto de vista de la distribución del error (frente a la duda), al proveer mayor funcionalidad (en general) en la averiguación de la verdad que un estándar más riguroso, y donde estos últimos suponen tener por probada una hipótesis bajo prueba clara y convincente o más allá de toda duda razonable, pautas que prefieren (sin excluir) un fin diferente al de averiguación de la verdad por la gravedad (costo social) de convivir con la aceptación de una proposición falsa (condenar penalmente a un inocente)⁹¹.

⁹⁰ Bendfeld Escobar, Johann (2021). De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales. Revista Chilena de Derecho, Vol. 48 N.º 2. Pág. 130-131.

⁹¹ Accatino Scagliotti, Daniela (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII (2º Sem.). Pág. 488.

Ahora bien, considerando el escenario concursal donde las consecuencias de un error en la decisión de aperturar un proceso concursal de liquidación no involucrará únicamente a un demandante (acreedor) y demandado (deudor), como ocurre en un juicio ejecutivo individual donde gobierna la regla de la prueba de las obligaciones, sino que el error involucra a la colectividad de acreedores de ese deudor⁹² y todo el patrimonio embargable de este último⁹³, resulta de la mayor relevancia la determinación racional de la apertura (o no) del concurso mediante la valoración libre de los medios de prueba que suponen una aproximación a la verdad bajo un estándar de probabilidades (más próximo a la verdad material).

De esta manera, un estándar de probabilidad prevaleciente garantizaría una distribución igualitaria de los riesgos de errores entre actor y demandado, minimizando en la misma proporción el número de decisiones erróneas (que favorece decisiones justificadas en la verdad), lo que no sólo proporciona un trato indiferenciado a las partes, sino que además ello compatibiliza con los limitados recursos de que dispone un tribunal, maximizando las decisiones correctas, y otorgándole un soporte de justicia y eficiencia para ser considerado el mejor candidato a estándar en sede civil, en tanto impide que un relato basado en hechos verdaderos sea finalmente descartado de no satisfacer una exigencia probatoria excesiva, umbral que se ajusta a las expectativas en este sector del tráfico jurídico, considerando las secuelas para los involucrados en caso de un fallo favorable o desfavorable⁹⁴.

⁹² El artículo 129 de la ley N.º 20.720 dispone (entre otros) que la resolución de liquidación deberá contener una advertencia al público que no pague ni entregue mercaderías al deudor bajo pena de nulidad de los pagos y entregas, y que estos sean puestos a disposición del liquidador, junto con la orden de informar a todos los acreedores residentes en Chile para que se presenten al concurso con los documentos justificativos de sus créditos bajo apercibimiento de ser afectados por los resultados del juicio sin nueva citación, y que la notificación de lo anterior será notificada al deudor, acreedores y terceros por medio de una publicación en el boletín concursal.

⁹³ El artículo 130 de la ley N.º 20.720 prescribe que la dictación de la resolución de liquidación importa que el deudor quedará inhabilitado de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes a dicha época (salvo los inembargables), siendo nulos los actos y contratos que posteriormente el deudor ejecute o celebre con relación a estos bienes.

⁹⁴ Larrocau Torres, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N.º 3. Pág. 789.

Por su lado, es pertinente además considerar que no podría ser tratado epistémica y axiológicamente de la misma manera un proceso patrimonial entre dos o más particulares que pretenden resolver un conflicto que únicamente a ellos afecta, y un proceso que involucra a un deudor con toda la colectividad de sus acreedores universalmente considerados, cuyo conflicto supone un problema de orden público económico. En este sentido, el riesgo de error se traduce en los hechos en un fallo erróneo que priva a alguien de su libertad o propiedad, lo que lleva a considerar entonces una decisión ligada a valores o de naturaleza sustantiva, en tanto debe reflejar las preferencias sociales en el reparto de dicho riesgo de error, lo que debe determinarse democráticamente⁹⁵, pues dejar en manos del decidor cada juicio de suficiencia probatoria (simetría o asimetría en la distribución del error) genera incertezas y desigualdades⁹⁶.

Lo anterior, supone finalmente considerar además un enfoque externo sobre reglas legales de peso probatorio que pretenden un juicio de hecho justo y eficiente con la jerarquización de las fuentes de información según su predictibilidad (análisis probabilístico) y fiabilidad (análisis relacional entre prueba y hecho), y un enfoque interno sobre la convicción del juez sobre la verdad de los hechos⁹⁷. Esta posición externa lo que pretende es el rechazo a respuestas arbitrarias o discrecionales de los tribunales, mediante una identificación de diversos requisitos de corroboración según el tema que conoce la judicatura (cuantitativa), y con el establecimiento de estándares de prueba que importen mayor especificidad de aquellas informaciones usadas para juzgar las probabilidades de dichos casos (cualitativa)⁹⁸.

⁹⁵ Stein, Alex (2013). *Contra la Prueba Libre*. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXVI, N.º 2, Pág. 251.

⁹⁶ Dei Vecchi, Diego (2020). *Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba*. Revista de derecho, Valdivia. Vol. XXXIII, N.º 2. Pág. 35.

⁹⁷ Larrocau Torres, Jorge (2012). *Hacia un estándar de prueba civil*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N.º 3. Pág. 792-795.

⁹⁸ Ídem.

1.6. Ley N.º 21.563 que Moderniza Los Procedimientos Concursales Contemplados en la Ley N.º 20.720, y Crea Nuevos Procedimientos para Micro y Pequeñas Empresas

Con fecha 10 de mayo de 2023 fue publicado en el diario oficial la Ley N.º 21.563 que aumenta las exigencias para iniciar (voluntariamente) un procedimiento de liquidación concursal de empresa deudora y personas naturales, agregándose que se deberá acreditar el dominio de los bienes declarados que por su naturaleza se inscriben en registros públicos, debiendo incluir aquellos que se encuentren en su poder en una calidad distinta a la de dueño, declarar aquellos bienes constituidos en garantía a su favor, y aparejar la documentación que lo demuestre, así como el acreditar su participación en sociedades, comunidades, y si tributa en base a renta efectiva según contabilidad completa, caso en que deberá agregar copia del inventario de bienes. También se aclara que el requisito de mencionar el listado de juicios pendientes es en caso de que los hubiera, y que en su caso la nómina de trabajadores debe indicar las prestaciones derivadas de la relación laboral adeudadas y los fueros que concurren, y el estado de pago de cotizaciones de seguridad social y liquidaciones de sueldo si corresponde, agregando copia de los antecedentes contenidos en la carpeta tributaria electrónica, copia de cartolas históricas bancarias, e informes de deudas emitidos por la Comisión para el Mercado Financiero o la autoridad que corresponda. A lo anterior, el tribunal podría denegar dar curso a la solicitud de liquidación voluntaria en caso de incumplimiento de los requisitos dispuestos⁹⁹.

En la etapa formativa de esta ley, un segundo informe de la comisión de economía menciona que la modificación de la actual normativa concursal permite que el tribunal pueda denegar una solicitud de liquidación voluntaria ante la insuficiencia o incumplimiento de los requisitos o antecedentes exigidos¹⁰⁰, explicitando que el examen que requiere la insolvencia es uno de carácter material.

Por su lado, esta modificación de la normativa concursal contempla la posibilidad de promover un incidente en caso de un deudor de mala fé, destinado a restringir los efectos

⁹⁹ Mensaje N.º 166-368, de fecha 2 de septiembre de 2020, remitido a la Cámara de Diputados. <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>. Pág. 38, 51.

¹⁰⁰ 2º Informe de Comisión de Economía, de fecha 8 de septiembre de 2021. <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>. Pág. 122, 197.

extintivos de los créditos al término del proceso concursal (*fresh start*) si los antecedentes aportados para iniciar este último fuesen incompletos o falsos, o si dentro de los dos años anteriores al inicio del concurso hubiere destruido u ocultado información patrimonial o distraído u ocultado bienes, o si se hubiera acogido una acción revocatoria concursal o se hubiese condenado al deudor por un delito concursal. Esta innovación, que restringe los efectos extintivos de los saldos de deuda al término del concurso, sin duda servirían como desincentivo para aquél que mediante un uso abusivo pretenda finalmente perjudicar a terceros mediante este instrumento concursal, desviación que resulta ser un verdadero problema de no seguir la tesis materialista¹⁰¹. Esto supone que la actual normativa concursal tenga especial interés en que su utilización sea precisamente para la protección de aquellos bienes jurídicos que la justifican, pretensión que no se vería satisfecha con una apertura del concurso que no se justifique en una insolvencia material (objetivamente identificada).

Lo anterior, permite dar mayor sentido a esta investigación que se propone identificar una decisión correcta, en tanto con la modificación se pretende ratificar que el juez sustanciador tiene la facultad y el deber de ponderar los antecedentes que se le presentan como reveladores de una insolvencia o incapacidad financiera, para así justificar la concurrencia o no de tal estado patrimonial, y en último escenario distribuir el error de la decisión judicial favoreciendo el rechazo a liquidar a un insolvente, por sobre el acoger la liquidación de un solvente, en función al interés público y bienes jurídicos involucrados que motivan la legislación concursal.

Capítulo II: Aspectos axiológicos del Concurso

2.1. Intereses involucrados en la apertura del concurso

Desde sus orígenes nuestra normativa concursal ha sido considerada como una de marcada orientación pública, por la amplia regulación del juicio ejecutivo en el Decreto Ley

¹⁰¹ Araya Paredes, Ignacio (2021). Las facultades del juez concursal en la liquidación voluntaria. Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Tirant lo Blanch. <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413787374?showPage=1>. Pág. 194.

de 18 de febrero de 1837¹⁰², con la prisión pública que esta permite por deudas¹⁰³, y por las restricciones a los convenios a que pueden arribar los acreedores. Este carácter público luego se expresa en el Libro IV del Código de Comercio al tratar la quiebra fortuita, fraudulenta y culpable, y en la amplia discrecionalidad entregada al juez sobre la oportunidad y forma de realización de los bienes, para luego identificarse en las leyes N.º 4.558 y N.º 18.175 con las incidencias penales que prevalecen¹⁰⁴ y limitan la posibilidad de convenios. Pero estas facultades de intervención de la judicatura luego han dado paso a una preeminencia de los intereses particulares de los acreedores y a su autonomía negocial, dejando a la judicatura una función de resguardo de los intereses públicos comprometidos, traducido en límites de contenido de dichos acuerdos. De esta manera, hoy la normativa concursal se ha reconducido a la preeminencia del interés de los acreedores con una finalidad distributiva del concurso, dando cuenta de la conveniencia del rescate de la empresa en crisis que supone mejores posibilidades de éxito en el cobro de los acreedores, dejando que los intereses públicos se resguarden mediante la imperatividad de reglas de coordinación entre los acreedores¹⁰⁵.

En este sentido, una de las novedades de la actual normativa concursal¹⁰⁶ es la preeminencia de los convenios mediante los procedimientos concursales de reorganización, cuyo propósito principal es hacer prevalecer el régimen de salvataje institucional por sobre el esquema liquidatorio predominante¹⁰⁷, objetivo que tiene una importancia económica trascendental, en tanto pretende evitar en forma oportuna los efectos negativos que provoca en la sociedad la incapacidad financiera de una persona o

¹⁰² Derogado por el Título XVI "De los Juicios de Comercio", del Libro III del CPC de 1902.

¹⁰³ El artículo 22 de este Decreto Ley disponía que: "*La Prisión tendrá lugar contra todo deudor, cualquiera que sea su clase o fuero*". Esta norma fue modificada por la Ley (s/n) promulgada el 23 de junio de 1868 que limitó la prisión por deudas a los casos de quiebra culpable o fraudulenta.

¹⁰⁴ Si bien el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) prohíben la detención o encarcelación por deudas, esta no se extiende al escenario concursal en tanto las privaciones a la libertad personal contempladas en este estadio obedecen a delitos concursales, y no propiamente a un incumplimiento contractual o deudas que prohíben los instrumentos internacionales.

¹⁰⁵ Goldenberg Serrano, Juan (2013). Bases para la Privatización del Derecho Concursal. Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 20. Pág. 9-49.

¹⁰⁶ Entiéndase esta referencia a las leyes N.º 21.563, 20.720 y 20.416 (artículo undécimo).

¹⁰⁷ Mensaje Presidencial, Ley 20.720.

empresa deudora, favoreciendo o incentivando la continuidad de la empresa deudora y a su vez evitando el despojo injustificado de bienes de la empresa deudora.

En ello, la actual normativa señala que los procedimientos de reorganización judicial y extrajudicial son aquellos que se suscriben entre una empresa deudora y sus acreedores, con el fin de reestructurar sus activos y pasivos¹⁰⁸, los cuales tendrán inicio mediante una solicitud y propuesta de la empresa deudora, la cual deberá incluir un certificado emitido por un auditor independiente que contendrá información detallada sobre el estado de deudas suministrado por la empresa, y contener una relación detallada de todos sus bienes, y los de terceros en estén en su poder¹⁰⁹, exigiéndose además respecto del proceso extrajudicial se acompañe un listado detallado de todos los juicios y procesos administrativos con efectos patrimoniales que se sigan contra dicha empresa. A su vez, estos procesos concursales contemplan la confección de un informe por parte de un veedor, el que contendrá una calificación de viabilidad de la propuesta de reestructuración, una estimación de recuperación de los acreedores en caso de optar por la liquidación, y si se ajusta a la ley la determinación de créditos y sus preferencias¹¹⁰.

De esta forma, mediante este escenario negocial la normativa pretende (por un lado) la apertura oportuna del concurso de liquidación, mediante una evaluación colectiva previa de los acreedores, quiénes a través del proceso de reorganización judicial o extrajudicial reducen las asimetrías informativas con la empresa deudora, revelándose antecedentes útiles para determinar el estado patrimonial de la empresa deudora, permitiendo ello adoptar oportunamente una decisión que favorezca los intereses colectivos y aminore las afectaciones patrimoniales negativas en la empresa.

Así, el procedimiento concursal de reorganización y liquidación son herramientas normativas que pretenden evitar o reducir los efectos negativos e irreversibles de un patrimonio en crisis, donde resulta trascendental que su apertura no sea tardía para de esta manera maximizar las posibilidades de recuperación de los acreedores, ya sea mediante la reorganización o la liquidación, decisión que la actual normativa prefiere sea adoptada con

¹⁰⁸ Art. 2 numeral 1) y 2), Ley N.° 20.720

¹⁰⁹ Art. 55 y 56, Ley N.° 20.720.

