

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE.
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y
SOCIALES.
ESCUELA DE DERECHO.



“La nueva orientación del derecho concursal chileno luego de la dictación de las Leyes 20.004 y 20.073: ¿un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?”

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Alumno: Carlos Guillermo Ellenberg Oyarce.
Profesor Patrocinante: Carlos Carnevali Dickinson.

Valdivia, Diciembre de 2006.

Valdivia, 14 de diciembre de 2006

Sr.

Juan Andrés Varas Braun

Director Instituto de Derecho Privado

Presente

Estimado Director:

En cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento correspondiente, hago llegar a Ud. la evaluación de la Memoria de Prueba de don Carlos Guillermo Ellenberg Oyarce titulada “La nueva orientación del derecho concursal chileno luego de la dictación de las Leyes 20.004 y 20.073: ¿un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?”.

Para un mejor entendimiento de la evaluación de dicha Memoria de Prueba, útil es ordenarla tal como se hace en el trabajo, esto es, comenzando por los contenidos de la introducción, y siguiendo con cada uno de los tres capítulos en los cuales se divide, las conclusiones y la bibliografía.

La Memoria de Prueba comienza con una breve introducción que cumple la función de enmarcar este estudio dentro de la disciplina del Derecho Comercial y exponer los objetivos de la Memoria y la forma como se estructura la misma.

En el primer capítulo, denominado “Derecho Concursal y Empresa en Crisis: Conceptos Generales”, ya se observa la calidad del trabajo de investigación. En efecto, a diferencia de lo que ocurre habitualmente en este tipo de trabajos, donde se explican en términos muy generales algunos conceptos muy conocidos, aquí el alumno escapa del simple derecho de quiebras para dar una completa visión al lector acerca del derecho concursal en general y su relación con la empresa en crisis, entregando una visión más global de un problema frecuente en la vida empresarial. Debemos tener presente que nuestra doctrina históricamente ha reducido el derecho concursal al simple estudio del procedimiento o juicio de quiebra, por lo que la Memoria que ahora se informa responde plenamente a las modernas tendencias que incorporan el salvamento de las empresas en crisis.

El segundo capítulo, titulado “Historia Legislativa de la Quiebra en Chile y los Principios Orientadores de la Nueva Regulación”, cumple una función esencial en la investigación por cuanto otorga el marco teórico necesario, desde un punto de vista histórico, pero principalmente al señalar los principios que orientan las modificaciones legislativas estudiadas, para que el lector pueda comprender adecuadamente el significado de tales reformas y las posteriores conclusiones del autor.

El tercer capítulo, denominado “Las Reformas en concreto”, falla únicamente en el título, que resulta insuficiente respecto a los contenidos que abarca. En

este capítulo el alumno realiza una revisión de las modificaciones introducidas a la Ley de Quiebras, revisión que resulta muy bien ordenada y clara para cualquier lector, sobre todo en materia de convenios, por lo que igualmente resulta ser de interés. Sin embargo, y por tal motivo decimos que el título falla, el capítulo es mucho más que una simple relación de las reformas a dicha normativa. Contiene la consideración del autor sobre el rol de la quiebra a la luz de las modificaciones introducidas, opinión que emite en forma fundada y nuevamente relacionando la quiebra, y las modificaciones introducidas a su regulación, con materias generalmente ajenas al estudio jurídico de ésta.

La Memoria de Prueba termina con las "Conclusiones", que resultan coherentes con los capítulos anteriores revisados, ordenando aún más las materias tratadas en la Memoria. Sin embargo, hay que tener presente que las conclusiones del autor ya se habían formulado en el capítulo tercero.

Por último, la bibliografía utilizada es bastante completa y demuestra lo exhaustiva que fue la investigación realizada, exhaustividad que nuevamente llama la atención en un trabajo de este tipo.

En virtud de lo anterior, me es grato informar a Ud. que la evaluación de la Memoria de Prueba ya individualizada es de un siete coma cero (7,0). Por tal motivo, se autoriza para empaste.

Saluda atentamente a Ud.



Carlos Carnevali Dickinson
Profesor de Derecho Comercial

INDICE

Introducción	1
Capítulo I: DERECHO CONCURSAL Y EMPRESA EN CRISIS: CONCEPTOS GENERALES.	
1. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de derecho concursal?.....	2
2. Breve exposición sobre el fin del derecho concursal a través de los tiempos: su evolución desde el derecho concursal clásico al moderno.....	5
3. El crédito y la insolvencia.....	7
4. Determinación del estado de crisis económica.....	11
Capítulo II: HISTORIA LEGISLATIVA DE LA QUIEBRA EN CHILE Y LOS PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA NUEVA REGULACIÓN.	
1. Discurso sobre la evolución legislativa de la quiebra.....	13
2. Principios que orientan las reformas de 2005 al derecho concursal chileno.	
2.1. Principio de conservación de la empresa en crisis.....	16
2.2. Principio de igualdad o paridad concursal.....	23
2.3. Principio de buena fe.....	24
2.4. Principio del aumento del poder de los órganos concursales.....	25
Capítulo III: LAS REFORMAS EN CONCRETO.	
1. Modificaciones a la legislación concursal en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la Superintendencia de Quiebras.....	26
1.1. Reformas al estatuto de los síndicos.....	27
1.2. Facultades de la Superintendencia de Quiebras.....	31
1.3. Modificaciones dentro del procedimiento de quiebra que tienen por objeto velar por la integridad del patrimonio del deudor.....	33
2. Modificaciones en materia de convenios concursales.....	34

3.	Nuestra consideración sobre el rol de la quiebra en la actualidad nacional....	40
	Conclusión	46
	Bibliografía	47

INTRODUCCION.

El derecho concursal es una disciplina que debería ser objeto de permanente evolución legislativa. Así ha ocurrido a partir de la segunda mitad del siglo XX en los sistemas concursales europeos, anglosajones y sudamericanos más desarrollados. Este llamado a una revisión constante de las instituciones concursales por parte del Estado no es un mero capricho legislativo ni un vano esfuerzo de doctrina experta en concursos, sino más bien el reconocimiento de que el enfoque normativo de los bienes jurídicos resentidos por una situación de insolvencia, esto es, aquellos bienes jurídicos tutelados en última instancia por el derecho concursal, evoluciona de década en década. Por esta consideración, los fundamentos del derecho concursal han debido actualizarse.

El legislador patrio no hizo caso omiso a este llamamiento. Pese a un mediano retraso en relación a las experiencias normativas de países de la región, se dictaron en el año 2005 dos leyes que modificaron adjetiva y sustantivamente las normas de concursos en nuestro país, esto es, la Ley N° 20.004 publicada en el Diario Oficial de 8 de marzo de 2005 y la Ley N° 20.073, de fecha 29 de noviembre de 2005, respectivamente.

El objetivo general de la presente memoria de prueba consiste en exponer el estado actual del derecho concursal nacional luego de las modificaciones introducidas por las leyes señaladas para, a partir de ello, determinar cuál es el impacto y alcance actual de la quiebra como concurso alternativo y excluyente a los convenios.

Con vistas a tal fin, se ha estructurado este trabajo en tres capítulos y las respectivas conclusiones finales.

El primero de ellos intenta determinar el uso correcto de las expresiones que informarán todo el transcurso de esta memoria, a fin de evitar confusiones en su lectura. En consecuencia, se explica cuál es el lugar adecuado asignado a las voces *sistema concursal*, *derecho concursal*, *derecho de quiebra*, *quiebra*, etc. Se ofrece un panorama general acerca de la evolución de los fundamentos del derecho concursal a través de los tiempos y el enmarque adecuado de su objeto de estudio, esto es, la insolvencia patrimonial.

El segundo capítulo es expositivo, cuando no valorativo, de la evolución legislativa de la quiebra en Chile y los principios orientadores que extraemos de las modificaciones de 2005. Estos principios son parte del fondo de la completa exposición escrita y van a determinar irremediablemente cuál es la tendencia universal de las normas concursales, de manera que en consideración a ellos deben entenderse todas las reflexiones que se hagan sobre la quiebra.

Un tercer y último capítulo intenta ilustrar sintéticamente cuáles son las modificaciones más importantes en materia de órganos concursales, procedimiento de quiebra y convenios. A continuación, a partir de todo lo que se haya mencionado precedentemente, se expone como colofón cuál es nuestro planteamiento sobre la quiebra, la posición que en la legislación actual ocupa, y sus ventajas y puntos en contra como medio de tratamiento de la insolvencia.

CAPITULO I

DERECHO CONCURSAL Y EMPRESA EN CRISIS: CONCEPTOS GENERALES.

1. ¿A qué nos referimos cuando hablamos de derecho concursal?

La remisión a la expresión *derecho concursal* será un recurso omnipresente en este trabajo; de ahí el afán por delimitar, en nuestra perspectiva, cuál sería el correcto sentido y alcance que debe otorgarse a dicho término, amén de una necesaria higiene lingüística en un tema no exento de contradicciones (como es propio en la generalidad de las instituciones de derecho), para así no caer en confusiones terminológicas y errores interpretativos.

Con el propósito de ilustrar y estructurar nuestro planteamiento diremos, *prima facie*, que el derecho concursal se sirve de una serie de procedimientos concursales (o simplemente concursos) para intervenir y dar solución al problema de la insolvencia patrimonial. En palabras de Zalaquett Daher, “*un procedimiento es concursal cuando tutela en un pie de igualdad la totalidad de las relaciones jurídicas referidas a un patrimonio determinado, y lo hace con todos los bienes de ese patrimonio*”¹. Concepto anejo al anterior es la expresión “sistema concursal”, que corresponde al “*conjunto de mecanismos jurídicos, económicos y administrativos que se establecen en un país, en un momento dado, para enfrentar el fenómeno de la insolvencia o crisis de una empresa o unidad económica*”². En definitiva, el sistema concursal confluye directamente en el derecho concursal, el que no es otra cosa que la regulación jurídica, en forma y oportunidad, de los mecanismos que contempla dicho sistema.

Ahora bien, no obstante la claridad teleológica de estos conceptos, tradicionalmente se ha identificado al derecho concursal con el concurso por antonomasia: la quiebra³. Esto es justificable en la medida que dicha institución sea el único remedio concursal para enfrentar una situación de insolvencia. Sin embargo, tal como tendremos ocasión de pasar revista, dicha concepción ha sido universalmente abandonada para optar por un derecho concursal que cuente, además de la quiebra, con mecanismos *paraconcursoales* y preventivos de una crisis empresarial por sobre un mecanismo netamente liquidatorio. Se ha explicado por ilustre doctrina italiana que derecho concursal es sinónimo de derecho de quiebras cuando esta expresión es utilizada en sentido restringido o específico aludiendo sólo a la quiebra⁴, pero pese a ello, este tema es fuente de permanente confusión en la doctrina, legisladores y operadores jurídicos en general, quienes olvidan que esta rama del derecho se compone

¹ Zalaquett Daher, José F. “*La Causa de Declaratoria de Quiebra*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968, p. 23.

² Donoso Musiate, José Agustín. “*Los Convenios en Materia de Quiebra*”. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1994, p. 6.

³ En el sentido jurídico de concurso es que utilizamos aquí la expresión “quiebra”, a efectos de distinguirla de su corriente uso importando el *juicio de quiebras* propiamente tal o la discutible sinonimia entre *quiebra e insolvencia*.