¹¹⁰ Art. 57 N.° 8 y Art. 107, Ley N.° 20.720.

información determinada para tal efecto. De esta manera, en caso de adoptarse una decisión liquidatoria (con motivo de un proceso de reorganización) ella estará justificada en información pertinente y necesaria, ponderada por los mismos acreedores, quiénes determinan en definitiva el mejor camino en orden a proteger el crédito público (la solución de sus acreencias), favoreciendo la libre circulación de la riqueza, y justificadamente resolviendo mantener o sacar del circuito comercial aquellos negocios en función a la viabilidad de los mismos. En definitiva, este contexto colectivo previo favorece que la apertura del concurso de liquidación no sea tardía, justificándose la liquidación únicamente en la falta de viabilidad del giro del negocio, estado patrimonial que consecuentemente derivará en la búsqueda colectiva de obtener solución a los créditos respectivos.

Ahora bien, de lo anterior también podemos sostener que la normativa concursal pretende evitar la liquidación de patrimonios saludables (financieramente), de tal manera que la apertura del concurso no sea prematura, pues mediante la información revelada en estos contextos entre acreedores y deudor se permite en igual medida evitar la liquidación innecesaria de una unidad económica viable, en tanto este contexto promovido por el deudor tiene precisamente por objeto obtener la aceptación de una propuesta que permita continuar con su actividad económica, a fin de reducir en mayor medida las afectaciones al negocio, de quiénes intervienen en este, de quiénes lo gestionan, y de quiénes dependen de este para subsistir.

Estos aspectos normativos previos a la liquidación suponen el carácter excepcional de este último como solución concursal, pues sólo debería tener lugar luego de una ponderación de antecedentes de la empresa o persona deudora que reflejen con el mayor contenido epistémico posible un estado patrimonial crítico que no resista continuidad alguna¹¹¹.

Este escenario de mayor información, supondría el interés del legislador de reducir el error concursal de liquidar lo viable, y de reducir el error de reorganizar lo inviable, pero ciertamente ambos errores no pueden evitarse en igual medida, el error subyacente en la

¹¹¹ Entendida como imposibilidad de cumplir un acuerdo de reorganización que permita reestructurar pasivos y activos en una empresa deudora (Art. 57 N.º 8, 60 y 105, Ley N.º 20.720), o imposibilidad de repactar, novar o remitir las obligaciones de la persona deudora (Art. 266, Ley N.º 20.720).

determinación de la verdad más allá de los instrumentos que suponen revelación de hechos de la realidad supone elegir la tolerancia en mayor medida de un tipo error. Al respecto, podemos considerar que desde una perspectiva de eficiencia económica (*ex post*) la normativa concursal (previo a la ley 21.563) favorece la liquidación de empresas viables (error tipo I), ocasionando mayores costos de error concursal de reorganizar lo inviable (error tipo II), en tanto se favorece la entrada al proceso de liquidación en la mayoría de los casos, demorando o frustrando la mayor posibilidad de reorganizar lo viable¹¹².

Esta distribución del error desde una perspectiva de eficiencia económica revela que no sería deseable favorecer la liquidación de lo viable por sobre la reorganización de lo inviable, puesto que se diluiría el foco de dar solución oportuna al problema de la incapacidad financiera, ante lo cual considero que se lograría una mayor eficiencia al favorecer la identificación del error en un proceso que pretenda reorganizar lo inviable (donde no habrán dudas sobre liquidar), en tanto al propender la entrada a la reorganización se favorece igualmente el acceso a mayor información de la empresa deudora para así actuar en tiempo y forma frente al fenómeno indeseado, opciones que se ven reducidas en un escenario de liquidación, puesto que en este último escenario el deudor proveerá información únicamente al juez, quién será el encargado de ponderar los antecedentes, debiendo velar por los intereses de la masa de acreedores y del deudor, con la única finalidad de favorecer la oportuna entrada al proceso de liquidación en caso de constatar una inviabilidad de la empresa, o rechazar la liquidación de no constar dicha inviabilidad, finalidad que sólo podría lograrse mediante un análisis material de los antecedentes que debe aportar el deudor. Esto último, de paso nos lleva a considerar la especialización de los jueces contemplada en la normativa concursal, que teniendo una orientación privatista¹¹³ del concurso en los acuerdos de los procedimientos de reorganización y en la forma de realización del activo en un proceso concursal de liquidación, ello traslada la justificación de dicha especialización de la judicatura a otra

¹¹² Carrasco Delgado, Nicolás (2020). Los Costos del Error Concursal: Una Visión Dogmática, Revista de la Facultad de Derecho, N.º 48. Pág. 22.

¹¹³ En comparación al escenario previo a la ley N.º 20.073 (2005), donde el carácter publicista residía en las restricciones a los acuerdos entre deudor y acreedores como vías adecuadas para dar solución al problema de la insolvencia.

sede¹¹⁴, que es la de resolver de mejor manera aquellas pretensiones concursales de acreedores y deudores, reduciendo de esta manera el error (en general) y aminorando por cierto los costos concursales (eficiencia *ex post*)¹¹⁵. En tal sentido, esta especialización en la normativa concursal se justificaría ya no en la decisión de reorganizar ni determinar la forma de realización del activo (visión privatista), sino que en velar porque se protejan los bienes jurídicos colectivamente involucrados (visión publicista), labor que se visibiliza en la debida justificación de una resolución de liquidación concursal (liquidar únicamente lo inviable).

De esta manera, las exigencias que deben concurrir en el inicio del procedimiento concursal de liquidación posicionaría a esta solución concursal como un instrumento de *ultima ratio*¹¹⁶, en tanto su finalidad es concurrir sólo en aquellas situaciones en que la incapacidad financiera sea irreversible o insubsanable (inviable)¹¹⁷.

Esta especialización de la judicatura, exigida por la actual normativa concursal, debería permitirnos concluir que las causales objetivas que permiten el inicio del proceso de liquidación concursal deben servir como un mero antecedente a considerar, mas no suficiente para justificar una liquidación concursal, debiendo existir una ponderación similar a la que ocurre en un escenario de reorganización, pues en aquel contexto de liquidación la judicatura representa los intereses colectivos, lo que deriva necesariamente en la exigencia de un examen material u objetivo de los antecedentes que presenta el deudor para una solicitud voluntaria, y de una justificación material u objetiva del supuesto de insolvencia alegado por un acreedor solicitante de una liquidación forzosa.

Así, la determinación racional de encontrarnos frente a un patrimonio financieramente incapaz o insolvente resulta ser de la mayor importancia, pues sólo al proveer de mayor contenido epistémico a la decisión se tornan aceptables las

¹¹⁴ Art. 3, Ley N.º 20.720.

¹¹⁵ Carrasco Delgado, Nicolás (2018). Tres Razones para la Utilización de la Eficiencia en el Derecho Procesal Concursal, Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 30. Pág. 64

¹¹⁶ Jequier Lehueldé, Eduardo (2016). Nuevas Tendencias para la Reorganización de Empresas Insolventes en la Legislación Chilena. Estudios de Derecho Concursal. La Ley N.º 20.720, a un año de su vigencia, Santiago de Chile. Thomson Reuters. Pág. 8.

¹¹⁷ El mensaje de la ley N.º 21.563 (D.O. 10.05.23), que moderniza los procesos concursales de la ley N.º 20.720, menciona en sus antecedentes que, si bien la normativa concursal no tiene por objeto inmediato combatir el endeudamiento excesivo desde el punto de vista del deudor, si constituye una medida de ultima ratio para aquellos deudores que están en un estado insalvable de insolvencia (Pág. 6).

consecuencias del error subyacente en la averiguación de la verdad, favoreciendo así en mayor medida lograr la pretensión del legislador de dar oportuna solución a la insolvencia como fenómeno patrimonial que afecta a la sociedad, reduciendo las posibilidades de iniciar procesos concursales de liquidación en forma prematura, o dicho de otra manera, aminorando la posibilidad de liquidar un patrimonio viable.

2.2. Intereses públicos en un proceso concursal de liquidación

Siendo la protección del crédito público uno de los principales bienes jurídicos protegidos por la actual normativa concursal, resulta necesario determinar de qué manera se ve resguardado dicho bien mediante estas normas imperativas que pretenden la coordinación entre quiénes se ven afectados por la insolvencia de una unidad económica.

Una cuestión relevante para lograr tal objetivo es acercarnos a la premisa que justifica su aplicación, esto es, determinar la existencia de una unidad económica que pone en riesgo al crédito público como ineludible exigencia que justifica la intervención estatal en un contexto eminentemente privado. De esta manera, resulta relevante entonces la determinación de la concurrencia o no del supuesto de incapacidad financiera en aquella medida que afecte el crédito público.

Como exigencia constitucional, toda decisión judicial debe estar precedida de un debido proceso o un racional y justo procedimiento, idea que envuelve naturalmente la idea de una decisión justificada racionalmente. En esta línea, el derecho a defensa toma un rol relevante como garantía del debido proceso, desde que reconoce oportunidades procesales y medios legales para acreditar la existencia de hechos que sirven de fundamento a las normas cuyas consecuencias jurídicas se persiguen a través del proceso, a suministrar interpretaciones aplicables al conflicto jurídico, desvirtuar imputaciones de responsabilidad, y contradecir alegaciones de la contraria (derecho a la defensa material), lo que importa una sentencia motivada que explicita las razones fácticas y jurídicas sobre las que se basa¹¹⁸. Así, suponiendo que la acción que pretende la declaración de liquidación

¹¹⁸ Carbonell Bellolio, Flavia y Letelier Wartenberg, Raúl (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. Curso de derechos fundamentales, capítulo X. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 366-368.

concurzal de una persona o empresa deudora envuelve la corroboración de una incapacidad financiera que afecte el orden público económico, una defensa material debería contemplar precisamente el derecho a controvertir precisamente dicho presupuesto objetivo, mediante hechos y fundamentos idóneos que permitan revelar una situación distal o incompatible con una incapacidad financiera.

En este orden, la antigua normativa concursal contenida en el Libro IV del Código de Comercio daba cuenta que la dictación de la resolución de quiebra (forzosa) se justificaba en cuestiones de orden cautelar, donde la intervención del deudor afectado era postergada luego de adoptada la decisión del juez, quién arribaba a dicha decisión en base a los antecedentes proporcionados por el acreedor solicitante y de todos aquellos que estuviesen a su alcance, los cuales suponían que el juez se haya cerciorado de la efectividad que las causales invocadas justifican la quiebra. En este escenario, difícilmente un deudor podría revertir la situación, dado que el recurso especial de reposición era resuelto por quién ya había alcanzado la convicción de que las causales invocadas por el acreedor justificaban la quiebra¹¹⁹.

En esta dinámica que reflejaría una función cautelar de la decisión judicial, principalmente se pretenden resguardar las posibilidades de recuperación de los acreedores (protección del crédito público) dado un mal estado de los negocios del deudor¹²⁰, y cuyo objetivo se pone en riesgo con la dilación de la declaración de quiebra. En este contexto, la antigua normativa concursal permitía solicitar la apertura del concurso si el deudor cesaba en el pago de una obligación mercantil que constara en título ejecutivo, o de existir tres o más títulos ejecutivos vencidos, y que, en al menos dos de ellos, no se hayan presentado bienes suficientes luego del requerimiento ejecutivo¹²¹, lo que servía de antecedente material a la decisión de quiebra, y donde el aspecto cautelar estaba dado en el garantizar el mayor recupero posible para los acreedores.

Ante esto, la actual normativa concursal se presenta como necesaria actualización para la sociedad actual, dado que la crisis nacional de inicios de 1981 que hizo necesarias

¹¹⁹ Art. 56, Libro IV, CdCom, Ley N.° 20.080.

¹²⁰ Art.42, Libro IV, CdCom, Ley N.° 20.080.

¹²¹ Íbid. (Art. 43).

las liquidaciones inmediatas y veloces se ha vuelto anacrónica en tanto no tienen como propósito general del legislador la reorganización y el salvataje, teniendo además como propósito el corregir el derecho a defensa del deudor objeto de una solicitud de quiebra, en tanto el contradictorio postergado es cuestionable desde la perspectiva del debido proceso, pues *“no vale la pena defenderse de una calificación que ha tenido lugar y el efecto dañoso se ha configurado”*¹²².

Así, otorgando la nueva normativa concursal mayores derechos de defensa al deudor, y desapareciendo el fin cautelar en la decisión de abrir el concurso, ello debe entenderse como una concesión al deudor para derechamente enervar la acción, pudiendo entonces el deudor proveer antecedentes que reflejen la transitoriedad y reversibilidad de los incumplimientos que justificarían la solicitud de su liquidación concursal. En este nuevo escenario, con un contradictorio previo a la decisión de liquidación, se evidencia el cambio legislativo de una función cautelar a una declarativa del objeto del juicio, que es la calificación del estado de incapacidad financiera o no viabilidad, debiendo entonces considerarse las causales de apertura del concurso como un mero antecedente de un mal estado de los negocios, que debe contrastarse con los antecedentes que pueda aportar el deudor, no pudiendo entenderse que el deudor sólo puede oponerse a la liquidación mediante excepciones propias de un juicio ejecutivo individual.

De esta manera, no resulta sostenible que la declaración de liquidación concursal pueda tener inicio ante un mero incumplimiento, o ante dos juicios ejecutivos en los cuales no se hayan presentado bienes suficientes para la solución de los créditos exigibles, sin que complementariamente se haya acreditado un mal estado de los negocios. En este sentido, el interés particular de dos o más acreedores en juicio ejecutivo individual es debidamente resguardado por este mismo instrumento procesal, no pudiendo servir por sí sola esta circunstancia para dar cuenta de una incapacidad generalizada, sin que se haya acreditado que el incumplimiento tiene tal contexto, considerando si existen otras obligaciones y si estas se encuentran o no cumplidas.

¹²² Mensaje de la Ley N.º 20.720, Título II, N.º 1.

Sobre la actual causal de cese en el cumplimiento de una obligación que conste en título ejecutivo, este sería el resultado de una incomprensión de la naturaleza y razón de ser de la misma causal contenida en la ley anterior¹²³, la que tenía la función de facilitar una resolución sumaria del concurso, siendo un mero medio de prueba de la insolvencia, fenómeno último al que se pretende poner remedio y no al incumplimiento individual¹²⁴.

2.3. Derecho de Propiedad y Protección del Crédito Público

En nuestra carta magna se nos asegura la protección del derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen¹²⁵, y la protección del derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.¹²⁶

Por su lado, el eje del concepto de crédito es el de un derecho personal de contenido patrimonial, que etimológicamente implica un gesto de confianza, cuya modalidad particular es la de involucrar un plazo suspensivo para la exigibilidad de la obligación, objeto de un acto jurídico, cuya importancia actual reside en su participación en casi todas las actividades productivas relevantes en la economía, lo que deriva en la estrecha relación entre el crédito y la insolvencia, suponiendo esta última una amenaza para aquél, caracteres especialísimos que dan a esta tutela concursal de base privatística marcados fines publicísticos.¹²⁷

Así, el Estado debe velar por el establecimiento de garantías adecuadas para los acreedores a objeto de obtener de los deudores la solución de sus obligaciones, y ante la imposibilidad que en ello provoca un patrimonio en crisis, proveer de un auxilio concursal

¹²³ Art. 43 N.º 1, Ley N.º 18.175.

¹²⁴ Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720. Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed. Pág. 310-311.

¹²⁵ Art. 19 N.º 21, Constitución Política de la República.

¹²⁶ Art. 19 N.º 24, Constitución Política de la República.

¹²⁷ Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720. Editorial Jurídica de Chile, 4º Ed. Pág. 47-50.

que permita alcanzar este objeto por el acreedor impago, lo que supone un presupuesto y finalidad diverso de una ejecución individual.¹²⁸

De esta manera, proteger el desarrollo de cualquier actividad económica importaría ciertamente generar las condiciones para tal objeto, lo que se resguarda por una parte mediante la protección del crédito privado y público, proveyendo el legislador de mecanismos que favorezcan tanto la ejecución individual como colectiva de acreencias (derecho de prenda general).

A su vez, uno de los principales efectos patrimoniales dispuestos por la nueva Ley N.º 20.720, es el desasimiento de bienes que afecta a la persona o empresa sometida a un proceso de liquidación concursal, de esta manera se pretende enfrentar la incapacidad financiera de una persona o empresa, justificando limitaciones y privaciones patrimoniales en la función social que cumplen los bienes y la propiedad que sobre ellos recae, y que se ve amenazada por esta situación patrimonial crítica, la cual afecta la garantía de la libre circulación de los bienes y la protección del crédito público que son cuestiones de interés general que debe proveer el Estado para favorecer la libertad a desarrollar cualquier actividad económica (función social).

Al respecto, nuestro estatuto constitucional establece una protección al derecho de propiedad en tanto sólo puede verse limitado por disposición legal (reserva legal) y para el cumplimiento de una función social (justificación), y en caso alguno puede existir privación (o expropiación) de dicho derecho de propiedad¹²⁹, del bien sobre el cual recae o alguno de sus atributos o facultades esenciales, sino sólo por ley y en virtud de una causa de utilidad pública o de interés nacional¹³⁰.

¹²⁸ Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo (2010). El Derecho de Quiebras, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 28-29.

¹²⁹ La expropiación importa vulneración de derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, atentando la igualdad ante la ley y de las cargas públicas, e importando un atentado al contenido esencial del derecho de propiedad, entendido este como una extensión de la afectación cuya intensidad priva lo que le es consustancial al derecho, dejándolo irreconocible e impidiendo el libre ejercicio que lo vuelve irrealizable, privándolo de tutela jurídica. Tribunal Constitucional (TC). Rol 3.110. Considerando octavo.

¹³⁰ La función social tendría un rol orientador de la labor legislativa, y serviría como un título de intervención del legislador sólo en caso de requerirlo los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental, que son las únicas categorías que permiten al legislador limitar el derecho de propiedad, pues la propiedad privada es precisamente amparada frente a

Con lo anterior, este desasimiento no importa formal e inmediatamente la pérdida del derecho de propiedad (o dominio) sobre los bienes objeto de la liquidación concursal, pero si involucra una serie de limitaciones y privaciones que restringen sus atributos y facultades esenciales, escenario que eventualmente permearía los parámetros constitucionalmente tolerados.

Actualmente nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales, y dispone que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella con las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social, lo que comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad pública, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental (bienes jurídicos), no pudiendo nadie en caso alguno ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.¹³¹

Este marco protector tiene como antecedente más próximo el texto constitucional de 1925, que en su artículo 10 aseguraba la inviolabilidad de todas las propiedades sin distinción alguna, y disponía que nadie podía ser privado del dominio ni de una parte de ella, o del derecho a que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial¹³² o de expropiación por razón de utilidad pública calificada por una ley, y agregaba que el ejercicio de dicho derecho se encontraba sometido a las limitaciones o reglas que exijan el mantenimiento y el progreso del orden social, pudiendo la ley imponer obligaciones o

excesos del legislador o la administración. Montory Barriga, Gonzalo (2019). La propiedad constitucional: Limitaciones, privaciones, contenido esencial. Tirant Lo Blanch. Pág. 66-70.

¹³¹ Art. 19 N.º 24 de la Constitución Política de la República (CPR).

¹³² En el actual texto constitucional se decidió no reincorporar la expresión “sentencia judicial” (eliminada por reforma constitucional, Ley N.º 16.615), en el entendido que ella en sí misma no priva del dominio dado su carácter declarativo (no constitutivo de derechos). Acta Comisión Ortuzar, Tomo IV, Sesión 116º del 24 de abril de 1975 (<https://www.bcn.cl/formacioncivica/constituciones.html>), Pág. 922-927.

servidumbres de utilidad pública en favor de los intereses generales del Estado, la salud de los ciudadanos y la salubridad pública¹³³.

De esta manera, el actual texto de nuestra Constitución Política de la República (CPR) ha mantenido durante gran parte del siglo XX el reconocimiento del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes, supeditando su ejercicio únicamente a las disposiciones de la ley, y con las limitaciones que deriven de su función social, no pudiendo nadie ser privado de su propiedad sino por ley general o especial expropiatoria.

Con lo anterior, entendida la relevancia y protección constitucional que sobre el derecho de propiedad existe, es necesario determinar el contenido de aquello que precisamente se protege (cuestión que no se encuentra completamente afinada en la doctrina y jurisprudencia), para con ello identificar las privaciones y/o limitaciones que afectarían al derecho de propiedad en un proceso concursal de liquidación.

Nuestra actual CPR (1980) señala que el derecho de propiedad se configura sobre aquello que se puede adquirir para usar, gozar y disponer, y que tratándose de creaciones intelectuales (derecho de autor) además se reconoce la paternidad, la edición y la integridad de la obra. Por su lado, nuestro CC (1857) ha desarrollado o dado mayor contenido técnico al derecho de propiedad o dominio, señalando que es un derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno, y que sobre las cosas incorporeales también hay una especie de propiedad¹³⁴ como las producciones del talento o del ingenio¹³⁵. Además, este derecho de propiedad o dominio puede ser fragmentado mediante la separación del goce¹³⁶, limitado voluntariamente por un derecho de conservación ambiental¹³⁷, o pasar su titularidad a otra

¹³³ Esta Constitución de 1925 habría innovado respecto de su antecesora de 1833 en cuanto limitar la propiedad, influenciada por un constitucionalismo económico social en pos del orden social y de los intereses generales, pero dentro del marco del interés individual de su titular, que justifica su existencia y titularidad privada en estos intereses generales. Cordero Quinzacara, Eduardo (2006). La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. Revista de Derecho (Valdivia), <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006>. Pág. 125 – 148.

¹³⁴ Art. 583 del CC.

¹³⁵ Art. 584 del CC.

¹³⁶ Art. 582 del CC.

¹³⁷ Ley N.º 20.930, publicada en el Diario Oficial con fecha 25 de junio de 2016.

persona producto de una condición, por un gravamen que afecte el uso o goce, o por las servidumbres que sobre ellas se constituyan¹³⁸.

Por su parte, la doctrina ha identificado como atributos de este derecho su carácter real (sobre una cosa sin respecto a determinada persona)¹³⁹, elástico (permite desprenderse y recobrar algunas de sus facultades), perpetuo (no sujeto a caducidad por plazo o condición, ni extinción por su no ejercicio), exclusivo (ejercidas en forma independiente), excluyente (permite repeler a terceros), y absoluto (comprende la plenitud de las facultades legalmente reconocidas).

De esta manera, es posible identificar al derecho de dominio y distinguirlo de otros derechos debido a su especial reconocimiento constitucional, el cual ha encomendado a la ley desarrollar su contenido para complementarla¹⁴⁰, labor en la cual excepcionalmente puede limitarlo según la función social que deben cumplir los bienes objeto de este derecho de propiedad.

En particular, el procedimiento concursal de liquidación contenido en la Ley N.º 20.720 tiene por objeto la liquidación de los pasivos y activos de una empresa o persona deudora que se encuentren en una incapacidad financiera, lo que inicialmente motivará la ejecución de acreencias insolutas de quienes buscarán cuidar sus propias finanzas, valiéndose de herramientas legales que limitan el libre tránsito de bienes del deudor (juicio ejecutivo individual), lo que desencadenará otros incumplimientos del deudor, y ello generará un cúmulo de ejecuciones cuyos intereses individuales deberán soportar en uno u otro grado la falta de pago de dichos créditos (por la escases de bienes subyacente a la incapacidad financiera), estadio que requiere de un instrumento colectivo.

¹³⁸ Art. 732 del CC.

¹³⁹ Art. 577 de CC.

¹⁴⁰ Sobre esta función complementaria del texto legal, dada la trascendencia socioeconómica del derecho de propiedad y los avatares de su historia, los redactores de la Constitución particularizaron la referencia al contenido esencial del dominio por remisión a los conceptos civiles sobre los que se construye el derecho de dominio, diferenciando la cosa y el derecho, los atributos del derecho, y las facultades que genera para el titular. Varas Braun, Juan (2003). Limitaciones a la Propiedad: Una Perspectiva Civil. La Constitucionalización del Derecho Chileno. Editorial Jurídica de Chile. p. 151.

En este punto, distingo las limitaciones al derecho de propiedad derivadas de ejecuciones individuales amparadas en el derecho de prenda general¹⁴¹, y cuyo objeto es obtener el pago de acreencias previamente contraídas y no solucionadas en tiempo y forma, de aquellas limitaciones y/o privaciones impuestas por la ley concursal producto de una incapacidad financiera, entendida esta última como un estado patrimonial crítico generalizado, permanente e irreversible, que justifica en principio algunas limitaciones y privaciones al derecho de propiedad. Con esta distinción entre limitaciones y privaciones, la primera alude a restricciones al ejercicio de las facultades del derecho de propiedad o del bien sobre que recae (uso, goce y disposición), y con la segunda me refiero a las restricciones que importan una afectación a la esencia del derecho de propiedad o del bien sobre que recae¹⁴², que lo vuelven irreconocible como tal al privarlo completamente del uso, goce y/o disposición de la propiedad (entendida estas como esenciales). En este sentido, nuestra Carta Fundamental presupone una noción de esencia del derecho de propiedad al señalar al uso, goce y disposición de la propiedad como facultades que excepcionalmente pueden ser limitadas, y que en caso alguno pueden ser privadas a su titular (salvo expropiación que conlleva indemnización), facultades que se encuentran desarrolladas en nuestro CC, y que por ende son reconocidas por la CPR de 1980¹⁴³.

En función a lo anterior, el desasimiento de bienes que importa el concurso de liquidación¹⁴⁴ dispone que el deudor sometido al procedimiento concursal de liquidación quedará inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, de

¹⁴¹ Artículo 2469 del Código Civil

¹⁴² El Tribunal Constitucional ha sostenido que la esencia del derecho se debe conceptualizar desde la perspectiva del ordenamiento positivo, y de ahí precisar el alcance de la norma constitucional en términos sencillos para que sea entendido por todos y no sólo por los estudiosos de la ciencia jurídica, debiendo entonces entender que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser reconocible, y que se impide el libre ejercicio cuando el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, entabándolo más allá de lo razonable o privándolo de tutela jurídica. Rol 43, Año 1987, Considerando 21º.

¹⁴³ Al respecto, se sostiene que la noción de esencia de la propiedad que presupone un dato preexistente, y que debe ser construido posteriormente, se refiere a la protección de una entidad reconocible y preexistente a la Constitución, que no la crea sino que se limita a reconocer, y que se refiere a las facultades del dominio y a sus atributos esenciales, cuyo contenido o núcleo debe considerar las posibilidades de modulación legislativa aceptadas por la propia legislación civil al regularse la propiedad, y por las que posteriormente se hayan aceptado en la sociedad. Aldunate Lizana, Eduardo (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N.º 2. Pág. 290, 291.

¹⁴⁴ Art. 130, Ley N.º 20.720.

sus frutos y de la facultad de disposición de estos (bajo sanción de nulidad)¹⁴⁵, excluidos aquellos inembargables, lo que de pleno derecho quedará bajo la administración del liquidador concursal, conservando el deudor el dominio de estos bienes. Con ello, necesito precisar que los efectos que provoca este desasimiento sólo comprende aquel originado en un procedimiento forzoso de liquidación concursal¹⁴⁶, pues en el proceso voluntario de liquidación concursal¹⁴⁷ es esta voluntariedad del titular la cual diluye la afectación de su derecho de propiedad.

Así, en el caso de una liquidación concursal forzosa nos encontraríamos ante una privación de las facultades esenciales del derecho de dominio (y no una mera limitación), al menos del uso y disposición, al grado que lo vuelve irreconocible, puesto que este titular del derecho de dominio pierde la facultad de usar y disponer de sus bienes conservando al mínimo el goce de ellos, en tanto el producto de su realización (por un tercero) irá a pagar sus deudas existentes a la época del concurso, única manera en que se beneficiará de ellos¹⁴⁸.

De esta manera, detentar un determinado bien sin la facultad de disponer del mismo es carecer de aquella facultad que le es consustancial al derecho de dominio, sin la cual, este último pierde identidad, pues en última instancia se puede ser dueño de algo sin usarlo (nuda propiedad)¹⁴⁹, y/o sin gozar del mismo (nuda propiedad)¹⁵⁰, pero no es posible concebirlo sin poder o facultades para disponer de ello en forma arbitraria (no siendo contra la ley o derecho ajeno)¹⁵¹.

A su vez, si bien la ley concursal señala que el deudor no pierde el dominio sobre los bienes desasidos, ello es relativo, pues este aparente derecho de dominio no se puede

¹⁴⁵ Aún más, el artículo 463bis N.º 2 y 3 del Código Penal sanciona con la pena de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, al deudor que percibiere y aplicare a sus propios usos o de terceros bienes que deban ser objeto del procedimiento concursal, o si dispusiera de sus bienes.