⁴ Cfr. Provinciali, Renzo. “*Tratado de Derecho de Quiebra*”. Editorial A.H.R., Barcelona, España, 1958, p. 67.

también de diversos concursos con objetivos distintos a la quiebra. Una causa agregada, es la frecuente denominación que se otorga a las leyes de concursos como “leyes de quiebra”, tal como ocurre en Chile, tomando las palabras de Puga Vial, con “ese *engendro jurídico* que es la ley 18.175”⁵⁻⁶ (la cursiva es nuestra). Así, es la propia nomenclatura de la ley la que induce a considerar (más allá de la ampliación de su objeto en virtud de la modificación introducida al art. 1º por la Ley 20.073, en orden a considerar que trata de los concursos quiebra, convenios y cesiones de bienes), que es la quiebra el concurso más importante (dada la ubicación que se le reserva en la ley y la minuciosa regulación que de ella se hace en todo el procedimiento, en especial en la realización del activo), y que los otros concursos serían verdaderas normas apendiculares que dependerían de la suerte del procedimiento de quiebra, de modo que sería correcto asimilar derecho concursal a quiebra⁷. Por estas razones, desde ya consideramos la necesidad de adoptar una terminología legal moderna (que esperamos en Chile, luego de las reformas de 2005), *v.gr.*, como ocurre actualmente en México⁸.

Por las anteriores consideraciones y aceptando la tesis del carácter multidisciplinario del derecho concursal, en cuanto a la regulación jurídica de todos los concursos que contempla su sistema, adherimos al concepto que nos brinda Puga Vial, autor que concibe al derecho concursal como “*aquel conjunto de normas jurídicas sustantivas y adjetivas, formales y materiales, que tienden a regular, reprimir y aun evitar las secuelas de la insolvencia*”⁹. Esta definición tiene la bondad de incorporar a la regulación de este derecho diferentes tipos de concursos, ora preventivos de una crisis (como ocurre por regla general con el convenio judicial preventivo), ora administrativos (liquidación forzosa de un banco o institución financiera), ora de sede jurisdiccional (tal como ocurre con la cesión de bienes y paradigmáticamente con la quiebra).

Además, por otro lado, nos sirve para entender la calidad de tutela colectiva que se le atribuye a este derecho, por oposición a la ejecución meramente individual (concretada en el viejo adagio “*prior in tempore potior in iure*”). En efecto, se entiende que estas tutelas colectivas, materializadas en los procedimientos concursales, son aquellas que tienen el deber

⁵ Puga Vial, Juan Esteban. “*Derecho Concursal. El juicio de quiebras*”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 2004, p. 26.

⁶ Aunque para ser más precisos, en virtud de la dictación de la Ley 20.080 de noviembre de 2005 (que ordena incorporar la Ley 18.175 y sus modificaciones al Código de Comercio), tendríamos que criticar el mantenimiento de la denominación “De las Quiebras” que sigue ostentando el Libro IV del Código de Comercio.

⁷ En la investigación de nuestras fuentes encontramos una memoria de prueba que nos llama la atención y que agrega un ingrediente más a la confusión de ciertos autores. En efecto, don Eugenio Neira en su trabajo titulado “*Los Convenios en la Quiebra*”, define de una manera poco feliz al “derecho de quiebras” como “*el conjunto de normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del hecho económico de la quiebra*”. Luego, a partir del citado concepto, distingue dentro del derecho de quiebras, una serie de derechos conexos, como ocurre con el “derecho *administrativo* de quiebra” (sic), obviamente referido a la labor del síndico. Esta distinción, formulada para efectos meramente académicos, podría ocasionar en la práctica un problema interpretativo: en caso de conflicto, ¿qué normas prevalecerían, aquellas del derecho administrativo de quiebra (o sea los derechos y obligaciones que al síndico competen dentro de la quiebra) o aquellas que regulan el procedimiento propiamente tal? ¿cuál sería la jerarquía entre ellas? Cfr. Neira Alarcón, Eugenio. “*Los Convenios en la Quiebra*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1963, pp. 11-12.

⁸ Es así como a partir del 12-5-2000 rige en México un cuerpo normativo titulado “*Ley de Concursos Mercantiles*”.

⁹ Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 28.

de velar, en un plano de igualdad, por los derechos de todas las personas que se vean alcanzadas por la situación de insolvencia. Esta es la diferencia principal con las tutelas individuales: estas últimas se ejercen directamente sobre el patrimonio de una persona, de modo que descansan en la existencia de bienes y en la diligencia del acreedor ejecutante, el que podría contar con variados arbitrios para favorecer su posición en perjuicio de los otros, no respetándose el principio básico de igualdad concursal, conocido universalmente como *par conditio creditorum*. Es por ello que las tutelas colectivas, sean preventivas o reparativas, están llamadas a velar por la protección de los bienes tutelados, en último término, por el derecho concursal como derecho de la insolvencia. En este sentido, los tres principales bienes resentidos por la insolvencia son, a saber: la seguridad del crédito público, la igualdad jurídica de los acreedores y el funcionamiento adecuado del mercado en general y del sistema crediticio en particular, valor denominado “*de la fluidez macroeconómica*”¹⁰. Es precisamente por la protección de estos valores, que la aplicación de las tutelas colectivas tiene un carácter coercitivo mucho más grave e intenso que las defensas individuales, lo que obliga a aplicarlas solamente cuando las individuales no basten; en otras palabras, subsidiariamente¹¹. Trayendo a colación las palabras de Provinciali: “*casi todas estas normas (aquellas que integran el derecho concursal) son de carácter forzoso: ni el juez, ni las partes, aunque estén todas de acuerdo, las pueden derogar: expresión de la naturaleza publicística de los institutos regulados por las mismas normas*”¹².

Por último, dado el mencionado objeto de estudio de este derecho -y en un punto que es pacífico en la doctrina-, se entiende que el derecho concursal es complejo y que consta de normas de distintas ramas del derecho¹³. Sin embargo, en cuanto a sus cánones de interpretación, se mantiene que se trata de un *derecho especial*, por ser fiel reflejo de instituciones tradicionales del derecho, principalmente, del derecho procesal civil¹⁴.

¹⁰Cfr. Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., pp. 42-43. En similar sentido, Sandoval define el derecho concursal o de quiebras como el “*conjunto de normas que regula la cesación de pagos velando por el tratamiento igualitario de los acreedores, por los legítimos derechos y por los intereses de la comunidad, a través de su triple contenido, sustantivo, procesal y penal*”. Sandoval López, Ricardo. “*Derecho Comercial: La insolvencia de la empresa; derecho de quiebras; cesión de bienes*”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2004, p. 12.

¹¹ Cfr. Zalaquett Daher, José F. Op. cit., pp. 29-30. Como un necesario dato histórico, en tiempos pretéritos era común encontrar en legislaciones de influencia española, diversos tipos de ejecuciones colectivas. Así entonces, la quiebra y el derecho de quiebras, eran de aplicación reservada a deudores comerciantes, mientras que para el deudor civil se contemplaba una institución denominada “concurso”, cuya regulación sustantiva estaba otorgada a leyes de enjuiciamiento civil. Así ocurrió en Chile con el Código de Procedimiento Civil de 1902, en México con la derogada “Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos” de 1942 y extrañamente en el derecho soviético hasta la Revolución de 1917. Cfr. Vargas Vargas, Manuel. “*Tratado de la acción pauliana concursal (los efectos retroactivos de la declaración de quiebra en el derecho chileno y comparado)*”. Ediar Editores Ltda., Santiago, 1949, pp. 69-71.

¹² Provinciali, Renzo. Op. cit., p. 68.

¹³ En idéntico sentido: Provinciali, Renzo. Loc. cit., p. 68; Zalaquett Daher, José F., Op. cit., p. 26; Concha Gutiérrez, Carlos. “*El Proceso de Quiebras: su naturaleza jurídica*”. Editores López-Viancos, Santiago, 1971, p. 34; Rodríguez Espitia, Juan José. “*El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor*”, en Revista de Derecho Privado, “Procesos concursales y derecho procesal”, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, N° 34, Junio de 2005, p. 3; Chacón Cogler, Paola, en A.A.V.V.: “*Salvamento de las empresas en crisis*”. Román Rodríguez, Juan Pablo (c). Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 139.

¹⁴ Cfr. Provinciali, Renzo. Op. cit., p. 70; Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 32; Donoso Musiate, José Agustín. Op. cit. pp. 5-6. No obstante, el criterio no es tan claro cuando se abordan instituciones tan excepcionales del derecho concursal como la prohibición de ejecuciones, acumulación de juicios o el desasimio. ¿Dónde

2. Breve exposición sobre el fin del derecho concursal a través de los tiempos: su evolución desde el derecho concursal clásico al moderno.

¡La quiebra ya no es lo que era!

Bajo estas célebres palabras de Claude Champeaud¹⁵, tradicionalmente los estudiosos de concursos comentan la evolución de este tipo de procedimientos: es que no puede ser de otra manera si consideramos cómo históricamente ha sido el tratamiento que el derecho concursal ha brindado a la insolvencia.

Así las cosas, encontramos un primer estadio en el cual este derecho tiene como único fundamento la fuerte represión y sanción al deudor insolvente, el que incluso debía pagar con su vida (cuando no con torturas y pérdida de derechos civiles y políticos). De acuerdo al extremo rigor que tenían las normas de insolvencia en el Imperio Romano, luego de ejecutado el cuerpo del insolvente, éste era dividido en tantas partes según sean los acreedores que el malogrado deudor haya tenido en vida, en una proporción que ilustre el monto de sus créditos¹⁶. No empero este emergente pero inhumano atisbo de *par condicio creditorum*, el derecho concursal nació y se conformó como todo un sistema represivo y punitivo (siempre basado en la quiebra), en los diversos ordenamientos de las ciudades estatutarias italianas de la Edad Media¹⁷. La economía de estas ciudades giraba en torno al intercambio mercantil de los comerciantes. El derecho (*ius mercatorum*) desconfiaba de su gestión y actuaba como mecanismo de autocontrol para reprimir las actividades de los comerciantes que puedan ocasionar no sólo su ruina, sino también la de sus dependientes (artesanos) y la de la economía de la ciudad. La sola circunstancia de no pago configuraba un delito: es la famosa sentencia de Bartolo; *decotor ergo fraudator*¹⁸. Frente a la envergadura de las penas contempladas en el sistema, común era la fuga u ocultación del deudor, de modo que la ley se preocupó por diseñar un mecanismo de ejecución colectiva donde el juez, a solicitud de los acreedores, tomaba posesión de los bienes del desaparecido deudor, lo desapoderaba y repartía dichos

encontraría su fundamento este último efecto -inmanente a la sentencia que declara la quiebra-, fuera del derecho concursal? ¿Acaso en la expropiación? ¡No lo creemos así! En razón de ello, esta rama del derecho se ha entendido *autónoma*, debiendo ser interpretada de manera unitaria y en caso de lagunas debiéndose recurrir en primer lugar a la *autointegración*, es decir, la solución dada para casos análogos dentro de la misma normativa concursal y sólo en defecto, recurrir a la *heterointegración* por medio de principios y soluciones generales del derecho. Cfr. Bonsignori, Angelo, citado por Rodríguez Espitia, Juan José. Op. cit., p. 3.

¹⁵ Champeaud, Claude, citado entre nosotros por Sandoval López en “*Análisis de algunos efectos de la quiebra en relación con los principios que la regulan*”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, N° 2, 1988, p. 97.

¹⁶ Cfr. Desurvire, Daniel. “*La quiebra a través de los tiempos*”, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 199, año LXIV, Enero-Junio 1996, pp. 62-63.