¹⁴⁶ Capítulo IV, Título 1, Párrafo 2, de la Ley 20.720.

¹⁴⁷ Capítulo IV, Título 1, Párrafo 1, de la Ley 20.720

¹⁴⁸ Sobre esto último, y dado el efecto que provoca el término del procedimiento concursal de liquidación, el grado de solución que alcancen los créditos contra el deudor pasaría a segundo plano respecto de éste, pues en última instancia todos los saldos insolutos se extinguirán por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales. Art. 255, Ley N.º 20.720.

¹⁴⁹ Art. 2174 del CC.

¹⁵⁰ Art. 764 del CC.

¹⁵¹ Art. 582 del CC.

ejercer en grado alguno sin respecto a determinada persona (carácter real), ni desprenderse voluntariamente y en modo alguno del mismo para recobrar luego sus facultades de uso y/o goce (elasticidad), ni tampoco podrá ejercer acciones para repeler a terceros (excluyente). Esto es así, desde que el deudor quedará inhibido de pleno derecho de la administración de todos sus bienes presentes, siendo nulos los actos y contratos posteriores que ejecute o celebre respecto de los bienes desasidos, perdiendo la facultad de disposición sobre dichos bienes y sus frutos, y no pudiendo comparecer en juicio como demandante ni demandado respecto de dichos bienes y frutos (sólo como coadyuvante).

De esta manera, al deudor se le priva del objeto del cual aún sería propietario (al ser incautado por el liquidador concursal¹⁵²), y por cierto se le priva de atributos y facultades esenciales del dominio, lo que en caso alguno se permite (privación) por nuestra Carta Fundamental¹⁵³, salvo por una ley general o especial que calificadamente contemple la expropiación por utilidad pública o el interés nacional, lo que no es el caso de la Ley N.º 20.720, pues esta herramienta tiene por finalidad la reorganización de patrimonios (función preventiva), y la liquidación de patrimonios (función represiva), con un determinado fin público (libre circulación de la riqueza y protección del crédito público), mas no una utilidad pública o interés nacional calificado por dicha ley.

La función social de la propiedad permite equilibrar el interés privado que alimenta y orienta el ejercicio de derechos que la constituyen, y el interés público que justifica su protección como derecho fundamental, definiendo la frontera que separa los poderes de la autoridad y del titular del derecho de propiedad, sin diluir el interés individual y sin otorgar una facultad irrestricta al legislador y administrador público¹⁵⁴. En este sentido, la quiebra o incapacidad financiera no es sólo un asunto de interés privado, sino además un interés social y público de cargo del Estado, desde que el desarreglo patrimonial que motiva la liquidación de un negocio o establecimiento comercial afecta la circulación de la riqueza y al crédito público, que son intereses por los que todo Estado debe velar¹⁵⁵. De esta manera,

¹⁵² Artículo 163, Ley N.º 20.720.

¹⁵³ Artículo 19 N.º 26 de la Constitución Política de la República (CPR).

¹⁵⁴ Tribunal Constitucional (TC.), Rol 2.643-2014. Considerando sexagésimo.

¹⁵⁵ Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo (2010). El Derecho de Quiebras. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 29.

el crédito da origen a un fenómeno de concatenación de patrimonios, desde que las relaciones de crédito no sólo vinculan a dos personas, sino que se extienden como una compleja red entre múltiples y variadas personas o empresas, que forman una cierta dependencia.¹⁵⁶

Así, resulta claro el fundamento de la normativa concursal y la justificación de sus efectos patrimoniales en el deudor, cuestión que también incide en la constitucionalidad del desasimiento como limitación y privación al derecho de dominio, puesto que de una revisión detenida de las causales que dan origen a un procedimiento concursal de liquidación¹⁵⁷, no es posible encontrar en ellas la correspondencia con una incapacidad financiera o una insolvencia, desde que las hipótesis allí consignadas se refieren al incumplimiento de una o dos obligaciones que consten en título ejecutivo (escenario propio del juicio ejecutivo), o al hecho que sus administradores no sean habidos y no hayan dejado mandatario, escenarios que no se identifican por sí necesariamente¹⁵⁸ con una insolvencia o incapacidad financiera como estado patrimonial, cuyas características son la generalidad (que lo distingue de un hecho aislado), permanencia (que lo distingue de un evento subsanable en el corto plazo), objetividad (convicción real del desequilibrio) e irreversibilidad (que sus propios medios sean insuficientes para recuperarse).

De esta manera, existiendo tensiones entre el derecho de propiedad y la protección del crédito público, resulta entonces necesario que la excepcionalidad del instrumento colectivo de ejecución tenga lugar ante una efectiva incapacidad financiera, o falta de viabilidad del patrimonio en cuestión, debiendo tener una aplicación restringida para no superar los límites que impone la protección al derecho de propiedad, los que únicamente se justificarían en la función pública que cumpliría el crédito público, en tanto la actividad comercial genera condiciones de bienestar común, cuestión que orienta el actuar estatal.

¹⁵⁶ Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720, 4º Ed., Editorial Jurídica de Chile. Pág. 49, 50.

¹⁵⁷ Art. 117, Ley N.º 20.720.

¹⁵⁸ Con ello quiero aludir a un problema de estándar probatorio que existiría en esta normativa concursal, pues uno o dos incumplimientos pueden ser indiciarios de un estado patrimonial crítico, pero no necesariamente coincidentes, grado de corroboración que debe ser más exhaustivo atendidas las consecuencias patrimoniales que ello involucra.

2.4. Sobre el presupuesto objetivo en la normativa nacional

Nuestra actual normativa sobre procesos concursales de reorganización contempla un tratamiento diferenciado para enfrentar el problema de la insolvencia según se trate de personas naturales, microempresas, pequeñas empresas, medianas empresas, empresas de mayor tamaño, y empresas de especial interés para el Estado (mercados relevantes).

En particular, la ley N.º 20.416 (D.O. 03.02.10) establece normas especiales relativas a la reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis¹⁵⁹ aplicables a las personas naturales o jurídicas cuyas rentas tributen en primera categoría¹⁶⁰, a aquellas que sean consideradas como empresas de menor tamaño (micro o pequeñas empresas) según el Consejo Nacional Consultivo de la Empresa de Menor Tamaño¹⁶¹, y a aquellas personas cuyas ventas en los doce meses anteriores no excedan las 25.000 UF (deducido IVA o impuestos específicos).

Esta ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis (LRMyPE), establece que se entiende concurrir un estado de insolvencia si las personas naturales o jurídicas se encuentran en la imposibilidad de pagar uno o más de sus obligaciones, que podríamos denominar insolvencia relativa, y agrega que podrán someterse voluntariamente a los procedimientos que contempla dicha ley si estimaren que dentro de los tres meses siguientes se encontrarán en estado de insolvencia¹⁶², que podríamos denominar insolvencia inminente. En ello, esta normativa contempla la figura del asesor económico de insolvencia cuya principal función es emitir un certificado que indicará al requirente, rut, domicilio y su giro o actividad¹⁶³, y luego realizar un estudio sobre la situación económica, financiera y contable del deudor¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Artículo undécimo, Ley N.º 20.416.

¹⁶⁰ Se exceptúan aquellas que tengan por giro o actividad los negocios inmobiliarios o actividades financieras (salvo las necesarias para desarrollar la actividad principal), y aquellas que posean o exploten derechos sociales o acciones o participaciones en contratos de asociación o cuentas en participación, siempre que estas actividades provean ingresos que en conjunto superen un 35% de los ingresos percibidos en el año comercial anterior. Artículo segundo, Inc. 7º. Ley N.º 20.416.

¹⁶¹ Art. 1, Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis (LRMyPE), (Ley N.º 20.416, artículo undécimo).

¹⁶² Art. 2, LRMyPE.

¹⁶³ Art. 17, LRMyPE.

¹⁶⁴ Art. 3, LRMyPE.

Para requerir este certificado, el interesado deberá proveer uno o más antecedentes que acrediten la insolvencia (relativa o inminente), o una declaración fundada de que estima encontrarse en insolvencia inminente, adicionando los antecedentes legales de su constitución, modificaciones estatutarias, poderes y número de trabajadores tratándose de personas jurídicas¹⁶⁵. Luego, el asesor deberá llevar a cabo un estudio que determine la naturaleza y monto de las obligaciones del requirente, tanto vencidas como aquellas por vencer cualquiera sea el plazo, condición o modo de las mismas, indicar los activos que posee y si éstos son de su dominio y los gravámenes, modos o condiciones a que están sujetos, señalando además el giro de los negocios del deudor, las causas que originaron el incumplimiento de las obligaciones y las perspectivas de su actividad en orden a la posibilidad de cumplir razonablemente con sus obligaciones, y si ese no fuere el caso deberá señalarlo circunstanciadamente¹⁶⁶. El objetivo de esta normativa es generar condiciones para obtener recursos o asistencia técnica para llevar a cabo una reorganización¹⁶⁷.

Por otro lado, tratándose de compañías de seguros, sociedades anónimas y bolsas de comercio, el Decreto con Fuerza de Ley N.º 251 (DFL N.º 251, D.O. 2.05.1931), dispone que si algún acreedor de una compañía de seguros solicitare el inicio de un procedimiento concursal de liquidación, el tribunal respectivo deberá dar aviso al superintendente¹⁶⁸ para que investigue la solvencia de la compañía, debiendo proponer las medidas conducentes para que prosiga sus operaciones de estimarse que la compañía puede responder a sus obligaciones¹⁶⁹. Para esta investigación de la insolvencia, esta normativa utiliza la denominación de patrimonio de riesgo, el cual obedece al valor mayor que exista entre el

¹⁶⁵ Art. 16, LRMyPE.

¹⁶⁶ Art. 22, LRMyPE.

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ La referencia del texto legal es al superintendente de la Superintendencia de Valores y Seguros, que hoy corresponde al Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero (Art. 67, Ley N.º 21.000, D.O. 23.02.17).

¹⁶⁹ Art. 79, Decreto con Fuerza de Ley N.º 251 (D.O. 02.05.1931).

patrimonio necesario para mantener las relaciones de endeudamiento¹⁷⁰, o el margen de solvencia¹⁷¹.

Por su lado, la Ley General de Bancos¹⁷², dispone que los bancos sólo podrán ser objeto de un procedimiento de liquidación concursal de la ley N.º 20.720 cuando sea una liquidación voluntaria¹⁷³, y previa determinación de solvencia de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), a requerimiento del gerente del respectivo banco cuando este último cese en el pago de una obligación¹⁷⁴. Esta decisión de la CMF deberá contar con el acuerdo previo favorable del Banco Central de Chile¹⁷⁵.

A su vez, esta normativa establece que se presumirá que un banco no tiene la solvencia necesaria de concurrir determinadas situaciones, como (i) tener un capital básico inferior al 3% de los activos ponderados por riesgo (según metodologías estandarizadas)¹⁷⁶, o al 2% de los activos totales, ambos netos de provisiones exigidas, (ii) o tener un patrimonio efectivo inferior al 5% de los activos netos de provisiones exigidas y ponderados por riesgo (según metodologías estandarizadas), después de deducidas las pérdidas acumuladas durante el ejercicio que aparezcan en un estado financiero, o (iii) si la empresa bancaria tiene créditos de urgencia vencidos con el Banco Central de Chile, cuya renovación haya sido denegada con informe en tal sentido por la CMF, o (iv) si la empresa bancaria ha suspendido el pago de sus obligaciones, incluyendo las correspondientes a cualquier cámara de compensación¹⁷⁷.

Con lo anterior, pretendo dar cuenta que la insolvencia (actual o inminente) como fenómeno patrimonial resulta ser complejo en su identificación, desde que esta normativa precisa para tal diagnóstico de un análisis sobre la situación económica, financiera, y

¹⁷⁰ El artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 251 establece como límite máximo de endeudamiento total del patrimonio de las compañías, que estas sean superiores a 5 o 15 veces según el tipo de riesgo asegurado (Art. 8).

¹⁷¹ El artículo 1, literal f), número 2, del Decreto con Fuerza de Ley N.º 251, señala que el objetivo principal del margen de solvencia es que la entidad cuente con recursos disponibles para cubrir variaciones extraordinarias provocadas por desviaciones de los riesgos, en exceso de lo esperado estadísticamente.

¹⁷² Decreto con Fuerza de Ley N.º 3 (D.O. 19.12.97).

¹⁷³ Íbid. Art. 120.

¹⁷⁴ Íbid. Art. 121.

¹⁷⁵ Íbid. Art. 130.

¹⁷⁶ Íbid. Art. 67.

¹⁷⁷ Íbid. Art. 130.

contable del patrimonio en cuestión, donde la estimación del incumplimiento de una o más obligaciones en un plazo de tres meses resulta ser un mero indicio de insolvencia (relativa), pues ello debe además implicar la imposibilidad de cumplir razonablemente con sus obligaciones (en general), lo que da un parámetro para identificar aquel estado patrimonial crítico que supone justifica la solución a través de instrumentos de reorganización ante una insolvencia inminente (futura), o una liquidación concursal ante una insolvencia irreversible (presente), lo que permite encontrar una referencia para la corrección epistémica de aquella decisión que supone un escenario patrimonial crítico.

Por su lado, siendo consistente con la actual regulación de los procesos concursales de reorganización y liquidación, en que se efectúa un tratamiento diferenciado para dar lugar al inicio de dichos procesos según la entidad patrimonial y grado de afectación al crédito público, ello supone entonces que la entrada al proceso debe ser diferenciada también al momento de justificar la concurrencia del presupuesto objetivo, puesto que las complejidades financieras entre uno y otro patrimonio son también diversas (en cuanto agentes involucrados en los procesos productivos y comerciales de uno y otro), existiendo mayor rigurosidad en la entrada a los instrumentos de liquidación tratándose de grandes empresas por su relevancia en el mercado y los efectos que generan en el crédito público, y su vez favoreciendo el acceso a la reorganización de aquellas empresas o personas de menor entidad y afectación al crédito público, donde entonces primaría el resguardo a la libertad de emprendimiento dados los fines privados de la actual normativa sobre reorganización, lo que no debería extenderse a la valoración de los antecedentes tratándose de un escenario de liquidación, donde más bien se protege el crédito público que sólo se ve afectado con la insolvencia actual e irreversible.

En definitiva los proceso de reorganización lo que pretenden es favorecer (preferentemente) el *“reemprendimiento”*¹⁷⁸ con los instrumentos de reorganización, y proteger el crédito público (preferentemente) con los procesos de liquidación, primando en el primero la voluntad de los acreedores en cuanto evaluadores de las posibilidades de éxito

¹⁷⁸ Entendido como expresión o reconocimiento material al derecho a desarrollar cualquier actividad económica (Art. 19 N.º 21, CPR).

de la actividad productiva en relación con la propuesta de pagos (proyección hacia el futuro), y debiendo primar la averiguación del supuesto de incapacidad financiera o insolvencia en caso de una liquidación concursal (ponderación actual de la capacidad de pago), para así no convivir (resultado no deseado) con un proceso de reorganización que no favorece la actividad económica (reorganizando lo inviable) y evitando la liquidación de una empresa que aún funcionando puede evitar mayores afectaciones al crédito público (liquidar lo viable).

2.5. Presupuesto objetivo desde la eficiencia concursal

Dado que la actual ley concursal pretende resolver los problemas que la insolvencia irradia en personas naturales y jurídicas, con instrumentos diseñados según el grado de insolvencia y el sujeto que la genera (persona o empresa deudora¹⁷⁹), el presupuesto entonces se encuentra en: *“la incapacidad financiera [de aquellas] de responder al pago de todas sus obligaciones para con sus acreedores y donde, adicionalmente, sus bienes considerados en conjunto tampoco alcanzan para saldar tales débitos con el producto de su realización”*¹⁸⁰, fenómeno que da lugar a un: *“procedimiento concursal más ágil y eficiente [que] permite utilizar los recursos que quedan desaprovechados en esa empresa fallida en otras actividades, mejorando así la productividad, permitiendo generar nuevos puestos de trabajo y aportando al crecimiento económico del país”*¹⁸¹.

En ello, y como se ha señalado previamente, la actual normativa concursal provee de un procedimiento de reorganización¹⁸² cuyo objeto es reestructurar pasivos y activos de

¹⁷⁹ El numeral 13 y 25 del artículo 2 de la Ley N.° 20.720 (modificada por la ley N.° 21.563) establece que se considera Empresa Deudora a toda persona jurídica de derecho privado, con o sin fines de lucro, y a toda persona natural que haya sido contribuyente de primera categoría dentro de los 24 meses previo al proceso concursal respectivo, considerándose a su vez persona deudora a aquellos no comprendidos en los supuestos anteriores.

¹⁸⁰ Mensaje Presidencial, Ley N.° 20.720.

¹⁸¹ Ídem.

¹⁸² El Capítulo III de la Ley N.° 20.720, en su título 1 regula un procedimiento concursal de reorganización judicial, y en su título 3 regula un procedimiento concursal de reorganización extrajudicial, y en el Capítulo V de la misma ley, el título 3 contiene un procedimiento concursal de reorganización simplificada (MyPE).

una empresa¹⁸³, y un procedimiento de renegociación para la persona deudora¹⁸⁴ que propenda la repactación, novación o remisión de obligaciones¹⁸⁵. Además, se dispone un procedimiento concursal de liquidación según se trate de una empresa¹⁸⁶ o persona deudora¹⁸⁷, y si su carácter es voluntario o forzoso.

Sobre el rol de la normativa concursal, el objetivo principal del derecho concursal es proveer un marco legal que permita con los menores costos la reestructuración o desaparición de empresas ineficientes y el desplazamiento de factores de producción a empleos de mayor rentabilidad¹⁸⁸, minimizando los costes sociales de reducción del valor social en la reasignación de dichos activos, el desempleo de recursos productivos y deterioro de bienes de capital, y los costos de coordinación entre las partes del procedimiento legal¹⁸⁹.

Así, la eficiencia se alcanzaría mejorando la tasa de recuperación de créditos al término del proceso concursal con relación a lo que pudieran haber recibido a su inicio (eficiencia *ex post*), considerando un foro que reclama la solución de sus créditos respecto de un patrimonio cuyos activos circulantes son inferiores a sus créditos (iliquidez) o la valoración patrimonial de sus activos es inferior al pasivo exigible (insolvencia)¹⁹⁰.

Al respecto, una visión privatista del concurso que descansa en los intereses particulares de solución de créditos y la ampliación de la autonomía de la voluntad por parte de los acreedores, encuentra su preeminencia en la finalidad distributiva del concurso¹⁹¹, posición que debe ajustarse al escenario de elección colectiva de acreedores con intereses crediticios individuales, no siendo suficiente entonces eliminar trabas legales o administrativa que amplíen la autonomía negocial de los acreedores, siendo aquí relevante

¹⁸³ Art. 60 y 105, Ley N.° 20.720.

¹⁸⁴ El Capítulo V de la Ley N.° 20.720 contiene en su título 1 un procedimiento concursal de renegociación de la persona deudora.

¹⁸⁵ Art. 266, Ley N.° 20.720.

¹⁸⁶ Capítulo IV de la Ley N.° 20.720.

¹⁸⁷ Capítulo V de la Ley N. 20.720, título 2 sobre el procedimiento concursal de liquidación simplificada.

¹⁸⁸ Cabrillo Rodríguez, Francisco (1989). *Quiebra y Liquidación de Empresas*. Unión Editorial. Madrid. Pág. 39.

¹⁸⁹ *Ibid.* Pág. 51-53.

¹⁹⁰ Carrasco Delgado, Nicolás (2018). Tres Razones para la Utilización de la Eficiencia en el Derecho Procesal Concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.° 30. Pág. 58.

¹⁹¹ Goldenberg Serrano, Juan (2013). Bases para la Privatización del Derecho Concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N.° 20. Pág. 28.

la visión procesal (adjetiva) que posiciona al instrumento de coordinación como uno que reduce asimetrías de información entre deudor y acreedores¹⁹², permitiendo delinear las posibilidades de cobro individual en concurrencia de otros acreedores¹⁹³.

Así, aceptando al concurso como una mejor alternativa (más eficiente) frente a un proceso individual para alcanzar una solución a un escenario de insolvencia (presupuesto), en ello se considera una debida coordinación entre los involucrados, lo que se relaciona con la especialización de los órganos concursales funcional a la mejora en las tasas de recuperación, permitiendo reducir los costos del error concursal, aminorar los costos concursales directos e indirectos, y supervisar adecuadamente la actividad de los agentes involucrados¹⁹⁴.

En esta reducción del error concursal, que se logra con una elección oportuna y adecuada del mecanismo concursal que mejore la tasa de recuperación de créditos, se comprende necesariamente la adecuada calificación del presupuesto de viabilidad para iniciar un proceso de reorganización, y del presupuesto de inviabilidad para dar lugar a una liquidación¹⁹⁵.

Por ello, resulta deseable que la adopción de un determinado procedimiento concursal se encuentre en etapas tempranas del consecutivo legal y con un alto grado de precisión, que importa un incremento en los costes concursales directos de corrección del sistema (costos de administración), aspecto altamente técnico (determinación de viabilidad) y complejo (lograr coordinación) que supone costos inversamente proporcionales (costos de administración y costos de error), asomando así el criterio de optimización de costos como aquél que propende a la eficiencia ex post del concurso¹⁹⁶.

¹⁹² Para este objeto encontramos la figura del Veedor, quién para la votación de un acuerdo de reorganización judicial debe haber emitido un informe con una calificación fundada sobre posibilidades de cumplimiento de la propuesta de acuerdo, y el monto probable de recuperación en un escenario de liquidación concursal. (Art. 57 N.º 8, Ley N.º 20.720).

¹⁹³ Carrasco Delgado, Nicolás (2020). El concurso desde una perspectiva procesal. Revista de Derecho, Coquimbo. Vol. N.º 27. Pág. 19-20.

¹⁹⁴ Carrasco Delgado, Nicolás (2018). Tres Razones para la Utilización de la Eficiencia en el Derecho Procesal Concursal. Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 30. Pág. 64.

¹⁹⁵ *Íbid.* Pág. 67.

¹⁹⁶ Carrasco Delgado, Nicolás (2020). Los Costos del Error Concursal: Una Visión Dogmática, Revista de la Facultad de Derecho, N.º 48. Pág. 10-11.

De esta manera, siendo uno de los principales objetivos de la ley concursal chilena la mejora de la tasa de recuperación de los acreedores, ello se encuentra en directa relación con la oportunidad en que se identifique el presupuesto objetivo del concurso (viabilidad e inviabilidad). En esta labor de identificación, los intereses crediticios individuales buscarán la oportunidad que logre la mayor tasa de recuperación de sus créditos (eficiencia *ex post*), que ajustada al foro concursal se traducirá en una elección oportuna y precisa del mecanismo de solución (reducción del error) mediante una coordinación eficiente (visión procesal del concurso), a fin de contar con un cúmulo informacional necesario para constatar el presupuesto objetivo de la incapacidad financiera (viabilidad o inviabilidad), y con ello justificar en las diversas afectaciones patrimoniales (individuales) las consecuencias adversas que la incapacidad financiera causa en el crédito público, amparando los diversos intereses en el concurso (visión publicista).

De esta manera, un análisis económico del derecho concursal provee de justificaciones para favorecer una entrada oportuna a un proceso concursal (renegociación, reorganización, liquidación), considerando la viabilidad como parámetro de elección entre uno u otro, lo que reitera la importancia de contar en este estadio con una ponderación de instrumentos que epistémica y racionalmente reflejen tal supuesto patrimonial.

Así, un estándar de prueba que permita aproximaciones al contexto de viabilidad, a través de una serie de instrumentos probatorios afines como en el proceso de reorganización, da cuenta de la trascendencia de contar con un examen de viabilidad basado en ciertos instrumentos (estandarizados además), que desde una base probatoria distinta como una liquidación (no viabilidad), justifica en igual medida su aplicación ante el problema de la insolvencia, que se traduce en una falta de viabilidad de la actividad económica de una empresa o en una incapacidad financiera de una persona para revertir la cesación de pagos generalizada, lo que aparece como mejor parámetro epistémico para dar solución a las afectaciones al crédito público, y con ello además favorecer el *reemprendimiento* individual como remedio ante la insolvencia.

De esta manera, el examen del presupuesto objetivo del concurso desde la teoría racional de la prueba pretende dar cuenta del grado de corroboración del fenómeno que

supone la entrada oportuna al concurso considerando un examen económico del proceso, enfocándose el primero (examen lógico) en la justificación de los supuestos de viabilidad para reorganizar o liquidar en forma eficiente, y el segundo (examen económico) en dar contenido a dichos supuestos de viabilidad, sobre la base de un análisis descriptivo del patrimonio de la empresa o persona deudora.

Con lo anterior, el presupuesto objetivo del concurso puede ser identificado con un grado de corroboración epistémico que refleje una entrada oportuna al proceso concursal respectivo, que en un contexto de reorganización judicial será aquel que refleje viabilidad económica para los acreedores colectivamente considerados, y en el caso de un proceso de liquidación será aquel que refleje una inviabilidad económica luego de la ponderación judicial (racional) de los insumos epistémicos disponibles.

En definitiva, el ejercicio lógico de justificación de la viabilidad existente en un proceso de reorganización no difiere en su base probatoria del que se realice sobre la falta de viabilidad en un proceso de liquidación, más sólo que el primero se efectúa por un colectivo de acreedores y donde la justificación del supuesto de hecho (viabilidad) se refleja en la votación sobre la propuesta de reorganización (democratizando la justificación), y el segundo se realiza por un juez que debe producir una justificación intersubjetivamente controlable, en ambos casos sobre un mismo hecho (institucional), la viabilidad.

2.6. Derecho a defensa material y el presupuesto objetivo del concurso

Dado el diseño de los procedimientos concursales de liquidación, el de carácter forzoso es el que *a priori* cuenta con menos posibilidades de constatar epistémicamente el presupuesto objetivo de la insolvencia (inviabilidad) en el patrimonio de una empresa o persona deudora, puesto que las opciones que dispone este sujeto procesal para oponerse en un proceso ejecutivo concursal se reducen a las mismas que dispondría en un juicio ejecutivo individual, no obstante que el presupuesto de uno y otro son diferentes, coincidiendo únicamente en su objeto en cuanto instrumentos que permiten dar protección al crédito, en un caso el público, y en el otro el crédito privado.

Así, si en el proceso concursal de liquidación lo que se pretende proteger es el crédito público, el presupuesto entonces debe ser uno que precisamente suponga dicha protección, con el objeto de delimitar el objeto del juicio, y con ello los hechos que servirán luego para resolver si nos encontramos frente a una afectación que merece la protección dispuesta por el legislador. Por ello, aparece el derecho a la defensa jurídica como un aspecto a considerar en tanto integrante del debido proceso¹⁹⁷, derecho fundamental que goza protección constitucional¹⁹⁸ e internacional¹⁹⁹, que se traduce en contar con una adecuada defensa técnica, y especialmente a un derecho sobre los medios pertinentes de defensa²⁰⁰, no limitándose a una accesibilidad inicial a un medio de defensa, sino que se ha de manifestar en todos los estadios del procedimiento²⁰¹.

Esta protección constitucional del derecho a defensa, que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de instrumentos internacionales, supone el derecho a un recurso efectivo ante el tribunal competente que logra amparar al individuo contra actos que violen sus derechos fundamentales²⁰². En ello, la garantía primaria del derecho a una defensa efectiva como parte del debido proceso (obligación de prestación, prohibición de lesión) debe contar necesariamente con una garantía secundaria que repare o sancione judicialmente su afectación para su efectiva protección²⁰³, dualidad que hoy se refuerza con la función integradora del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), tanto en la concreción de principios al especificar las garantías que componen el racional y justo

¹⁹⁷ El debido proceso surge como garantía individual frente al ejercicio de la actividad jurisdiccional de los gobiernos estatales y federal en los Estados Unidos de América (XIV Enmienda, 1868), desde que ninguna ley puede limitar los privilegios o inmunidades de los ciudadanos, ni privarlo de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley (*Bill of Rights*, sección 1), “*siendo un principio de contenido indeterminado integrador de numerosas garantías procesales y sustantivas*”. Lopez Masle, Julián (2006). Debido Proceso en Chile. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Lexis Nexis. Pág. 185.

¹⁹⁸ Art. 19 N.º 3, Inc. 2º, 3º y 4º, CPR.

¹⁹⁹ Art. 8 de la CADH, y Art. 14 del PIDCyP.

²⁰⁰ Contreras Vásquez, Pablo (2016). Aspectos constitucionales del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. Pág. 26.