¹⁷ V.gr., Repúblicas comerciales del norte de Italia tales como Venecia, Génova, Bolonia, Padua, Siena, Milán, etc., dieron origen a la quiebra para enfrentar la insolvencia de los miembros de sus corporaciones: así el *Constituto de Siena*, de 1962. Cfr. Román Rodríguez, Juan Pablo, en A.A.V.V.: “*Salvamento de las empresas en crisis*”. Op. cit., pp. 13-14.

¹⁸ Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 138. En similar exposición, García Martínez agrega que el deudor quedaba en poder de su acreedor, el que podía venderlo como esclavo en el extranjero. Cfr. García Martínez, Francisco. “*El concordato y la quiebra*”. Ediciones Depalma, 8ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1964, pp. 28-29.

bienes. Aquí puede encontrarse el origen de los primeros modelos de ejecuciones colectivas concursales.

Esta fue también, en términos generales, la ideología imperante en el período de las monarquías europeas, pero caracterizada por la presencia de la intervención del Estado en la actividad mercantil, la que ya no se regía más por sus propias normas.

Un segundo estadio está constituido por el inicio del período codificador, especialmente en Francia en 1807 y en España en 1829. El fundamento de las normas concursales seguía siendo represivo, punitivo y esencialmente de índole penal, pero con la diferencia de que la regla de igualdad -*par conditio creditorum*- se hacía efectiva sobre el patrimonio del fallido, no contemplándose la pena de muerte y reemplazándose ésta por duros trabajos forzados. En síntesis, el período que va desde el inicio del proceso codificador y hasta la mitad del siglo XX, forma parte de lo que se ha entendido como *derecho concursal clásico*, es decir, un derecho cuyo fin, esencialmente, era liquidar el patrimonio del deudor en un juicio único, universal y en el cual todos los acreedores del fallido concurren en igualdad de condiciones a la satisfacción de sus acreencias luego de concretado el mecanismo de realización del activo. La crisis de la empresa estaba indisolublemente ligada al empresario, los acreedores deben solicitar la quiebra sin examinar las causas de la misma y a los jueces sólo cabe constatar la situación de crisis, de acuerdo a las formulas propias de cada ordenamiento (con cierto grado de discrecionalidad), para así dar inicio a un procedimiento que está encaminado a la liquidación de un patrimonio y la eliminación de una empresa dentro del circuito comercial.

La concepción liquidatoria de la quiebra es paulatinamente abandonada luego de las Guerras Mundiales que azotaron al planeta en el siglo XX. Las distintas experiencias nacionales demuestran que la quiebra, como exclusivo concurso, muchas veces no da respuestas satisfactorias a las consecuencias perjudiciales que se derivan de la liquidación de un patrimonio y el desaparecimiento de la empresa: los acreedores pierden gran parte del valor nominal de sus acreencias; los trabajadores normalmente tienen una posición distante en el procedimiento, raramente luego de la realización del activo se obtienen fondos suficientes para cubrir derechos previsionales y, en último término, sufren los embates del desempleo; el deudor sufre una *capitis diminutio* integral; etc. Por último, el Estado en muchas oportunidades no cumple su labor esencial de atender al bien común. De este modo, por ser la quiebra una institución de interés privado, público y social, los ordenamientos más evolucionados comienzan a contemplar un sistema de prevención cuya función principal sea evitar una crisis empresarial o, en caso de producida, contar con una serie de mecanismos idóneos y de fácil aplicación para superar tal estado, de modo de dejar a la quiebra como concurso subsidiario o de *ultima ratio*. Este enfoque, que tradicionalmente exige el requisito *sine qua non* de ser la empresa *viable*, es conocido como *derecho de prevención de la crisis*

empresarial y configura el llamado derecho concursal moderno o contemporáneo, alcanzando gran desarrollo en países como Francia, Italia, España, Argentina y Estados Unidos.

Un último momento lo encontramos en el llamado principio de la *racionalización económica*. Según esta corriente¹⁹, la norma concursal ha mutado desde ser una hipótesis jurídica claramente establecida a un estándar basado en un factor de oportunidad económica. Esto explica el contenido primordialmente económico de sus preceptos y el carácter cada vez más negociado de las decisiones de los tribunales que conocen de la quiebra. Este principio es definido como “*aquel que busca la más adecuada utilización de las instituciones existentes en el derecho concursal y que presenten la mejor oportunidad económica, a fin de obtener un óptimo aprovechamiento de los recursos del deudor o fallido*”²⁰. Un ejemplo concreto de esta tesis se desprende en nuestro derecho de la posibilidad que tiene el síndico de continuar efectivamente el giro del fallido, previa autorización del tribunal y acreditando “causas graves” (puramente económicas) que así lo justifiquen, pero no concibiéndose ninguna hipótesis general *a priori* en tal sentido²¹.

3. El crédito y la insolvencia.

A inicios del siglo XXI, el carácter vertiginoso y dinámico de economías mundializadas (si acaso no están en vías de ello), obliga a la empresa -como unidad económica-, a mantener una relación inescindible con el crédito. Es mediante el uso de capital ajeno que la empresa se expande, produce y aumenta el volumen de sus negocios. En este sentido, el crédito supone un intercambio de bienes presentes por futuros, o sea, una prestación actual por una contraprestación futura (mediando un espacio más menos dilatado de tiempo), basada en una intrínseca relación de confianza, que funciona adecuadamente en la medida que la existencia de esos bienes futuros sea justificada y no ilusoria, y que se entiende exitosa si el deudor cumple oportunamente²². Cuando este panorama falla, por la razón que sea, entonces caemos en el estado de *insolvencia patrimonial*. Esta expresión, *-per se* civilística²³ y que

¹⁹ Desarrollada en cierta medida en nuestro medio. Cfr. Sandoval López, Ricardo. “*Análisis de algunos efectos de la quiebra en relación con los principios que la regulan*”. Op. cit., pp. 97-103.

²⁰ Wagemann Farfán, Alex. En A.A.V.V.: “*Salvamento...*”. Op. cit., p. 104.

²¹ En Francia, es ejemplo típico el *arreglo judicial*. De acuerdo al art. 7 de la Ley de 1967, el tribunal debe declarar tal acuerdo si el deudor está en condiciones de proponer un “concordato serio”. Sin embargo, la ley no dice qué se entiende por tal. Se ha entendido que propone concordato serio el deudor que, en base a un criterio económico, es capaz de recuperarse. Cfr. Sandoval López, Ricardo. “*Análisis...*”. Op. cit., p. 98.

²² Cfr. García Martínez, Francisco. Op. cit., pp. 169-171. Esta concepción jurídico-económica del crédito influye en la definición de Puga Vial, entendiéndolo como “*aquel derecho personal de contenido patrimonial, cuya exigibilidad está sujeta a un plazo suspensivo, nacido con motivo del otorgamiento de un acto jurídico*”. Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 35.

²³ Fuera de los casos en que es mencionada por nuestro Código Civil, tímidamente se hace referencia a ella en el Libro IV del Código de Comercio a propósito de la notoria insolvencia del síndico (arts. 17 y 22 N° 9 Ley 18.175); insolvencia del emisor de valores de oferta pública (art. 63 Ley 18.045); insolvencia de las compañías de seguro (arts. 65 y ss., y 79 D.F.L. N° 251 de 1931); e insolvencia de las sociedades bancarias y procedimiento de liquidación forzosa (Título XV D.F.L. N° 3 de 1997).

constituye en último término el objeto de estudio del derecho concursal²⁴, es habitualmente rehusada a ser definida por los codificadores, los que sólo se limitan a tratar sus efectos a través de la quiebra, constituyendo la excepción el caso italiano²⁵. Tradicionalmente se ha estudiado esta materia recurriendo a un criterio puramente económico, resultante del cotejo del activo y pasivo: hay insolvencia si aquél es menor a éste²⁶⁻²⁷. Empero, esta concepción es gradualmente abandonada por los juristas, toda vez que no se aviene con la etimología de la insolvencia²⁸ y lo que es más, como mecanismo de medición práctico es insuficiente, ya que en los hechos poco importa que el pasivo sea mayor que el activo si el pago es oportuno, íntegro y por medios normales y lícitos. De esta manera, Provinciali concibe a la insolvencia como “*la impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus propias obligaciones, manifestada con incumplimiento u otros hechos exteriores*”²⁹. A partir de este concepto podemos efectuar las siguientes distinciones:

a. Se trata de un estado patrimonial general: el uso malicioso del crédito puede ocasionar crisis de extrema gravedad, dado que sus efectos nocivos se irradian a otros patrimonios y al tráfico económico en general. Este fenómeno, llamado en doctrina *efecto dominó* o *concatenación patrimonial*³⁰, explica la prevalencia del sello publicista que tienen las normas de protección del crédito. Además, en virtud de esa nota de generalidad, este estado abarca todo el patrimonio del deudor y es por ello que se diferencia del mero incumplimiento,

²⁴ En Europa, este derecho es también conocido genéricamente como *derecho de insolvencias*. Vid., Espina Montero, Álvaro. “*Crisis de Empresas y Derecho Concursal: La reforma española y la experiencia comparada*”. Editado por Consejo Económico y Social (C.E.S.), Madrid, España, 1999, p. 160.

²⁵ El sistema concursal italiano exige como causa de declaratoria de *fallimento* (concurso liquidatorio), el estado de insolvencia, definiéndola en el art. 5 del Regio Decreto 267 de 1942. En efecto, de acuerdo a dicho cuerpo normativo, “*l'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*” (El estado de insolvencia se manifiesta en el incumplimiento u otros hechos reveladores exteriores, lo cual demuestra que el deudor no está más en situación de satisfacer regularmente sus obligaciones). Traducción libre. Otro ejemplo lo proporciona Estados Unidos con la antigua Bankruptcy Act de 1898 (derogada por el *New Bankruptcy Code* de 1978); en palabras de Mac Lachlan, “*insolvency is defined in the Bankruptcy Act of 1898 in terms of insufficiency of assets at fair valuation to pay debts*”. J.A. MacLachlan. “*Bankruptcy*” (Horn Book Series). West Publishing Co., St. Paul, MN., USA, 1956, p.11.

²⁶ Pormenorizando este criterio, se distingue:

Índice de solvencia: división de los pasivos de pronta realización por pasivos de pronto pago.

Índice de liquidez inmediata o prueba ácida: división de activos líquidos convertibles rápidamente en dinero, por pasivo corriente.

Índice de solidez: división del total activo por el total pasivo.

Si como resultado de estas divisiones, el índice es mayor a la unidad, hay solvencia. Cuando el resultado es menor a la unidad, habrá insolvencia, en mayor grado cuanto más baja sea la cifra que arroje la división. Cfr. Cuberos Gómez, Gustavo. “*Insolvencia: evolución de un concepto*”, en Revista de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Op. cit., p. 30.

²⁷ Así lo ha entendido parte de la doctrina nacional. Cfr., Puelma Accorsi, Álvaro. “*Curso de derecho de quiebras*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966, p. 11.

²⁸ Etimológicamente se considera que el vocablo proviene de las expresiones latinas *in*, prefijo que denota negación o privación, y *solvere*, que significa solucionar o resolver. Cuberos Gómez, Gustavo. Op.cit., p. 28.

²⁹ Provinciali, Renzo. Op. cit., p. 247.