²⁰¹ *Íbid.* Pág. 27.

²⁰² Art. 8. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁰³ Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil. Ed. Trotta. Pág. 43.

procedimiento (debido proceso), como con el reconocimiento del contenido y alcance de los mismos²⁰⁴.

También, este derecho consiste en que las partes puedan hacer uso de los medios legales para acreditar la existencia de hechos que sirven de fundamento a las normas cuyas consecuencias jurídicas se persiguen, a proporcionar interpretaciones de los textos normativos aplicables, y a contradecir alegaciones de la otra parte, lo que se denomina defensa material²⁰⁵. Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) ha reiterado que el legislador es quién se encuentra obligado a permitir que toda parte o persona interesada en un proceso cuente con medios apropiados de defensa que oportuna y eficazmente le permitan presentar sus pretensiones y discutir las de otros intervinientes, junto con presentar medios de prueba e impugnar los que sean presentados, a fin de permitir el reconocimiento de sus derechos y el restablecimiento o satisfacción de los mismos, excluyéndose en definitiva todo procedimiento que coloque a una persona en la indefensión o inferioridad producto de restricciones al despliegue de dichos medios, pues el debido proceso en su vertiente sustantiva supone una decisión jurisdiccional terminal racional y justa en sí, esto es, proporcional, adecuada, fundada y motivada sustancialmente en el derecho aplicable, mas no en criterios arbitrarios²⁰⁶.

Con ello, resulta necesario distinguir de la pretensión que envuelve un juicio ejecutivo individual de un juicio ejecutivo concursal, pues en el primero lo que se pretende es obtener compulsivamente la solución de una obligación, y en el segundo lo pretendido es dar solución a una universalidad de obligaciones frente a un patrimonio incapaz financieramente (insolvente), lo que en los hechos afecta el crédito público. Así, el juicio ejecutivo individual requiere de un título ejecutivo para su inicio²⁰⁷, antecedente que dará origen a un mandamiento de ejecución y embargo²⁰⁸, luego del cual el afectado sólo podrá

²⁰⁴ Nash Rojas, Claudio y Núñez Donald, Constanza (2017). Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile. Revista Estudios Constitucionales, Año 15. Pág. 25-28.

²⁰⁵ Carbonell Bellolio, Flavia y Letelier Wartenberg, Raúl (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. Curso de derechos fundamentales, capítulo X. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 366.

²⁰⁶ TC, Rol 11.715-2021. Considerando 22 y 24.

²⁰⁷ Art. 434, CPC.

²⁰⁸ Art. 441, CPC.

oponerse mediante excepciones que tendrán por objeto corregir formalidades del proceso, la inoponibilidad de la obligación, o el carácter no ejecutivo del título que da origen al procedimiento²⁰⁹.

De esta manera, no podríamos aceptar que los medios de defensa que se contemplan en un procedimiento como el ejecutivo individual tendrán la misma eficacia en uno de ejecución concursal, básicamente porque en este proceso individual se pretende el pago o solución compulsiva de una obligación que puede involucrar un embargo de bienes suficientes para dicho objeto, y donde la oposición del afectado se circunscribe en acreditar la solución de todo o parte de la deuda, o cuestionar el carácter ejecutivo del título, y por su lado un proceso colectivo involucra declarar un estado de insolvencia que importa el embargo de todos los bienes del deudor, y la pérdida de facultades de administración sobre estos, cuya oposición a esta eventual consecuencia se reduce a dar cuenta de la solución en todo o parte de la deuda en ejecución, y no la prueba de la capacidad financiera o aptitud patrimonial en general para dar solución a las deudas, aspecto sumamente relevante considerando que una actividad económica involucra gestionar una diversidad de deudas u obligaciones dinerarias según el grado de injerencia en el funcionamiento mismo de dicha actividad económica.

Estos aspectos son trascendentales ante la identificación del fenómeno de la insolvencia, pues dado el contexto de un acreedor o grupo de acreedores que representan una porción reducida o no relevante en la actividad económica de la empresa o persona deudora, bien podrían utilizar el procedimiento concursal para una ejecución encubierta de su deuda, que por sí no da cuenta del problema de la insolvencia (crédito público) al sólo considerar una oposición en torno al carácter del título (crédito privado), y no si esta obligación resulta ser un incumplimiento aislado o no relevante según la actividad económica del deudor, escenario donde la cuantía o envergadura del crédito con relación a los demás créditos del deudor resulta un aspecto congruente con la identificación del fenómeno de la insolvencia, siendo afín entonces que el deudor presente la información

²⁰⁹ Art. 464, CPC.

necesaria para determinar si el impago de la deuda es fruto de una controversia con dicho acreedor o si constituye efectivamente un indicio de falta de liquidez²¹⁰.

Lo anterior supone ajustarse a la garantía primaria del debido proceso (el derecho subjetivo), que comprende como garantía secundaria el derecho a ser oído por un tribunal imparcial en la determinación de derechos y obligaciones de orden civil o de cualquier otro carácter (su garantía)²¹¹, permiten desarrollar a nivel de derecho fundamental el principio de plenitud (prohibición de lagunas) y el principio de no contradicción (prohibición de antinomias) que los poderes públicos deben colmar²¹², que se manifiesta en la jurisdicción mediante la actividad prescriptiva cuya necesaria justificación se encuentra en una motivación en todo o en parte cognoscitiva, y su legitimidad en la garantía de la imparcial determinación de la verdad²¹³.

Finalmente, el proceso es un instrumento para administrar justicia conforme a los parámetros del ordenamiento jurídico, donde debe asegurarse la idoneidad de este proceso mediante condiciones que aseguren la validez del pronunciamiento que recaiga en ellos, pues una cosa son los requisitos para que el juez admita la acción en la sentencia (derecho, calidad, interés), y otra son las condiciones para que el juez pueda dictar una sentencia con plena eficacia²¹⁴.

Capítulo III: Aspectos Epistémicos y Probatorios del Concurso

3.1. La prueba en el contexto judicial

En nuestro ordenamiento jurídico, la noción de juicio se relaciona tradicionalmente con una contienda o controversia actual entre dos o más personas sobre un derecho, a través del instrumento denominado proceso, el cual está constituido por una serie de actos

²¹⁰ Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (2006). Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Pág. 63.

²¹¹ Art. 8.1 de la CADH: "Pacto de San José de Costa Rica".

²¹² Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil. Ed. Trotta. Pág. 59-63.

²¹³ Ferrajoli, Luigi (1997). Jurisdicción y Democracia, en Jueces para la Democracia N.º 29. Pág. 6.

²¹⁴ Alsina Cavia, Hugo (2016). Defensas y Excepciones. Fundamentos del Derecho Procesal Moderno, Tomo II. Pág. 233, 234.

que se desarrollan en forma sucesiva, combinada y lógica, dando lugar al procedimiento como forma racional y metódica en que los tribunales deben administrar justicia²¹⁵.

Esta contienda supone que las partes presentan una determinada teoría del caso a través de enunciados descriptivos sustentados en la ocurrencia de determinados hechos a los cuales se les atribuye relevancia jurídica, donde dichas posiciones narrativas envuelven una pretensión de veracidad o falsedad, y cuyo éxito dependerá inicialmente de aquellos medios de prueba que se suministren para justificar dicho elemento fáctico. De esta manera, la función de los medios de prueba es instrumental en tanto elementos que pueden ser usados para establecer la verdad de los hechos de la causa, si este es el interés de la justicia civil²¹⁶. Ahora, los hechos descritos por las partes naturalmente han acaecido de manera previa a su descripción narrativa en el proceso, por lo cual la incorporación de dichos hechos en el proceso lo es en un sentido no empírico o material, a través de avales epistémicos que permiten su reconstrucción judicial por parte del juzgador²¹⁷.

En cuanto a la determinación de la verdad o falsedad de los enunciados descriptivos, es importante dejar asentado que el proceso debe ser orientado hacia la búsqueda de la verdad como propósito fundamental²¹⁸, pues sólo allí (condición necesaria) se puede lograr una adecuada aplicación de normas al caso específico, que permitirán una decisión adecuada y correcta propia de un Estado de Derecho²¹⁹. Ahora, esta determinación de la verdad judicial se encuentra sujeta a un contexto donde convergen reglas de admisibilidad y producción de pruebas, y límites temporales que no necesariamente la diferencian de otras áreas de la experiencia cotidiana, pues comparte los mismos medios de prueba

²¹⁵ Casarino Viterbo, Mario (2008). Manual de Derecho Procesal, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 11.

²¹⁶ Taruffo, Michele (2008). La prueba. Trad. Laura Martínez y Jordi Ferrer. Marcial Pons, Madrid. Pág. 15.

²¹⁷ *Ibid.* Pág. 19.

²¹⁸ En esta relación entre prueba y verdad, se pueden destacar dos tesis que deben diferenciarse, una teleológica que no adjudica a la verdad un papel definitorio sino un objetivo último de la actividad probatoria, y otra tesis denominada conceptual donde la verdad de una proposición es condición necesaria pero no suficiente para tenerla por probada. Ferrer, Jordi (2018). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales. Prolibros Ediciones, Valparaíso. Pág. 109-112.

²¹⁹ Taruffo, Michele (2008). La prueba. Trad. Laura Martínez y Jordi Ferrer. Marcial Pons, Madrid. Pág. 22.

(testimonios, documentos, grabaciones, inferencias) de otras áreas no jurídicas, y asimismo un contexto en el que sustancialmente no hay diferencias epistémicas²²⁰.

La concurrencia de estos límites o reglas es una particularidad del proceso judicial, las cuales se pueden agrupar en aquellas que impone el propio proceso judicial (temporalidad), la institución de la cosa juzgada (inimpugnabilidad y firmeza de la decisión)²²¹, y propiamente las reglas sobre la prueba dentro de las cuales se distinguen reglas sobre la actividad, sobre los medios epistémicos, y sobre el resultado probatorio²²².

En cuanto a las reglas de la actividad probatoria, se pueden distinguir tres momentos fundamentales para la toma de decisiones, el primero relativo a la conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas que apoyen o refuten las hipótesis sobre los hechos del caso (admisión), un segundo momento sobre la valoración de los elementos de juicio o pruebas en que toma relevancia el sistema de prueba aplicable (legal o tasada, sana crítica, prueba libre) para la asignación de valor a los medios de prueba individualmente considerados (valoración racional), y el tercer momento es la adopción de la decisión sobre los hechos probados, donde el estándar de prueba determina que hipótesis en conflicto puede ser tenida como probada con el grado de confirmación logrado²²³.

Sobre el último grupo de reglas, relativas al resultado probatorio, se distinguen aquellas referidas a la prueba tasada o legal que prescriben al juez declarar probado un hecho frente a un determinado elemento de juicio (justificada normativamente), y otras denominadas de la libre valoración donde no hay reglas que impongan un resultado probatorio concreto distintas de la racionalidad y la lógica (justificada epistémicamente)²²⁴.

²²⁰ *Íbid.* Pág. 24, 25.

²²¹ Las justificaciones de la cosa juzgada como regla de clausura residirían en la seguridad jurídica (normativa) y utilidad pública que aportan a la paz social, en cuanto aquello que ha sido resuelto no pueda ser removido, suministrando certidumbre en desmedro de la búsqueda indefinida de la verdad (regla contra epistémica), y evitando decisiones contradictorias para dar coherencia al sistema de justicia. Ezurmendia Alvarez, Jesús (2021). Definitividad y cosa juzgada como reglas contra-epistémicas en el proceso civil. *Proceso, Prueba y Epistemología*. Pág. 551-558.

²²² Ferrer, Jordi (2018). La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión. *Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales*. Prolibros Ediciones, Valparaíso. Pág. 112-118.

²²³ Ferrer, Jordi (2018). El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. *Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales*. Prolibros Ediciones, Valparaíso. Pág. 56-63.

²²⁴ Ferrer, Jordi (2018). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales*. Prolibros Ediciones, Valparaíso. Pág. 24-26.

Finalmente, el objetivo institucional de averiguación de la verdad es la condición de éxito para cumplir la función principal del derecho, que es dirigir la conducta de sus destinatarios, puesto que las normas jurídicas sólo podrán influir en la medida que los hechos subsumibles en aquellas se aproximen a la verdad de lo ocurrido²²⁵, único lugar donde encuentra justificación la norma, un hecho cuya ocurrencia da origen a su existencia.

3.2. La prueba en el concurso

En la actual normativa concursal, a propósito de la oposición a la liquidación forzosa, se establece que las pruebas producidas en la audiencia de prueba se apreciarán por el tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica²²⁶, siendo este el único contexto donde se establecen reglas sobre la admisión y producción de prueba²²⁷. Entre esta últimas, se establecen normas para la rendición de la prueba pericial, y se establece que serán aplicables las reglas del CPC. para la rendición de la prueba testimonial y confesional. En lo no regulado por esta normativa concursal, se dispone que debe darse aplicación preferente a las normas contenidas en leyes especiales²²⁸.

Este sistema de la sana crítica o persuasión racional es un sistema intermedio entre la prueba legal y la prueba libre o moral, cuya característica es otorgan una facultad (y deber) al juez para valorar los medios de prueba de acuerdo a la lógica, el buen sentido y las normas de la experiencia, conceptualizando a la prueba como una actividad intelectual que resta todo carácter mecánico para alcanzar un mejor descubrimiento de la verdad²²⁹, constituyéndose como un término medio entre una valoración a espaldas de la realidad y

²²⁵ Ferrer, Jordi (2018). El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho. Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales. Prolibros Ediciones, Valparaíso. Pág. 44-46.

²²⁶ Art. 126 de la ley 20.720. Este sistema de la sana crítica también es aplicable en incidencias propias del procedimiento concursal de liquidación, como lo son la objeción a la cuenta final de administración (Art. 52 N.º 7, literal e).

²²⁷ Existen además otras normas probatorias sobre admisión y producción de pruebas y el sistema de valoración de estas aplicable, pero una vez iniciado el proceso concursal de liquidación, y a propósito del incidente de impugnación de créditos (Art. 71 y 175), en caso de controversias entre las partes del concurso (Art. 131), en la audiencia de determinación del pasivo con derecho a voto (Art. 190), en el incidente de mala fe del deudor (Art. 169 A), y arbitraje concursal (Art. 298).

²²⁸ Art. 8 de la ley 20.720.

²²⁹ Casarino Viterbo, Mario (2008). Manual de Derecho Procesal, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 48

la mera subjetividad del juzgador²³⁰. En ello toman preponderancia los conocimientos compartidos por la humanidad que permiten un seguimiento inferencial objetivo, mediante reglas lógicas permanentes, estables y universales, con máximas de la experiencia que son generalizaciones de alta frecuencia estadística, y a través de principios científicamente afianzados por métodos de refutación y corroboración experimental, reglas que en definitiva surgen como idóneas para darle validez intersubjetiva al razonamiento sobre la determinación de los hechos²³¹.

Este control de racionalidad se refiere directamente a la fundamentación del razonamiento del juez, que puede explicarse en la medida en que el juez controle el fundamento de su propio razonamiento sobre las pruebas desarrollándolo mediante criterios racionales (*ex ante*), y en la medida que la validez del razonamiento del juez pueda ser verificada posteriormente por otros sujetos mediante los mismos criterios a través del control sobre la motivación del juicio de hecho (*ex post*)²³². En ello, la imparcialidad del juez debe encontrarse *ex ante* en la controversia, y expresarse en el curso del proceso como articulador de esta garantía fundamental, susceptible de un control externo que reproduzca el modo en que el juez ejerce sus poderes, y como cumple con el respeto de los principios y garantías que aseguran una solución justa y correcta de la controversia²³³.

Esta actividad de fundamentación implica que luego pueda ser reconstruida la conexión final entre los medios de prueba presentados y la verdad o falsedad de los enunciados en conflicto, informando si las pruebas disponibles apoyan una conclusión y en qué grado se considera verdadera, recorriendo el hilo del cómo se determina la credibilidad de cada medio de prueba (peso probatorio)²³⁴. Dicho de otro modo, que sea posible una corrección epistémica de las operaciones cognitivas que conectan prueba con afirmaciones de hecho e inferencias con significados posible de normas, y una corrección axiológica sobre juicios de preferencia entre interpretaciones jurídicamente posibles y la solidez de las

²³⁰ Maturana Baeza, Javier (2014). Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba. Pág. 102.

²³¹ Maturana Baeza, Javier (2018). En busca de la sana crítica. En: La sana crítica bajo sospecha. Ed. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Pág. 82-83.

²³² Taruffo, Michele (2002). La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer. Trotta Editorial. Pág. 422.

²³³ Taruffo, Michele (2009). La Cultura de la Imparcialidad en los Países del *Common Law* y de *Derecho Continental*. Ed. Marcial Pons. Pág. 53.

²³⁴ Taruffo, Michele (2009). La Prueba. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons. Pág. 132.

razones que las apoyan, para comprobar cómo se asigna valor a la prueba y se estima la suficiencia del material probatorio, y en ello encontrar la corrección lógica sobre las operaciones de subsunción libres de contradicciones²³⁵.

3.3. Sobre el estándar probatorio

En este punto me referiré a las reglas de estándar probatorio, entendiendo estas como aquellas reglas de suficiencia o umbral que autorizan adoptar una decisión sobre determinadas pruebas, como una regla de distribución de errores que refleja la preferencia del legislador de tolerar una determinada clase de error, y como regla moral que da cuenta de los rasgos principales del fenómeno que se administra en el procedimiento, funciones que tienen el potencial de denotar el tipo de problema moral que pretende administrarse por el Estado, dando luz sobre el sentido de las reglas del procedimiento²³⁶.

Esta regla del estándar supone una decisión judicial errónea sobre los hechos, en tanto distribuye ese riesgo en función a los bienes jurídicos o valores involucrados, sirve para adoptar una decisión sobre una hipótesis fáctica, y sirve de guía sobre la intensidad de la actividad probatoria requerida para superar ese estándar²³⁷. Esto permite ver el grado de corrección de ese error en la decisión judicial, para determinar si ella se encuentra racionalmente justificada respecto de su premisa normativa (argumentos interpretativos), si la premisa fáctica cuenta con prueba válida que la apoye (valoración), y si ello lo es en grado suficiente para decidir (estándar de prueba)²³⁸.

También, esta regla del estándar de prueba permite justificar la aceptación o rechazo de una proposición fáctica en un proceso judicial, a pesar de las condiciones de incertidumbre en las que tiene lugar, determinando la suficiencia de corroboración que requiere una proposición fáctica, donde un mínimo que permita afirmar un hecho por estar más corroborado que su negación (o que proposiciones incompatibles) resulta ajustarse a

²³⁵ Carbonell Bellolio, Flavia (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 316.

²³⁶ Valenzuela Saldías, Jonatan (2019). El juez y la prueba: Sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Pág. 11.

²³⁷ Carbonell Bellolio, Flavia (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 299.

²³⁸ *Íbid.* Pág. 312.

una directiva racional de valoración de la prueba, en tanto funcional al fin de averiguación de la verdad²³⁹.

De esta manera, este umbral o margen nos provee una referencia sobre aquél grado de justificación necesario para dar por concurrente un hecho subsumible en una determinada descripción normativa, dando pautas sobre aquel contenido epistémico necesario para dar por aceptada (probada) una determinada hipótesis presentada en un proceso judicial, develando así *a priori* la carga probatoria (como actividad) que debe satisfacer el interesado para lograr aceptación judicial de su pretensión (un resultado). Dicho de otro modo, la intención de un umbral o estándar de prueba es otorgar al investigador una pauta que le permita considerar probado un hecho cuando la relación entre los avales epistémicos justifica la aceptación de la conclusión como probada²⁴⁰.

Con lo anterior, si nos enfocáramos en el procedimiento de liquidación voluntario, y considerásemos una tesis formalista (no racional) para dar por concurrente el presupuesto objetivo del concurso, eso no refleja ni siquiera un estándar mínimo de suficiencia probatoria, pues el solo reconocimiento de un estado patrimonial crítico acompañado de ciertas formalidades (declaraciones) bastaría para entender acreditada una incapacidad financiera, lo que supondría indiferencia de nuestro legislador de que existan procedimientos de liquidación concursal de patrimonios que no se encuentren en un estado crítico financiero (falso positivo), al precisamente no exigir acreditar ningún desbalance (aún aritmético) entre activos y pasivos (líquidos y exigibles), por ejemplo. En ello, el simple reconocimiento voluntario de incapacidad financiera, premunido de determinados insumos epistemológicos confeccionados con la misma voluntad, bastarían para dar por concurrente una incapacidad financiera o insolvencia, pareciendo ello (el reconocimiento) un indicio que justificaría aceptar la concurrencia del presupuesto objetivo (hecho desconocido), y a ello dar el carácter de presunción judicial (que racionalmente no lo es²⁴¹).

²³⁹ Accatino Scagliotti, Daniela (2011). Certezas, Dudas y Propuestas en torno al Estándar de Prueba. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII. (2° Sem.). Pág. 486.

²⁴⁰ Laudan, Larry (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho. Pág. 104.

²⁴¹ Un examen formal de los antecedentes acompañados a la solicitud voluntaria no podría considerarse suficiente para configurar una presunción judicial (Art. 426, CPC), pues el carácter grave, preciso y

En efecto, una presunción se compone de un hecho base conocido o proposición base como punto de partida del razonamiento presuntivo que realiza el legislador o el juez, de un hecho presumido que es desconocido y representa el punto final de la presunción (en tanto hecho difícil o imposible de acreditar, o no acreditado), y un enlace formado por un enunciado general que permite vincular el hecho base con el presumido, esto es, una máxima de la experiencia²⁴². En esto, las presunciones legales (o jurisprudencial, o convencional) no son una inferencia que va de un hecho conocido a uno desconocido, sino una regla jurídica que dispensa la necesidad de acreditar un hecho (debe probarse lo contrario), y las presunciones simples (judiciales) si importan un razonamiento en que la prueba de un hecho sirve como sustento para inferir la existencia de otro hecho, produciendo consecuencias en la determinación de los hechos²⁴³.

Por ello, creo que el valor verdad que debe justificar toda decisión judicial, aun en este escenario no contradictorio, debe comprender un examen sustantivo de los antecedentes presentados al juez, que al menos permitan corroborar la veracidad o verificabilidad de las deudas que se declaran adeudadas, y de los bienes que se estiman insuficientes para dar solución a ellas, ya que de otro modo no sería la incapacidad financiera o insolvencia el presupuesto que originaría la apertura del concurso.

Por su lado, en cuanto a la liquidación concursal forzosa, que permite un contradictorio muy restringido en cuanto hipótesis que pueden enervar dicha acción, ello también evidenciaría un estándar de prueba cautelar como grado de suficiencia exigido para entender configurada la incapacidad financiera, lo cual distribuye el error favoreciendo un falso positivo (liquidar a un solvente) por sobre un falso negativo (no liquidación de un insolvente), ya que una vez iniciado el procedimiento de liquidación el demandado dispondrá de un reducido campo de defensa, pues de no allanarse a la liquidación (reconocimiento de su incumplimiento)²⁴⁴, o de no preferir un procedimiento de

concordante (Art. 1712, CC) solo podría ser alcanzado mediante un examen material controlable intersubjetivamente (de no aceptar la íntima convicción como sistema de prueba).

²⁴² Gama Leyva, Raymundo (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental. Revista de Estudios de la Justicia N.º 19. Pág. 70.

²⁴³ *Ibid.* Pág. 75.

²⁴⁴ Aún en este escenario, el allanamiento del deudor no debería ser suficiente dados los intereses involucrados, que exceden la mera esfera privada de las partes, ya que la insolvencia o incapacidad financiera

reorganización judicial (estado previo a la incapacidad financiera), su oposición no podrá fundarse en una falta de liquidez transitoria (de normal ocurrencia en el tránsito comercial), o de su efectiva salud patrimonial general, sino que deberá indefectiblemente ceder a la liquidación de sus activos. En estas condiciones, el mero indicio (hecho revelador) sería el umbral de suficiencia, pues acreditando el demandante al menos el incumplimiento de una obligación que conste en título ejecutivo, se dará inicio a un procedimiento concursal de liquidación. Con ello, daríamos cuenta que el ordenamiento jurídico prefiere afectar el derecho de propiedad del no insolvente, por sobre el crédito público de los acreedores, sin considerar la entidad del no insolvente ni de las acreencias del colectivo de acreedores. En esto, es cuestionable aceptar la afectación prioritaria al derecho de propiedad y al derecho a desarrollar actividades económicas, pues retrotraer los efectos materiales y jurídicos de una resolución de liquidación concursal resultan improbables dado los efectos jurídicos que se liberan y ejecutan en forma inmediata, aun cuando una afectación del crédito público dependerá de la entidad y relevancia del patrimonio insolvente, cuestiones que justifican considerar un estándar probatorio que prefiera tolerar en mayor medida un falso negativo como mejor hipótesis de error tolerada, considerando además que resulta improbable que una empresa o persona de tal entidad (que en mayor medida afecte al crédito público) no refleje objetivamente su situación financiera frente a los desincentivos normativos en tal sentido²⁴⁵.

Dicho lo anterior, es relevante el hecho que en la discusión parlamentaria se puso cierto énfasis en la celeridad que requería el proceso concursal como instrumento adecuado a las exigencias actuales, y en este afán no hubo alusión alguna por morigerar el rol de la judicatura en tanto agente encargado de evaluar la veracidad o falsedad de las narraciones que presenta un deudor o acreedor para provocar una liquidación concursal, aun entendiendo que la incapacidad financiera que justifica la normativa concursal es un estado patrimonial complejo que provoca efectos patrimoniales excepcionales, y en ese

son objeto de interés público, comprendiendo bienes jurídicos de terceros distintos del demandante y demandado.

²⁴⁵ Véase la ley N.º 21.595 sobre Delitos Económicos y la ley N.º 20.393 que Establece la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas.

sentido no sería congruente que el legislador haya optado por un estándar de prueba débil para justificar su concurrencia, más aún si en la discusión hubo opiniones en favor de una ponderación racional de los hechos justificativos de un proceso concursal de liquidación.

Así, el hecho que en la liquidación voluntaria haya sido eliminada la exigencia de una memoria que refleje las causas de la insolvencia lo habría sido con el único objeto de no dificultar el acceso al proceso concursal, favoreciendo ex ante la oportunidad de su declaración, pero ello no consideraba una reducción a la exigencia probatoria de justificar racionalmente la insolvencia. En efecto, el requisito de admisibilidad de la liquidación concursal voluntaria, de acompañar un estado de deudas con indicación de la naturaleza de sus créditos, permite producir prueba sobre deudas exigibles y otros vencimientos en el corto plazo, lo que, relacionado con el listado de bienes, permitiría identificar aquella incapacidad de pago que supone el proceso concursal de liquidación, dando mayor racionalidad a la decisión.

Por su lado, la causal de estar frente a un incumplimiento del deudor para iniciar la liquidación forzosa no podría razonablemente por sí ser suficiente para justificar o presumir una insolvencia, ello nunca fue así considerado en la normativa pretérita, y el hecho que no haya sido consignada expresamente una regla que obligue al juez indagar sobre la efectividad del mal estado de los negocios no significa relativizar o prescindir del deber de la judicatura de conocer y juzgar la insolvencia, considerando los intereses en juego, y los efectos en terceros ajenos al contradictorio (debido proceso)²⁴⁶ dado por el efecto erga omnes de la resolución de liquidación concursal.

Finalmente, dado que la actual Ley Concursal reconoce el carácter especial de su materia, y expresamente dispuso la especialización de jueces y secretarios sobre esta ley y de leyes especiales para conocer y juzgar las mismas, deberíamos entonces orientar su comprensión en forma distinta, como la pretendida en este trabajo (tesis materialista), que revierta la tendencia a considerar aplicable el estándar de prueba aligerado que utiliza alguna jurisprudencia de nuestros tribunales superiores (tesis formalista), pues de seguir esta última tendencia estamos dando la señal que el fin de esta Ley Concursal es liquidar

²⁴⁶ Art. 76, CPR.

patrimonios sin considerar el grado de error epistémico y axiológico que envuelve dicha decisión, en tanto al mínimo indicio de iliquidez la ley en comento sirve como herramienta de liquidación, no obstante que su fundamento es morigerar los efectos negativos asociados a la insolvencia, por lo que en primer término no debería generarla, como lo sería en todos aquellos casos en que se decreta la liquidación de un solvente (tendencia según la distribución del error actual), siendo así necesario abogar por un entendimiento del estándar probatorio que suponga enervar este efecto indeseado.