³⁰ Cfr. Moya Plaza, Wildo. “*Algunas consideraciones sobre el estado de insolvencia frente a los procedimientos concursales*”, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año V, Nº 5, 2001, p. 117. En este mismo orden de ideas, somos de pensar que es esta la razón de fondo por la cual se produciría el extremo fenómeno que Tonón denomina *quiebra principal* y *quiebra dependiente*: podría darse el supuesto de que la quiebra de una persona (principal) es causal de la de otra (dependiente, refleja o por extensión), estableciéndose entre ambas quiebras una especial conexión. Cfr. Tonón, Antonio. “*Derecho Concursal. Instituciones Generales*”. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 12-13.

el cual es un hecho antijurídico que llama a la aplicación de tutelas individuales y no colectivas (por ser diferentes los bienes jurídicamente comprometidos) y que a lo más podrá tener un valor revelador de la insolvencia³¹. Como señala la doctrina argentina, incumplimiento no se identifica con insolvencia, ya que puede haber incumplimiento sin cesación de pagos o insolvencia (por ejemplo, cuando el incumplimiento se debe a una circunstancia coyuntural como una huelga o una corrida bancaria) como cumplimiento con cesación de pagos (por ejemplo, cuando el cumplimiento se había logrado con medios ruinosos, como la venta de bienes a precio vil, préstamos usurarios, etc.)³².

b. Es un estado permanente: por oposición a un mero estado de iliquidez o falta de dinero en caja, para excluir la idea de insolvencia no basta que el deudor cumpla, sino que es necesario que lo haga regularmente, no bastando el pago oportuno si es con medios ruinosos.

c. Objetivo: se trata de una evaluación económica jurídica en que no es relevante el criterio de la mejor o peor capacidad de gestión o la buena o mala fe del deudor³³.

d. Insalvable: insuperable, sea por la vía de mejorar la gestión, ejercer el giro ordinario, acceder al crédito o la venta de activos. Como expone Valderrama, el patrimonio cae en una situación de hecho que le impide cumplir con sus obligaciones, donde comúnmente el deudor recurre al expediente de crear documentos de favor, realizar, comprar y liquidar los mismos en condiciones desfavorables, siempre con la fe de que superará la situación en un período próximo. Pero la economía no tiene nada que ver con las esperanzas ni con futuras expectativas y el colapso termina por llegar³⁴. Por ello estamos con quienes piensan que la insolvencia es siempre definitiva. Concebir a la insolvencia también como *provisional*³⁵ constituye un error de concepto, ya que con ella se alude a una mera situación de iliquidez, es decir, un déficit transitorio representado por una falta de dinero en caja y que no constituye una situación de desbalance efectivo y permanente que impida cumplir regularmente las obligaciones.

La insolvencia, así representada, se manifiesta externamente mediante los llamados *hechos reveladores*. En virtud de ellos, el juez comprueba tal estado (cuando es claro) o al

³¹ En similar sentido, *vid.*, Sandoval López, Ricardo. “*Derecho Comercial...*”, Tomo IV. Op. cit., pp. 12-13; Zalaquett Daher, José. Op. cit., pp. 16-17.

³² Tonón, Antonio. Op. cit., p. 18.

³³ Provinciali distingue los términos insolvencia e insolvabilidad. El primero lo concibe como un simple y puro comportamiento omisivo, prescindiendo de toda indagación de *por qué* no se paga, mientras que insolvable es aquel que es insolvente *porque no puede pagar* (aunque quisiera), siendo definitiva e irremediable, de manera que es una (no la sola) de las causas determinantes de la insolvencia, constituyendo ineptitud (originaria o sobrevenida) del patrimonio para ser solvente. Cfr. Provinciali, Renzo. Op. cit., pp. 251-252. Esta distinción no es compartida por Puga, toda vez que acepta sancionar con la quiebra a un deudor que por mero capricho no quiere satisfacer a sus acreedores, deudor que no siente la situación de apremio y desesperación que ataca a los insolventes y que, en consecuencia, no daña los bienes jurídicos que tutela el derecho concursal. Cfr. Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 59.

³⁴ Valderrama Pergolesi, Ricardo. “*Consideraciones sobre la institución de la quiebra*”, en Gaceta Jurídica, N° 59, 1985, p. 9.

³⁵ Así se ha entendido en España a partir de la regulación que de la insolvencia hacía la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 (que llamaba insolvencia provisional al cese reversible de pagos) en el instituto del mismo nombre. De acuerdo a esta normativa, la insolvencia sería una denominación genérica que comprendería tanto la simple iliquidez como el marasmo patrimonial definitivo. En Chile, esta idea es rechazada expresamente en Mensaje del Código de Comercio de 1867.

menos lo presume (no siendo necesario complejos análisis contables o financieros), para de esta forma, declarar la quiebra. Estos hechos pueden ser explícitos, divididos a su turno en judiciales (proposición de convenio judicial preventivo por el deudor) y extrajudiciales (acuerdo extrajudicial), o implícitos (fuga u ocultamiento, suicidio, dilapidación, etc.). A estas categorías, conocidas como hechos de *manifestación directa*, se agregan los de *manifestación indirecta* (disimulación del estado patrimonial frente a acreedores y público general)³⁶.

Por último, en cuanto a la relación existente entre la quiebra y la insolvencia, tradicionalmente se ha empleado la expresión *quiebra económica o de hecho* para significar una sinonimia con la insolvencia, quiebra que estaría representada, en último término, por un estado de déficit patrimonial permanente derivado del funcionamiento anormal del crédito³⁷. Cuando esta situación se exterioriza por algún hecho revelador, aquel estado de hecho pasa a tener realidad en el derecho, produciendo efectos legales desde que se dicta la resolución que declara la quiebra. Por eso se dice que la quiebra tiene por base un hecho económico y que consiste en un estado de desarreglo económico que conduce a la declaratoria de quiebra; no hay quiebra sin insolvencia y tampoco hay quiebra sin declaración judicial de tal insolvencia, por ser las causales de quiebra (en el caso chileno), hechos reveladores del estado de insolvencia económica³⁸. Sin embargo, con razonable criterio se ha observado que dicho argumento no es absoluto, toda vez que, salvo el caso especial de la declaratoria de quiebra de las compañías de seguros y la liquidación forzosa de un banco o institución financiera, en el caso de las normas del Libro IV del Código de Comercio, el juez no está obligado a investigar la solvencia del deudor, de manera que fundará la declaratoria en alguna de las causales legales, las que no necesariamente serán demostrativas del estado patrimonial del fallido, siendo la única obligación del juez cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de la causal invocada por el peticionario³⁹. Por otro lado, como se mencionó, la insolvencia en nuestro derecho es un tema tratado a nivel de derecho común y en general se entiende que ambos términos no se equiparan; esto a partir de lo establecido en el art. 1.496 del Código Civil a propósito de la caducidad del plazo (aquí la mención a la quiebra sería redundante por ser un efecto propio de ella la exigibilidad anticipada de todos los créditos en contra del fallido), el arrendamiento en el art. 1.938 (al referirse inequívocamente a la quiebra del arrendatario al hablar de “*insolvencia declarada*”, toda vez que la insolvencia patrimonial es una situación de hecho que no depende de declaración judicial alguna) y el art. 2.106 en materia de sociedad colectiva civil (que autoriza a los acreedores del socio insolvente para ejercer los derechos de éste en las operaciones sociales, atribución que en materia de quiebra

³⁶ Cfr. Provinciali, Renzo. Op. cit., p. 278; Moya Plaza, Wildo. Op. cit., p. 127; citando a Bonelli, Sandoval López, Ricardo. “*Derecho Comercial...*”, Tomo IV, Op. cit., p. 67.

³⁷ Cfr. García Martínez, Francisco. Op. cit., p. 169. En Chile, por su parte, en el antiguo decreto ley sobre juicio ejecutivo de 1837, se empleaba la voz quiebra como equivalente a estado de impotencia patrimonial o insolvencia y no como juicio (arts. 93 y 111). Pugal Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 145.

³⁸ Cfr. Valderrama Pergolesi, Ricardo. Op. cit., pp. 7-8.

³⁹ Cfr. Moya Plaza, Wildo. Op. cit., pp. 124-125.

corresponde al síndico). Esta última disposición se ha utilizado para, aisladamente, mantener contraria interpretación⁴⁰.

4. Determinación del estado de crisis económica.

Inserta en una economía de libre mercado desafiante, competitiva, mundializada y muchas veces despiadada, no se concibe a una empresa que, en tanto unidad económica, no acepte el natural riesgo de verse expuesta a un mal económico inevitable y a su eventual ulterior expulsión del mercado. Este es un mal inescindible a la economía de mercado: cuanto más, tal riesgo puede ser manejable o susceptible de tratamiento, mas no excluible. Cuando aquella amenaza termina por impactar a la empresa en su integridad, se configura el estado de *crisis empresarial*. Tal estado se define como una “*situación sostenida de inestabilidad patrimonial que amenaza con la no satisfacción de los acreedores de la empresa (insolvencia), o con lesionar intereses públicos y sociales por desaparición de la actividad emprendida*”⁴¹. Este es un concepto que engloba a la empresa en su totalidad y deja de lado a crisis temporales que afectan a una determinada realidad de su funcionamiento, *v.gr.*, asuntos laborales, de dirección o procesos productivos.

Una crisis empresarial puede producirse por factores totalmente exógenos a la realidad propia de la empresa, pero pese a cual sea su causa, ésta se manifiesta, internamente, en la propiedad, control y administración; y externamente, más allá de la sociedad toda, en el sector financiero que provee recursos económicos, los proveedores de servicios, proveedores de insumos, las entidades de seguridad social y en el fisco⁴². Ahora bien, existen ciertos tipos de mecanismos que tienen la virtualidad de prevenir o manejar este tipo de males. Esta es la labor de una autoevaluación de riesgo continua, además de una correcta y periódica evaluación de la situación patrimonial y financiera de la empresa. Además resulta aconsejable enmarcar la gestión interna con la del rubro de la empresa; en ocasiones es mejor avanzar con la competencia en lugar de enfrentarse a ella, de lo contrario se desactiva el proceso de integración de la empresa con otros agentes económicos, reduciendo sus expectativas de desarrollo sostenido y entorpeciendo el ciclo ordinario de inversión y financiación, como también centralizar la toma de decisiones en un órgano de coordinación superior único (para evitar la dispersión del gobierno de la empresa y centros gestores con intereses no convergentes)⁴³.

Cuando producto de la aplicación de estos mecanismos generales se consiguen resultados no satisfactorios acordes a las expectativas de la empresa, o estos son mal

⁴⁰ *Vid.*, en este sentido, Espinoza Castillo citado por Wildo Mora. Op. cit., p. 121.

⁴¹ Ibáñez Jiménez, Javier. “*Crisis de la Empresa: Insolvencia, Suspensión, Quiebra y otras soluciones concursales. Cien preguntas clave y sus respuestas*”. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 1997, p. 11.

⁴² Cfr. Román Rodríguez, Juan Pablo. “*La crisis de la empresa*”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N° 3, 2002, p. 637.

⁴³ Cfr. Ibáñez Jiménez, Javier. Op. cit., p. 17.

formulados o aplicados, estamos ante un estado de *preinsolvencia* o dificultad empresarial. Ante este escenario, lo aconsejable es que la empresa asuma una posición sigilosa, conservadora y de cautela, evitando aventurar con el crédito más allá de sus resentedas pero no crónicas capacidades de solvencia. En este estadio (todavía) un recurso aconsejable es recurrir a la aplicación de la llamada *teoría de la negociación*, la que pretende encontrar el mejor sistema de coordinación posible de los intereses sociales y económicos en juego, incluyendo a los agentes económicos externos a la crisis⁴⁴. Entre nosotros, se ha propuesto el enfoque del *modelo de negociación cooperativo*, caracterizado por solucionar conflictos mediante un resultado ganador-ganador (*win-win*), en que todos los interesados en la superación de la crisis obtengan un resultado provechoso materializable en el corto y mediano plazo, por oposición a los resultados de juegos *suma-cero*, en que el beneficio para una parte conlleva necesariamente la pérdida para la otra⁴⁵.