Al respecto, considero importante mencionar que el TC ha señalado que la legislación concursal cumple una función de garantía del orden público económico, en un sistema económico fundado en la libre iniciativa, el derecho de propiedad y la plena circulación de los bienes, la seguridad jurídica y la efectividad de la cadena de pagos, sin los cuales no puede funcionar de manera eficiente²⁴⁷, en que el juicio ejecutivo individual y colectivo responden a necesidades y finalidades diferentes, tutelan bienes de distinta connotación y trascendencia, donde este último excede el interés individual del acreedor petionario a cuya tutela exclusiva se encuentra en el ejecutivo individual²⁴⁸, y donde el régimen de procedimiento concursal de liquidación forma parte de un instituto procesal amparado por la CPR. en el numeral 21 de su artículo 19, que asegura a las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, y cuya principal dificultad normativa de este procedimiento consiste en otorgar garantías efectivas que permitan materializar el contenido constitucional de esa clase de derechos fundamentales, lo que supone debe orientación a solucionar los problemas de insolvencia de las empresas que no gocen de viabilidad económica, estableciendo para ello un procedimiento expedito y eficaz que salvaguarde tanto los derechos de los acreedores como de deudores²⁴⁹.

²⁴⁷ TC, Rol 1.414-2010, considerando vigésimo primero y vigésimo segundo.

²⁴⁸ TC, Rol 2.757-2016, considerando vigésimo segundo.

²⁴⁹ TC, Rol 4.313-2018, considerando décimo primero.

Conclusiones

A lo largo de este trabajo, que ciertamente trata de abarcar algunos aspectos que considero relevantes al momento de adoptar la decisión de liquidar el patrimonio de una persona natural o jurídica, se pretende revelar que los aspectos epistémicos relativos a la identificación racional del fenómeno de la insolvencia (prueba), así como los aspectos axiológicos que justifican la forma de aproximarse y dar solución a dicho problema (valores), son cuestiones insoslayables tratándose de intereses de carácter fundamental en el funcionamiento y justificación del Estado de Derecho, en cuanto institución encargada de proteger el derecho de propiedad y la libre iniciativa en materia económica, dentro de un marco normativo que justifica y legitima su actuar.

Para ello, es imprescindible que la decisión judicial de iniciar un proceso concursal de liquidación se alcance mediante una corrección epistémica que tome como parámetro de contraste la viabilidad como supuesto necesario de una reorganización, y los avales epistémicos dispuestos normativamente para evaluar precisamente una propuesta de reorganización, en tanto estos permiten identificar racionalmente este hecho institucional (controlable intersubjetivamente) como supuesto que obstaría el inicio de una liquidación concursal, en tanto este último se justifica precisamente en la ausencia de viabilidad (incapacidad financiera) de una persona o empresa deudora.

En esta labor de corrección, el aspecto axiológico desarrollado resulta ser de gran utilidad para encontrar la justificación de la regulación concursal y por cierto de la actividad jurisdiccional dentro de un Estado de Derecho, donde la judicatura debería considerar y orientar su actividad bajo una corrección axiológica de la decisión de liquidación concursal que tome como parámetro de ajuste el reconocimiento del derecho de propiedad como derecho fundamental junto con las garantías dispuestas por el ordenamiento jurídico para su eficaz protección, y el reconocimiento del derecho a la libre iniciativa en materia económica junto con la protección del crédito público como garantía de aquel, con tal de favorecer el bien común que justifica la actividad del Estado, y especialmente para lograr el *reemprendimiento* de lo viable (reorganizando) y lo no viable (liquidando) en forma coherente con estos derechos y garantías.

Bibliografía

Doctrina:

- Accatino Scagliotti, Daniela (2011). Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXVII (2° Semestre). Pág. 483-511.
- Accatino Scagliotti, Daniela (2019). Teoría de la prueba ¿somos todos “racionalistas” ahora?. Revus 39 / 2019. <https://journals.openedition.org/revus/5559>.
- Acta Comisión Ortuzar, Tomo IV, Sesión 116º del 24 de abril de 1975. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/formacioncivica/constituciones.html>.
- Aldunate Lizana, Eduardo (2006). Limitación y expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad. Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N.º 2. Pág. 285-303.
- Alsina Cavia, Hugo (2016). Defensas y Excepciones. Fundamentos del Derecho Procesal Moderno, Tomo II. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar. Pág. 185-242.
- Araya Paredes, Ignacio y Bofill Genzsch, Octavio (2013). Análisis y Comentarios a la Reforma al Régimen Concursal Chileno. Revista de Derecho, Escuela de Postgrado N.º 4. Pág. 281-324.
- Araya Paredes, Ignacio (2021). Las facultades del juez concursal en la liquidación voluntaria. Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial, Tirant lo Blanch. <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413787374?showPage=1>. Pág. 175-196.
- Bendfeld Escobar, Johann (2021). “De la prueba de los hechos a la verificación del supuesto normativo. Hechos institucionales”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 48 N.º 2. Pág. 125-147.
- Bordalí Salamanca, Andrés (2007). Los Poderes del Juez Civil, Proceso Civil Hacia una nueva justicia civil. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 179-203.
- Cabrillo Rodríguez, Francisco (1989). Quiebra y Liquidación de Empresas. Unión Editorial. Madrid.

- Carbonell Bellolio, Flavia (2015). Sobre La Idea de Decisión Judicial Correcta, Analisis e Diritto. https://www.marcialpons.es/media/pdf/Analisi_e_diritto_2015.pdf
- Carbonell Bellolio, Flavia (2021). El lugar del error en el diseño de los procesos judiciales. Fundamentos filosóficos del derecho procesal. Ed. Tirant Lo Blanch. Pág. 293-323.
- Carbonell Bellolio, Flavia y Letelier Wartenberg, Raúl (2020). Debido proceso y garantías jurisdiccionales. Curso de derechos fundamentales, capítulo X. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 366-368.
- Carrasco Delgado, Nicolás (2018). Tres Razones para la Utilización de la Eficiencia en el Derecho Procesal Concursal, Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 30. Pág. 55-85.
- Carrasco Delgado, Nicolás (2020). Los Costos del Error Concursal: Una Visión Dogmática, Revista de la Facultad de Derecho, N.º 48. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652020000101104&script=sci_arttext.
- Carrasco Delgado, Nicolás (2020). El concurso desde una perspectiva procesal. Revista de Derecho, Coquimbo. Vol. N.º 27. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0001>.
- Casarino Viterbo, Mario (2008). Manual de Derecho Procesal, Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile.
- Contreras Vásquez, Pablo (2016). Aspectos constitucionales del debido proceso en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. El Debido Proceso. T.IV: Desde una visión Latinoamericana, ciudad de México. Tirant lo Blanch.
- Cordero Quinzacara, Eduardo (2006). La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno. Revista de Derecho de Valdivia. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502006000100006>.
- Dei Vecchi, Diego (2020). Prueba libre, justificación epistémica y el noble sueño de los estándares de prueba. Revista de derecho, Valdivia. Vol. XXXIII, N.º 2. Pág. 25-48.
- Ezurmendia Alvarez, Jesús (2021). Definitividad y cosa juzgada como reglas contra-epistémicas en el proceso civil. Proceso, Prueba y Epistemología, 2021. Pág. 541-577.
- Ferrajoli, Luigi (1997). Jurisdicción y Democracia, en Jueces para la Democracia N.º 29. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174714>. Pág. 3-9.
- Ferrajoli, Luigi (1999). Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil. Ed. Trotta.

- Ferrer Beltrán, Jordi (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj8ODDyYb8AhUwG7kGHRxPBJQQFnoECBAQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F668796.pdf&usg=AOvVaw0pgbf-PsBV5NvuHpyY9AAa>
- Ferrer Beltrán, Jordi (2011). Apuntes sobre el Concepto de Motivación de las Decisiones Judiciales. <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/200/575>
- Ferrer Beltrán, Jordi (2017). Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632/pdf>
- Ferrer Beltrán, Jordi (2018). Prueba y Racionalidad en las Decisiones Judiciales. Prolibros Ediciones, Valparaíso.
- Gama Leyva, Raymundo (2013). Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental. Revista de Estudios de la Justicia N.º 19. Pág. 65-89.
- Goldenberg Serrano, Juan (2012). El Problema Temporal en el Inicio de Los Procedimientos Concursales. Revista Ius et Praxis, Año 18, N.º 1. Pág. 315-346.
- Goldenberg Serrano, Juan (2013). Bases para la Privatización del Derecho Concursal. Revista Chilena de Derecho Privado, N.º 20. Pág. 9-49.
- Goldenberg Serrano, Juan y Jequier Lehueldé, Eduardo (2019). Dos problemas basales de la ley concursal chilena a 5 años de su entrada en vigencia. Derecho Concursal Iberoamericano, Realidad y Perspectivas. Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal. https://www.institutoiberoamericanoderechoconcursal.org/images/instituto/libro-2019/Derecho_Concursal_Iberoamericano.pdf. Pág. 155-169.
- Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo (2010). El Derecho de Quiebras, Editorial Jurídica de Chile.
- Informe de Comisión de Constitución, Segundo Trámite Constitucional ante la Cámara de Diputados. Historia de la Ley N.º 20.72. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>.
- Jequier Lehueldé, Eduardo (2021). La prueba del presupuesto objetivo del concurso voluntario en la ley chilena. Criterios jurisprudenciales a tres años de vigencia de la Ley N.º

20.720; Ponencias de las IX Jornadas Chilenas de Derecho Comercial; Tirant lo Blanch.
<https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788413787374?showPage=1>. Pag. 159-173.

- Jequier Lehueldé, Eduardo (2016). Nuevas Tendencias para la Reorganización de Empresas Insolventes en la Legislación Chilena. Estudios de Derecho Concursal. La Ley N.º 20.720, a un año de su vigencia, Santiago de Chile. Thomson Reuters.

- Larrocau Torres, Jorge (2012). Hacia un estándar de prueba civil. Revista Chilena de Derecho, Vol. 39 N.º 3.

- Laudan, Larry (2005). Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28. Pág. 95-113.

- Lopez Masle, Julián (2006). Debido Proceso en Chile. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Ed. Lexis Nexis. Pág. 181-207.

- Maturana Baeza, Javier (2014). Sana Crítica. Un sistema de valoración racional de la prueba. Legal Publishing - Thomson Reuters.

- Maturana Baeza, Javier (2018). En busca de la sana crítica. En: La sana crítica bajo sospecha. Ediciones Universitarias de Valparaíso. Pág. 67-89.

- Puga Vial, Juan (2016). Derecho concursal del Procedimiento Concursal de Liquidación Ley 20.720, 4ª Ed., Editorial Jurídica de Chile.

- Stein, Alex (2013). Contra la Prueba Libre. Revista de Derecho (Valdivia). Volumen XXVI, N.º 2, Pág. 245-261.

- Taruffo, Michele (2009). La Cultura de la Imparcialidad en los Países del *Common Law* y de *Derecho Continental*. Trad. Maximiliano Aramburo. Ed. Marcial Pons.

- Taruffo, Michele (2002). La prueba de los hechos. Trad. Jordi Ferrer. Editorial Trotta, Madrid, 2ª Edición.

- Taruffo, Michele (2009). La Prueba. Trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán. Marcial Pons.

- Taruffo, Michele (2008). Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. <https://www.cervantesvirtual.com/obra/algunas-consideraciones-sobre-la-relacion-entre-prueba-y-verdad/>
- Taruffo, Michele (2008). La prueba. Trad. Laura Martínez y Jordi Ferrer. Marcial Pons, Madrid.
- Taruffo, Michele. (2013). Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. <https://latam-tirantonline-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/info/9786077081791>
- Mensaje Presidencial de la Ley N.º 20.720, de 15 de mayo de 2012. Biblioteca del Congreso Nacional.
<https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/44602/2/HL20720.pdf>
- Mensaje Presidencial de la Ley N.º 21.563, de 2 de septiembre de 2020. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8164/>
- Montory Barriga, Gonzalo (2019). La propiedad constitucional: Limitaciones, privaciones, contenido esencial. Tirant Lo Blanch.
- Nash Rojas, Claudio y Núñez Donald, Constanza (2017) “Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia en Chile”. Revista Estudios Constitucionales, Año 15.
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art02.pdf>.
- Nieva Fenolli, Jordi. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal, Vol. I. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.
- Nieva-Fenoll, Jordi. (2020). Carga de la prueba y estándares de prueba: dos reminiscencias del pasado. Estudios de Derecho, 77 (170). DOI: 10.17533/udea.esde.v77n170a05. Pág. 117-148.
- Segundo Informe de Comisiones Unidas, Primer Trámite Constitucional ante el Senado. Historia de la Ley N.º 20.720, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>

- Segundo Informe de Comisión de Economía, Segundo Trámite Constitucional ante el Senado. Historia de la Ley N.º 21.563. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>.
- Valenzuela Saldías, Jonatan (2019). El juez y la prueba: Sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Varas Braun, Juan (2003). Limitaciones a la Propiedad: Una Perspectiva Civil. La Constitucionalización del Derecho Chileno, Editorial Jurídica de Chile.

Jurisprudencia:

- Corte Suprema de Justicia, Rol 9.432-2013, sentencia de casación fecha 7 de abril de 2014.
- Corte Suprema de Justicia, Rol 5.053-2017. Sentencia de casación de 26 de septiembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia, Rol 20.607-2018. Sentencia de casación de 11 de julio de 2019.
- Corte Suprema de Justicia, Rol 50.467-2020. Sentencia de casación de 24 de julio de 2020.
- Corte Suprema de Justicia, Rol 98.507-2022. Sentencia de casación de 30 de septiembre de 2022.
- Tribunal Constitucional, Rol 1.414-2010. Sentencia de inaplicabilidad de 14 de septiembre de 2010.
- Tribunal Constitucional, Rol 2.643-2014. Sentencia de inaplicabilidad de 27 de enero de 2015.
- Tribunal Constitucional, Rol 2.757-2016. Sentencia de inaplicabilidad de 12 de enero de 2016.
- Tribunal Constitucional, Rol 3.110- 2016. Sentencia de inaplicabilidad de 20 de marzo de 2018.
- Tribunal Constitucional, Rol 4.313-2018, Sentencia de inaplicabilidad de 25 de junio de 2019.
- Tribunal Constitucional, Rol 11.715-2021. Sentencia de inaplicabilidad de 17 de marzo de 2022.

- Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 950-2018. Sentencia en recurso de queja de 26 de diciembre de 2018.
- Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 18-2020 (libro civil). Sentencia en recurso de apelación de 20 de abril de 2020.