En Chile no existe una fórmula legal que obligue a la administración de la empresa a reconocer que se halla en una situación de crisis y los mecanismos que serían aplicables, lo son una vez que tal estado es cierto⁴⁶. Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, la administración es incapaz de reconocer un estado de crisis oportunamente, recurriendo comúnmente a las maniobras desesperadas propias de alguien que comienza a padecer de la insolvencia, siempre pensando en que se trata de una situación coyuntural de rápido alivio; las enajenaciones de activos valiosos a precio vil son recurrentes, cuando aún no se ha ocultado parte del patrimonio. Aquí ya estamos ante una crisis que se irradia a todas luces más allá de los límites de la empresa y la solución es aplicar el sistema concursal. Decidir entre la liquidación y la conservación, y las ventajas y desventajas que tiene cada vía, es un trabajo arduo: muchas veces las dificultades de la realidad exceden con creces las hipótesis generales establecidas en nuestro ahora Libro IV del Código de Comercio y es así como, no obstante, los costes inherentes a cada sistema exigen que la determinación se tome con la mayor antelación posible.

⁴⁴ Ibáñez Jiménez, Javier. *Ibid.*, p. 32.

⁴⁵ Cfr. Saieh Mena, Cristián. “*Solución de conflictos, negociación y derecho de la empresa*”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N° 3, 2002, p. 596. El autor remarca que este mecanismo encuentra su génesis en los años setenta en la Harvard Law School y supone abandonar la costumbre innata de aferrarse a posiciones, para procurar de modo conjunto una solución cooperativa que satisfaga de un modo equitativo las diferencias, intentando atender a los intereses legítimos de las partes mediante una comunicación clara y expedita (para lograr un entendimiento a cabalidad de los intereses de la otra), con especial preocupación por las relaciones interpersonales entre ellas.

⁴⁶ En este sentido, se dice que la acción pauliana y las inoponibilidades suponen un mecanismo de reconstrucción del patrimonio del fallido durante el período de preinsolvencia (esto es, cesación de pagos que no podrá ser fijada en un día anterior en más de dos años a la fecha de la resolución que declara la quiebra), que actúa sólo de modo preventivo al advertir al empresario que tales actos pueden acarrear graves consecuencias si se ejecutan en el supuesto de las normas, pero no se trata de una *fórmula positiva* para remontar una crisis con las personas interesadas. En Francia, por ejemplo, existe el *Reglamento Amistoso* (de base contractual), que exige la formulación de un plan de reorganización sancionado por la autoridad judicial. Cfr. Román Rodríguez, Juan Pablo. “*La crisis de la empresa*”. Op. cit., pp. 640-641. No obstante lo dicho, en Chile existió una norma que ofrecía una solución: el Decreto Ley N° 1.687 de 1977 estableció normas para evitar la paralización de empresas mediante la designación judicial de administradores provisionales, en aquellas unidades que no estando en quiebra, estén en dificultades financieras, ya sea por encontrarse sin administrador o por notoria insolvencia. Esta norma tuvo una efímera duración ya que fue derogada por el Decreto Ley N° 1.953 del mismo año. Cfr. Chacón Cogler, Paola. En A.A.V.V.: “*Salvamento...*”. Op. cit., p. 158.

**HISTORIA LEGISLATIVA DE LA QUIEBRA EN CHILE Y LOS PRINCIPIOS
ORIENTADORES DE LA NUEVA REGULACIÓN.**

1. Discurso sobre la evolución legislativa de la quiebra.

El primer antecedente de regulación de la quiebra lo encontramos el día 26 de febrero de 1795, fecha en que por Real Cédula se dispuso en nuestro país la aplicación de las Ordenanzas de Bilbao (promulgadas en 1737)⁴⁷. En este período, que vendría a ser el primero y que estaba inserto en el marco de la dominación española, rigió el Capítulo 17 de las Ordenanzas de Bilbao y el Libro XI Título XIII de la Novísima Recopilación, normas que establecieron disposiciones concursales sólo aplicables a los comerciantes, relacionadas principalmente con el aspecto penal de las quiebras consagrando severas medidas contra los fallidos, y en las que la realización de los bienes estaba a cargo de Síndicos compromisarios elegidos por los acreedores⁴⁸. Supletoriamente se aplicaban las *Siete Partidas*.

Luego de la Independencia del país, la primera norma patria que entró a regular esta materia (desde un punto de vista procesal), fue el decreto ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837 (Leyes Marianas). Este cuerpo normativo tuvo la importancia de derogar, en virtud de su art. 150, todas las leyes anteriores relativas al juicio ejecutivo, concurso de acreedores, cesión de bienes, etc., en cuanto fueren contrarias a su texto y rigió hasta la dictación de los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil. Se aprecia en esta ley, un primer intento de sistematicidad, marcada, como era de común tenor, por la acentuada represión penal⁴⁹. Sus normas se aplicaban a todo tipo de deudor.

A continuación, es menester señalar la aplicación del Código de Comercio, obra del jurista argentino don Gabriel Ocampo y que empezó a regir el 1º de enero de 1867. A partir de dicho día, se entendieron derogadas todas las materias preexistentes que en él se trataban, aún cuando no fueren contrarias a su aplicación. El Código dedicó a la quiebra su Libro IV, arts. 1.325 a 1.533 inclusive, de neta inspiración francesa (Código francés de 1807, reformado en 1838), aunque sin despreciar la influencia del Código de Comercio español de 1829. Definía a la quiebra como el “*estatuto del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles*” (art. 1.325), autorizaba la quiebra a petición del deudor, de uno de los acreedores

⁴⁷ Con anterioridad a dicha fecha, la legislación mercantil se limitaba a las escasas disposiciones que se contemplaban sobre la materia en la Recopilación de Indias, las Leyes de Partidas y demás cuerpos vigentes en España.

⁴⁸ Cfr. Vergara Racapa, Fernando. “*Evolución histórica de los convenios concursales*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1985, p. 79. En similar sentido, *vid.*, Puelma Accorsi, Álvaro. “*Curso de derecho de quiebras*”. Op. cit., p. 14.

⁴⁹ Así por ejemplo, “*el deudor que solicitare convenio debe ser conducido a una prisión pública, durante el juicio de convenio, en los mismos casos que el deudor que hiciere cesión de bienes*”. Art. 149 del decreto ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837.

y de oficio⁵⁰, y fue el precedente de una serie de instituciones que hoy conocemos, tal como ocurre con la fijación de la fecha de cesación de pagos en la sentencia que declara la quiebra, el desasimio, la acumulación de juicios, la prohibición de ejecuciones individuales, el recurso especial de reposición, etc. En este período el Código sufrió modificaciones en virtud de la Ley de 23 de junio de 1868 (que abolió la prisión por deudas⁵¹) y la Ley de 11 de enero de 1879.

Impacto importante en esta parte de nuestra exposición, tuvo la dictación del Código de Procedimiento Civil de 28 de Agosto de 1902. Este cuerpo normativo derogó el decreto ley de 1837 y dedicó el Título III de su Libro III al denominado “concurso de acreedores” (respecto de aquellos deudores que no eran comerciantes). El *thelos* al dictar este Código fue, siguiendo el tenor literal del Mensaje Presidencial, “uniformar en lo posible la tramitación del concurso civil y de la quiebra mercantil, con lo cual gana sencillez el procedimiento. Se reservan para la quiebra sólo aquellas disposiciones que, basadas en el Código de Comercio y de índole peculiar a las operaciones mercantiles, no tengan cabida en el concurso mercantil”. De esta manera, el Título XVI del referido Libro se denominaba “De los procedimientos de las Quiebras”, el cual reglamentó el proceso y modificó y complementó las normas del Código de Comercio y, gracias al tenor de su art. 898, se hacían aplicables a la quiebra las reglas del mencionado Título III, con lo cual se formulaba una expresa remisión a las normas de concurso de acreedores. El Código de Procedimiento Civil estableció dos tipos de concursos, a saber; el voluntario y el necesario; contemplaba una causal de declaratoria de quiebra idéntica a la del art. 43 N° 2 de la Ley 18.175; fijó derechos y atribuciones correspondientes a los síndicos; reguló el funcionamiento de las juntas de acreedores y consagró la institución del sobreseimiento definitivo ordinario⁵². El cuerpo normativo a que aludimos, fue con posterioridad modificado en algunas de sus normas, mediante el Decreto Ley 778 de 19 de diciembre de 1925, publicado en el Diario Oficial de 22 de diciembre del mismo año.

Un gran adelanto en esta evolución legislativa estuvo marcado por la dictación de la Ley 4.558, publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de febrero de 1929. En virtud de su art. 228, se derogaron absolutamente todas las normas mencionadas en el párrafo anterior y se unificó en un cuerpo armónico y sistemático todas las disposiciones relativas a la quiebra, tanto substantivas como procesales. Esta normativa, dictada con ocasión de la profunda crisis que vivió el país en ese período, introdujo en general las siguientes modificaciones: consagró la quiebra como institución común para comerciantes y no comerciantes; se crea la Sindicatura

⁵⁰ Incluso, de acuerdo al antiguo art. 1.351, “los acreedores podían provocar la declaración de quiebra, aun cuando sus créditos no sean exigibles”.

⁵¹ Este fue un gran avance que experimentó nuestra legislación en la humanización del trato al fallido. En efecto, de acuerdo a los números 1 y 2 del artículo único de dicho producto normativo, “La prisión por deudas sólo tendrá lugar en los casos siguientes:

1. En los de quiebra culpable o fraudulenta;

2. En los de penas que consisten en multas pecuniarias que estén sustituidas por prisión, según las leyes. (...)”.

⁵² Cfr. Puga Vial, Juan Esteban. Op. cit., p. 149. En similar sentido y en completísima obra destinada al estudio de la historia de la quiebra en Chile, *vid.*, Carrasco Vásquez, Jorge. “Evolución del derecho de quiebras en Chile”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, p. 117.

General de Quiebras como “*organismo auxiliar de los Tribunales de Justicia, con el objeto de administrar y realizar los bienes de las personas que caigan en falencia, liquidar y pagar sus deudas y desempeñar las demás funciones que le encomienda la presente ley*”⁵³; se reducen las facultades decisorias de las juntas de acreedores; se introduce el sobreseimiento definitivo extraordinario; se creó el instituto del alzamiento por consignación; etc. Un par de años después, se dictó el D.F.L. N° 248 de 1931, norma que facultó al Presidente de la República para refundir en un solo texto las disposiciones de la Ley 4.558 y aquellas del mencionado D.F.L. (siendo principal novedad la consagración del convenio preventivo judicial). Para tal objeto, se dictó el Decreto Supremo N° 1.297 de 23 de Junio de 1931, que constituyó hasta 1982, el texto de quiebras vigente⁵⁴. La Ley 4.558 sufrió una última y gran modificación con la dictación del Decreto Ley N° 1.509 de 9 de julio de 1976, normativa que introduce por primera vez el concepto de *unidad económica* y la posibilidad de enajenar la empresa como un conjunto, a fin de evitar las consecuencias perjudiciales de su desmembramiento.

El 28 de octubre de 1982 comenzó a regir la Ley 18.175, dando una nueva regulación a la quiebra y destacando las siguientes modificaciones: derogación de la Sindicatura General de Quiebras y creación de la Fiscalía Nacional de Quiebras (órgano meramente contralor); en cuanto al deudor como sujeto pasivo, se reemplazó la distinción comerciante-no comerciante por la fórmula del deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola; establecimiento de una consignación previa para solicitar la quiebra; supresión de las presunciones de derecho en los delitos de quiebra (en consonancia con el art. 19 N° 3 inciso 6° de la C.P.R.); conservación del valor real de los créditos (art. 68); creación de una nómina nacional de síndicos, siendo éstos privados y en cuyo nombramiento no interviene de manera alguna el poder judicial; las nulidades de derecho son reemplazadas por una sanción de inoponibilidad; etc.⁵⁵. Esta ley sufrió una importante modificación el año 1987 en virtud de la Ley 18.598, por la que se modifican algunas reglas relativas a la continuación del giro y, en materia de convenios, introduce el mecanismo de suspensión de actuaciones o ejecuciones en caso de presentación de convenio judicial preventivo y cumplidos que sean los quórum respectivos. Posteriormente siguieron algunas modificaciones menores introducidas por la Ley N° 19.250 y la Ley N° 19.144.

⁵³ Art. 10 de la Ley 4.558 de 4 de febrero de 1929. En consecuencia, se estatiza el sistema de síndicos, contrariamente a lo que ocurrió con el Código de Procedimiento Civil y el Código de Comercio, en los cuales los síndicos eran privados. Las razones que esgrimió el ejecutivo de aquel entonces en el mensaje de la ley que comentamos, estuvieron ligadas principalmente al comportamiento de los acreedores una vez declarada la quiebra y elegidos los síndicos: se concluyó que los acreedores en la mayoría de los casos dejaban de tomar una posición activa en el procedimiento, no concurren a las juntas de acreedores y en definitiva no vigilan efectivamente la delicada labor del síndico, de manera que la mejor solución era dejar la sindicatura en manos de un alto funcionario público.

⁵⁴ En esta misma época se dictó el D.F.L. N° 251 de 1931 que reglamentó interesantes normas concursales, entre ellas, la quiebra de las compañías de seguro y las sociedades anónimas, y luego la reglamentación de la quiebra de los bancos comerciales a través del D.F.L. N° 252 de 1960.

⁵⁵ Cfr. Sagredo Foncea, Exequiel. “*Algunos aspectos relacionados con la nueva ley de quiebras*”, en Gaceta Jurídica, N° 46, 1984, pp. 3-10. En similar sentido, *vid.*, Ducci Claro, Carlos. “*Ley de Quiebras*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, pp. 7-9. Sin embargo, esta ley reproduce en gran parte las disposiciones de la Ley 4.558.

El último momento en la evolución legislativa de la quiebra está dado por la dictación de las Leyes 20.004, 20.073 y 20.080. La primera se publicó en el Diario Oficial con fecha 8 de marzo de 2005 y modificó la Ley 18.175 en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la Superintendencia de Quiebras. La Ley 20.073 de 29 de noviembre de 2005, por su parte, modifica la misma ley en materia de Convenios Concursales. Por último, en un afán de sistematicidad, la Ley 20.080, publicada en el Diario Oficial con fecha 24 de noviembre de 2005 incorporó, en virtud de su artículo único inciso segundo, la Ley 18.175 y sus modificaciones en el Libro IV del Código de Comercio, sin cambiar su antigua denominación “De las Quiebras” y sin señalar la secuencia numérica correspondiente en dicho Código, excluyendo de la referida incorporación al Título II, el que se mantiene en la Ley 18.175 como Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras. Estas leyes modificaron sustantivamente el derecho concursal nacional y la quiebra en particular.

2. Principios que orientan las reformas del año 2005 al derecho concursal chileno.

Los principios que a continuación se desarrollan, se extraen con mayor o menor dificultad del estado de las normas concursales luego de las modificaciones del año precedente. Marcan parte del fondo de nuestro derecho y constituyen la manera en que debemos entender la orientación de sus normas.

2.1. Principio de conservación de la empresa en crisis. Tal como se mencionó en su oportunidad, luego de las Guerras Mundiales de la primera mitad del siglo XX, las modernas legislaciones adoptan un sistema concursal que propenda, más allá de la liquidación del patrimonio mediante la realización del activo empresarial, al llamado *derecho de prevención*, concretado en las denominadas operaciones de salvamento. Este principio nace del momento en que el Estado reclama para sí, cada vez con mayor insistencia, la dirección del procedimiento de quiebra porque hay un interés público comprometido en ella, que justifica la exigencia de satisfacer a los acreedores en igualdad de condiciones, pero, con mayor razón, la de conservar las empresas, elevándose esta exigencia a un principio básico y orientador del derecho concursal moderno, tal como ocurre en Francia, España, Estados Unidos, Argentina, México, entre otros⁵⁶. A esta apresurada conclusión llegamos sin antes haber mencionado los dos grandes métodos de tratamiento de la insolvencia que se distinguen para estos efectos, métodos que representan los extremos de un espectro de soluciones y que pasamos a describir de una manera muy sintética.

⁵⁶ Cfr. Vargas Vargas, Manuel. “*Tratado de la acción pauliana concursal (los efectos retroactivos de la declaración de quiebra en el derecho chileno y comparado)*”. Op. cit., p. 72.

a. El método de mercado: parte de la hipótesis que todos los quebrados potenciales son iguales, o por lo menos no existen diferencias sustanciales que ameriten un trato diferenciado entre ellos. Además, todas las crisis, sea cual sea la génesis que tengan, tienen una naturaleza semejante y su manifestación inequívoca es la imposibilidad de satisfacer a los acreedores en tiempo y forma. No existe otra diferencia entre éstos que no sea aquella que corresponde al monto de sus créditos. Se trata en definitiva de un método liquidatorio, para lo cual trata de proporcionar una serie de reglas que tratan de maximizar el activo a repartir y reducir los costes de negociación en cuanto a la forma de este reparto. De ahí que la actitud del deudor pueda ser, por un lado, pagar íntegra y oportunamente todas las obligaciones contraídas o, por otro, afrontar la eliminación de la empresa. Del momento que consiste en un método de composición de intereses privados, los conflictos que puedan surgir se atribuyen a la competencia de los tribunales. En consecuencia, el método de mercado es un método *general, liquidatorio y judicial*⁵⁷.

b. El método gubernativo: es la hipótesis inversa. Aquí los quebrados potenciales ocupan distintas posiciones en el mercado, cuya trascendencia no puede medirse con un mismo criterio. La crisis no tiene una manifestación inequívoca y los acreedores tampoco son iguales, de manera que sus intereses pueden ser contradictorios con los de otras categorías que no tienen necesariamente un vínculo contractual con el deudor. Se trata de un método de conservación de la empresa porque entiende que la mejor manera de satisfacer los intereses implicados es mediante un *plan* que modifique la estructura crediticia de la misma. Para la eficacia de este propósito, el método suministra un conjunto de instrumentos financieros que maximizan el *valor de la empresa en funcionamiento* y un conjunto de reglas que justifican la imposición del plan a los acreedores. Como se trata de un método de composición de intereses públicos y privados, puede comportar en muchas ocasiones la utilización de fondos del Estado y la resolución de conflictos a través de la intervención de órganos administrativos⁵⁸. En suma, se trata de un método *especial, conservativo y administrativizado*⁵⁹.

Realizando algunas precisiones sobre el alcance de este principio, queda claro que la conservación o reorganización encuentra su sustrato axiológico en el método gubernativo, ya que la intervención del Estado está justificada como consecuencia de no poder los particulares percibir el conjunto de intereses públicos que están comprometidos en una situación de insolvencia. Es por esta fundamental consideración que el Estado debe elaborar un *estándar* de empresa conservable -con el exclusivo propósito de que la negociación particular no cancele la tutela de los intereses públicos- que sea una cláusula general lo suficientemente flexible y que

⁵⁷ Bisbal Méndez, Joaquín. “*La empresa en crisis y el derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*”. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, España, 1986, p. 34. En similar sentido, *vid.*, Cordones Ramírez, Mercedes & Auriolos Martín, Adolfo. “*La quiebra en las ordenanzas consulares de Málaga*”. Ediciones TAT (S.A.L.), Granada, España, 1987, pp. 185-187.

⁵⁸ Sin embargo, este aspecto no es absoluto ya que tal como veremos, al menos en el caso Francés existe intervención jurisdiccional en tal sentido.

⁵⁹ Bisbal Méndez, Joaquín. *Op. cit.*, pp. 36-37.

sustituya los rigurosos conceptos jurídicos tradicionales para la adopción de decisiones complejas, de manera que contenga unas condiciones mínimas inderogables para que el sistema pueda obrar con unas ciertas garantías de calculabilidad y generalidad, pero que en modo alguno signifique caer en arbitrariedades. Entonces, para recurrir a la aplicación de aquel estándar y tratar de reorganizar la empresa, los agentes deberán determinar en el plan de conservación un requisito básico: que el valor de la empresa en funcionamiento sea mayor que aquel que tenga en liquidación, de acuerdo a las *expectativas reales* que tenga dicha unidad en el mercado; en otras palabras, que sea viable⁶⁰.

¿Cuándo una empresa es viable? Cuando lo es el plan de reorganización convenido entre los acreedores y los sujetos implicados. ¿Pero cuándo es viable aquél? El ordenamiento francés es pionero al respecto⁶¹. El art. 69 de la Ley 85-98 de enero de 1985 dispone: “le

⁶⁰ La doctrina argentina agrega que, aparte de la viabilidad en sentido económico, la empresa debe ser *socialmente útil*. Cfr. Balbín, Sebastián. “Contratos en curso de ejecución y continuación de la actividad de la empresa en quiebra”, en A.A.V.V.: *Derecho Concursal*. Gómez Leo, Osvaldo (director), Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 34. Se ha explicado que es socialmente útil la empresa que brinda un servicio público en forma monopólica o insustituible, o aquella otra que es vital para el funcionamiento de otras empresas. Y, en cambio, habrá que reconocer que no cumplen con ese requisito las firmas dedicadas a aspectos laterales de la vida económica (intermediación comercial simple, como es el caso de las llamadas *inmobiliarias*). Rubín, Miguel E., “Continuación de la actividad empresarial en la quiebra”, citado por Balbín, Sebastián, *Ibid.*, p. 35. Estimamos que la adopción de este requisito importa un atentado contra la necesaria flexibilidad que debe tener el estándar de conservación. Además, en insolvencia, la frontera conceptual de la empresa socialmente útil de aquella que no lo es, es de difícil de demarcación, por lo que adoptar tal parámetro redundará, en mayor o menor medida, en arbitrariedad por parte del Estado.

⁶¹ En dicho país la conservación ha sido un principio básico desde la segunda mitad del siglo XX. En efecto, ya en la reforma de dicho sistema en 1955, por parte de los ideólogos de la misma, se declaraba que “la *faillité* se convertirá en un régimen excepcional que raras veces será declarada por los tribunales de comercio (...). En nueve de cada diez ocasiones, por no decir más, el *règlement judiciaire* será la solución normal (...)”. De este modo, en dicho tiempo, dos eran los procedimientos que se ofrecieron para el deudor que se encontraba en *cessation des paiements*; uno conservativo y otro liquidatorio, a saber: *le règlement judiciaire* y *la faillité*. Con posterioridad, la Ley 67-563 de 13 de julio de 1967, so pretexto de perfeccionar los lineamientos del principio de conservación, estableció la innovadora directriz de brindar un tratamiento diferenciado a la empresa y al empresario, mediante un tratamiento particular en función del grado de la crisis y de la importancia objetiva de la empresa. En este sistema, el tribunal debía decidir en base a las expectativas de recuperación de la unidad productiva independientemente de la actitud del empresario. En este propósito, los concursos, siempre basándose en la cesación de pagos, eran: la *liquidation des biens* y el mencionado *règlement judiciaire*. El primero era de corte liquidatorio, mientras que el segundo perseguía la conclusión de un convenio (siempre que el deudor esté en condiciones de proponer un convenio serio). Al tiempo de aprobada esta ley y bajo la vigencia de su imperio, se agregó otro concurso conservativo: *la suspension provisoire des poursuites* (suspensión provisoria de diligencias). Se trataba de un mecanismo realmente original, cuyo fin era facilitar la recuperación económica y financiera de ciertas empresas, esto es, de aquellas cuya desaparición podía provocar un *trastorno grave* a la economía nacional o regional. El criterio fue muy flexible y, en general, la suspensión la declaraba el tribunal de comercio de oficio, a instancia de parte (deudor o acreedor) o de procurador de la República, en base a un informe de la situación económica del deudor que elaboraba el juez encargado para ello y por cuyo mérito podía decretar la suspensión por un plazo de hasta tres meses. A continuación, con ocasión de la dictación de Ley 85-98 de 25 de enero de 1985, se estableció expresamente, en virtud de su art.1º, que el sistema tiene por funciones básicas *la conservación de la empresa, el mantenimiento del empleo y la satisfacción del pasivo* (en ese orden). La reorganización judicial se aplica a cualquier género de empresario, se prevé una general y otra simplificada (para empresas pequeñas) y para acceder a ella existía una vía voluntaria (motivada por el propio deudor) e involuntaria (de oficio, o a instancia de los acreedores por medio del procurador de la República). Este panorama general sobre la Ley 85-98 fue perfeccionado en el año 1997. Al respecto, *vid.*, Lebbe, I. “*La réforme du droit de la faillite*”, en “*Actualités du Droit. L’entreprise en difficulté; Actes de l’après midi d’études organisée par la C.D.V.A. et la C.C.I.L.B.*”. Revue de la Faculté de Droit du Liège, N° 3, 1997, pp. 345-377; Thirion, Nicolas. “*La nouvelle réglementation du concordat judiciaire*”, *Ibid.*, pp. 379-420.

Por su lado, en Argentina son expresión de este principio las siguientes instituciones: *acuerdos no homologables* (aquellos celebrados entre el deudor y todo o parte de sus acreedores con el objeto de evitar la quiebra, pero que producen efectos sólo entre quienes lo han otorgado, siendo inoponibles a terceros); *acuerdos preventivos extrajudiciales* (tienen similar objeto, pero una vez homologados judicialmente, sus estipulaciones se hacen oponibles a los acreedores no concurrentes en caso de una posterior declaración de quiebra); *concurso preventivo* (procedimiento universal al que resultan llamados todos los acreedores del concursado y que tiene por

*tribunal décide (...) la continuation de l'entreprise lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif*⁶². Como se ha mencionado más arriba, no se aclara en qué consiste el carácter de seriedad de las posibilidades de reorganización⁶³. Por su parte, en Estados Unidos, en el *New Bankruptcy Code* de 1978, el estándar de conservación viene impuesto en el sentido de ser reorganizable la empresa cuyo plan cumpla con las condiciones de ser *fair, equitable and feasible*. Estos calificativos pueden ser refundidos en la justicia (o *fairness*, contenida en los términos *fair y equitable*), que se relaciona al modo de distribuir los costes de la reorganización, y la viabilidad (*feasible*), como criterio de medición de las expectativas reales de recuperación de la empresa⁶⁴.

En síntesis, entre el método gubernativo y el principio de conservación hay una relación de género a especie; la conservación es un principio universal de derecho concursal contemporáneo enfocado principalmente a la *gran empresa* que sea viable; exige el sometimiento a un plan de reorganización que cumpla con un estándar general elaborado por el Estado; y, en este sentido, es viable si el valor de la empresa en funcionamiento es mayor al de liquidación y si es posible ajustar la nueva estructura crediticia de la empresa de acuerdo a las expectativas reales de subsistencia.

Este principio actúa en dos fases distintas y corresponden a las siguientes:

i. La primera es la anterior al procedimiento liquidatorio. Cobran relevancia todos los mecanismos de negociación que debe establecer el sistema concursal y que tienen por objeto prevenir una declaración de quiebra: el principio actúa aquí en la fase de *preinsolvencia*⁶⁵.

Pueden serlo, a su turno, procedimientos con homologación jurisdiccional o sin ella.

En cuanto a los mecanismos que no requieren intervención de la justicia, el francés es uno de los sistemas más evolucionados y cuenta con instituciones que son muy novedosas. Así ocurre con la *prevención a través de la alerta*, consagrada en la Ley de 1º de marzo de 1984, procedimiento que tiene por objeto informar a los órganos de gestión de la empresa (y eventualmente a otros) acerca de *hechos de naturaleza tal que comprometan la continuidad de la explotación*, a fin de que se adopten todas las medidas necesarias para remediar las dificultades. Este procedimiento se ejerce a partir del “derecho a la alerta”, el que se traduce en un derecho de intervención, o sea, una solicitud de explicaciones a los directivos de la

objeto evitar la quiebra, sea por medio de una *propuesta de acuerdo preventivo* presentada por el deudor en el llamado período de exclusividad, sea a través del *salvataje de la empresa*, mecanismo consistente en la propuesta de acuerdo preventivo presentada por los acreedores o terceros interesados, en el evento de fracasar la propuesta del concursado o cuando no se hubiere presentado ésta durante el período de exclusividad, la que de ser aprobada por los acreedores, hará dueño de la empresa fallida al proponente, previo pago del precio de ésta, tomando a su cargo el pasivo de la empresa); por último, se contempla la *conversión de la quiebra en concurso preventivo*. Sobre el salvataje de la empresa, sistema muy innovador pero también muy criticado, *vid.*, Vítolo, Daniel. “*El nuevo régimen concursal*”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003, pp. 134 -200.

⁶² “El tribunal decide (...) la continuación de la empresa cuando existen posibilidades serias de reorganización y reglamentación del pasivo”. Traducción libre.

⁶³ La misma disyuntiva se presentaba en la Ley de 1967. *Vid.*, *supra* nota número 20.

⁶⁴ Bisbal Mendez, Joaquín. Op. cit., pp. 301-302.

⁶⁵ *Vid.*, *supra*, pp. 9-11.

empresa, y que puede ser interna (si es ejercida por socios, trabajadores, inspectores, etc.) o externa (si es activada por el tribunal o por las Asociaciones de Prevención)⁶⁶.

Por su lado, los mecanismos jurisdiccionales que se aplican en esta fase de la conservación se refieren en la mayoría de los casos a convenios judiciales preventivos, es decir, aquellos que celebrados con anterioridad a la declaración de quiebra, tienen por objeto impedirlos en el futuro. Insistiendo en el sistema francés, mencionamos el procedimiento de *arreglo amigable*, establecido en 1984 mediante la Ley 84-148. El estándar que da a lugar a este procedimiento consiste en que la empresa, sin estar en cesación de pagos, experimente dificultades financieras, económicas o jurídicas; o bien, necesidades que no puedan ser cubiertas por un financiamiento adaptado a las posibilidades de la empresa. En general, el procedimiento se basa en el nombramiento de un conciliador por parte del presidente del tribunal respectivo, a requerimiento del deudor. La misión del conciliador es inducir a los acreedores a aceptar un acuerdo propuesto por el deudor destinado a la reorganización de la empresa, el que se traduce en una convención privada de carácter colectivo y oneroso, homologable por sentencia judicial.

ii. El segundo estadio en que opera este principio es aquel en que alguna solución concordataria logra poner fin al procedimiento liquidatorio de quiebra. A diferencia de la primera, esta etapa es reconocida universalmente en las diversas legislaciones con el establecimiento de los convenios simplemente judiciales (o la denominación de turno propia de cada ordenamiento). En Francia, fracasado el sistema de prevención y las negociaciones del arreglo amigable, la única posibilidad que tiene la empresa de recuperarse es mediante la *reorganización judicial*, regulada en la Ley 85-98 de 1985, y que opera básicamente a través de un plan de *redressement* (reorganización) formulado durante un período de observación, operando la liquidación judicial de manera subsidiaria en caso que la empresa esté condenada económicamente a desaparecer, o bien de manera inmediata sin período previo de observación cuando la empresa haya cesado toda actividad o cuando la reorganización fuera manifiestamente imposible, caso en que se aplica el instituto de la *liquidación inmediata*, creada por la Ley de 10 de junio de 1994⁶⁷.

En Chile, somos de pensar que este principio no está consagrado de una manera clara y expresa en nuestra ley concursal, que demuestre indubitadamente que el fin del derecho concursal es la prevención. Sin perjuicio de ello, hay instituciones que reflejan en mayor o menor medida el ideal de reorganización. Pero vamos por partes.

En relación a la preinsolvencia, el art. 169 del Libro IV del Código de Comercio⁶⁸, en una nueva regulación, señala que “cualquier acuerdo extrajudicial celebrado entre el deudor,

⁶⁶ En interesante exposición, cfr. Jeldes Saba, Felipe. “*La causa de la quiebra en el derecho concursal francés (análisis de su evolución histórica)*”. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998, pp. 129-135.

⁶⁷ Cfr. Jeldes Saba, Felipe. Op. cit., p. 140.

⁶⁸ En adelante, cada vez se indique referencia a artículos de nuestro derecho, se entenderá que lo son del Libro IV del Código de Comercio (“De las Quiebras”), a menos que se señale expresamente que corresponden a un cuerpo legal diverso.

antes de su declaración de quiebra, y uno o más de sus acreedores relativo al pago de sus obligaciones o a la administración de sus bienes, sólo obliga a quienes lo suscriban, aun cuando se le denomine convenio”. Estos acuerdos son definidos en doctrina comparada como “*contratos celebrados por el deudor con todo o parte de los acreedores, pudiendo convenir las prestaciones más variadas tendientes a superar las dificultades económicas o financieras de carácter general o su cesación de pagos*”⁶⁹. Junto con el convenio judicial preventivo (con especial relevancia para estos efectos el perfeccionamiento del *convenio apoyado* del art. 177 bis), es el único mecanismo que inserto en el Libro IV se puede aplicar a la preinsolvencia, fuera de algunos casos señalados en leyes especiales y que tienen un acotado alcance a los casos que regulan⁷⁰. Con la reforma de 2005, más allá de la sustitución de los antiguos convenios extrajudiciales por *acuerdos* extrajudiciales, para efectos de conservación esta norma es de una redacción de criticable simplicidad, ya que si bien es cierto se basa en un criterio de flexibilización total de negociaciones, este mecanismo paraconcursal será inoponible a la masa y perfectamente los acreedores que no participaron de él podrían solicitar la declaración de quiebra y obtener la liquidación de la empresa. Siendo un mecanismo de atractiva aplicación para reorganizar una empresa en crisis, extrañamos una regulación como la establecida en Argentina, país en que se regulan los acuerdos preventivos extrajudiciales (homologables o no), cuya aplicación lo es en virtud de un claro presupuesto objetivo⁷¹.

En lo que respecta a la etapa de conservación dentro del procedimiento de quiebra, típica consagración de este principio está representada por la celebración de los convenios simplemente judiciales, esto es, aquellos que tienen por fin dejar sin efecto una quiebra previamente declarada para evitar la liquidación y venta de activos. Fuera de los convenios, existen dos instituciones más que son expresión de este principio: la continuación del giro y la enajenación del activo como unidad económica, ambas operantes en la etapa de concurso liquidatorio.

⁶⁹ Concepto de Adolfo Rouillón, citado por Gómez Cárcamo, Lorena, en “*Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebras argentino*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002, p. 33.

⁷⁰ Así ocurre con el D.F.L. N° 3 de 1997, Ley General de Bancos, en que dado el principal valor de fe pública que está envuelto en la actividad bancaria y las consecuencias nefastas que puede traer en la economía nacional el principio de la concatenación de patrimonios en caso de liquidación forzosa, se contemplan en los arts. 118 y sgtes. del Título XV, dos mecanismos preventivos, a saber: la Capitalización Preventiva (art. 118) y la Capitalización de un Banco por el Sistema Financiero (art. 140). Mecanismos concursales, ambos de corte administrativo, son el Convenio Preventivo (arts. 122 y sgtes.) y la relegada a *ultima ratio*, Liquidación Forzosa (cuidadosamente regulada en los arts. 130 a 139 y cuya causa es expresamente la insolvencia). Otro tanto ocurre con el D.F.L. N° 251 de 1931, sobre Compañías de Seguro, cuerpo normativo que distingue en su Título IV, “De la Regularización de Compañías de Seguro”, distintos niveles en que se puede encontrar la situación de crisis, esto es, desde *déficit de patrimonio* (arts. 65 a 67), *déficit de inversiones o sobreendeudamiento* (arts. 68 a 71), *déficit de patrimonio y de inversiones o sobreendeudamiento conjuntamente*, hasta *insolvencia* (colegida del art. 79). La quiebra es subsidiaria, tiene como causa la insolvencia y puede declararse sólo en caso de déficit de patrimonio y de inversiones o sobreendeudamiento conjuntamente (art. 79 inc. 2°).

⁷¹ En conformidad a los arts. 69 a 76 de la Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522, este acuerdo tiene aplicación cuando el deudor se encontrare en estado de cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, produciendo, en caso de estar homologado, efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento.

La continuación de giro no fue tratada orgánicamente ni en la Ley 18.175 ni a propósito de alguna modificación incorporada en el Libro IV. Sólo se menciona a propósito de la incautación e inventario en el Título VII del Libro IV (art.99) y de las Juntas de Acreedores en el Título VIII, cuando se refiere en el párrafo tercero a las reuniones extraordinarias y continuación efectiva del giro del fallido (arts. 112 y sgtes.). Al no existir definición legal, la doctrina la conceptualiza como la “no paralización de actividades⁷²”. Como se sabe, la continuación puede ser provisoria o definitiva (ambas pueden ser totales o parciales).

La provisoria es facultad del síndico en interés de la masa, desde asumido el cargo y hasta la primera junta de acreedores, y sólo podrá consistir en la ejecución de aquellos actos que tiendan a facilitar la realización de los bienes y preparar una liquidación progresiva. Como vemos, no hay aquí expresión del principio de reorganización, ya que la finalidad de la continuación provisoria es realizar las operaciones indispensables para concluir con las actividades de la empresa que se encontraban pendientes para proceder a su inmediata liquidación⁷³.

La continuación efectiva de giro, por su parte, cabe a solicitud del síndico, sea en caso del art. 99 con autorización del tribunal previa acreditación de causas graves que así lo justifiquen, o también en la primera reunión ordinaria de acreedores, sin perjuicio de poder proponerla en cualquier oportunidad. Esta facultad también cabe a dos o más acreedores que representen a lo menos los dos tercios del pasivo de la quiebra con derecho a voto.

Estimamos que la correcta inteligencia que debe darse a las normas de continuación efectiva consiste en atribuirle un carácter de conservación para con la empresa, sólo si se considera la diversidad de oportunidades que hay para provocarla, que constituye una opción a los acreedores para pagarse con las utilidades resultantes del giro y para el fallido la de continuar con su unidad, y que en razón de ello perfectamente puede ser un antecedente para celebrar un convenio simplemente judicial, toda vez que se cumple con el requisito del art. 178 en orden a ser un objeto lícito para poner fin a la quiebra⁷⁴. En caso contrario, las ansias reorganizativas se diluyen en cierta forma, ya que la continuación es limitada en el tiempo (un año a partir del acuerdo fundado que contiene la decisión de continuar efectivamente el giro, prorrogable hasta por un año en la forma que señala el art. 113), y además en ese caso la continuación no entorpecerá los procedimientos de la quiebra, ni la realización de los bienes no comprendidos en la autorización y los acreedores que no aprobaron la continuación podrán iniciar o proseguir sus acciones en contra de los bienes de la continuación afectos a la

⁷² Puga Vial, Juan Estaban. “*Derecho Concursal. El juicio de quiebras*”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 2004, p. 603.

⁷³ En este sentido, el profesor Puelma señala que la conveniencia de continuar el giro provisoriamente es evitar las pérdidas derivadas de una liquidación brusca o para obtener un mejor resultado de la liquidación. Por ejemplo, puede convenir a la masa continuar provisionalmente el giro de una fábrica para terminar bienes semielaborados, que tienen un mejor mercado de venta una vez terminados. Puelma Accorsi, Álvaro. “*Curso de derecho de quiebras*”. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 1983, p. 74.

⁷⁴ Llama la atención el planteamiento de ciertos autores que prefieren la aplicación excepcional del instituto, principalmente por el perjuicio que puede producirse a los acreedores de primera clase. Cfr. Sagredo Fonca, Exequiel. Op. cit., p. 7.

seguridad de sus créditos, aspectos que necesariamente importarán un resentimiento en la integridad de la empresa.

Por último, manifestación de este principio está en la enajenación de activos como unidad económica. Esta institución está reglamentada en el Título IX (arts. 124 a 130), a propósito de la realización del activo. Y es precisamente en relación a ese aspecto que presenta interés en este estudio, ya que supone la obtención de un mejor precio de realización de bienes, no mediante el mecanismo de pública subasta, martillo o por el síndico, sino a través de la venta de un conjunto de bienes con significado económico y que tienen mayor valor considerados en conjunto que asiladamente. Es por eso que pese a ser un mecanismo de realización del activo inserto en el procedimiento de quiebra y que debe verificarse en el menor tiempo posible (art. 130), la reorganización no se manifiesta respecto del deseo del fallido de conservar su empresa, ni de cumplir con el interés social⁷⁵, sino indirectamente, en base a un criterio puramente económico, mediante su transferencia a un tercero, para de esta forma obtener el mejor precio posible para proceder al pago del pasivo.

2.2. Principio de igualdad o paridad concursal. Este principio, conocido universalmente como *par conditio creditorum* o *par conditio omnium creditorum*⁷⁶, es un axioma básico y esencial del derecho concursal, que lo ha informado en todas sus vertientes históricas y cuya principal importancia radica en servir como criterio interpretativo informador de todo el sistema concursal. Esto es así porque los acreedores no privilegiados tienen como respaldo mínimo el hecho de que el juicio concursal propenderá a la recomposición y reparto del pasivo del deudor, sea mediante un convenio o a través de la quiebra, en una forma proporcional a las fuerzas que el mismo tenga. Por ello se dice que es inevitable para los acreedores soportar alguna pérdida, sea en concordato o liquidación, de manera que el juicio concursal tiene por principal característica ser un medio equitativo de distribución de pérdidas entre los acreedores, a prorrata de sus respectivos créditos.

En las reformas de nuestro sistema en 2005, este principio no ha sido olvidado, y se desprende de todos aquellos nuevos aspectos que tienden, en la quiebra, a la mejor forma de recomposición del pasivo. Destacan en este sentido la batería de modificaciones que reforman un aspecto tan sensible para estos efectos, como es la administración privada de la quiebra y el estatuto de los síndicos; así ocurre, por mencionar sólo algunos casos, con los requisitos para

⁷⁵ La enajenación como unidad económica tiene su antecedente directo en el derogado D.L. N° 1.509 de 1976, normativa que había establecido un sistema que permitía enajenar como un solo todo bienes que comprendían una unidad económica, a fin de evitar el desmembramiento o terminación de establecimientos o industrias respecto de los cuales existía un *interés social en su conservación, aunque fuera en otras manos que las de un fallido*, sin perjuicio de que también autorizaba a los acreedores para vender como unidad económica, cumpliendo con formalidades, cuando ello era más conveniente a sus intereses que la venta por separado. Puelma Accorsi, Álvaro. “Curso de derecho de quiebras”, 3° edición. Op. cit., p. 169. La cursiva es nuestra para denotar que en la Ley 18.175, y ahora en el Libro IV, se extraña una mención en tal sentido en las normas que regulan la venta como unidad económica, ya que más allá de las consecuencias económicas, siempre en la conservación de una empresa está implícito el interés social.

⁷⁶ Siguiendo a Tonón, concluimos que estas son las denominaciones correctas. Es incorrecto que en lugar de *par* (que en latín significa igual), se escriba *pars*, porque *pars*, en latín, significa parte. Tonón Antonio. Op. cit., p. 29. En nuestro medio, hemos observado varios trabajos en que se incurre en el error.

ser síndico, inhabilidad para serlo, examen de conocimientos ante la Superintendencia de Quiebras⁷⁷, normas de probidad, cuentas del síndico, remuneraciones, etc. En relación a ello, destacan también las nuevas facultades de fiscalización que tiene la Superintendencia en la Ley 18.175, como también la interpretación administrativa de la ley, auditorias externas, aplicación de sanciones, etc. En el procedimiento de quiebra, se establecen importantes modificaciones en relación a los efectos retroactivos de la declaración de quiebra que tienen por objeto mantener incólume la integridad del patrimonio del deudor; así ocurre con la ampliación de plazo para la fijación de la fecha de cesación de pagos, del todo importante para efectos de ejercer acciones de inoponibilidad, donde también se aumenta el plazo de prescripción de las mismas, se modifica el procedimiento a que se someten y los sujetos legitimados para ejercerlas.

En materia de convenios, la igualdad también está presente con atractivas alternativas para solucionar el pasivo del deudor o fallido. El mecanismo de convenios es ampliamente mejorado en la Ley 20.073 respecto de la anterior 18.175. En efecto, se dedica el Título XII del Libro IV a la materia, se sistematiza adecuadamente la regulación de los llamados acuerdos extrajudiciales, el convenio judicial preventivo y el simplemente judicial, respectivamente. Señalamos a título introductorio algunas principales modificaciones.

Respecto al convenio judicial preventivo, destaca la figura del convenio obligatorio del art. 172, el perfeccionado convenio apoyado del art. 177 bis, la intervención del experto facilitador, el nuevo convenio simplificado del art. 177 quáter, la mención amplia acerca del objeto de un convenio (con tal que sea lícito), etc.; en materia de aprobación de los convenios, hay modificaciones en cuanto al mecanismo para obtener mayorías para aprobación, objeto de las garantías estipuladas en los convenios, impugnación, etc.; en cuanto a los efectos de los convenios, se establece una novedosa regulación acerca del efecto de las cauciones preexistentes; por último, se modifica el tratamiento del rechazo del convenio judicial preventivo y se establece causal genérica para alegar la nulidad e incumplimiento del convenio, etc.

2.3. Principio de Buena Fe. Si el derecho concursal otorga a los acreedores quirografarios la garantía de un trato igualitario, es a consecuencia del comportamiento de buena fe (de corte subjetivo) que debe guardar el deudor o fallido respecto de las instituciones concursales y los intervinientes en las mismas. El control de buena fe se desprende, por ejemplo, de todos aquellos antecedentes que según el art. 42 debe acompañar el deudor que solicita su propia quiebra, tales como inventario o relación detallada de todos sus bienes, estado de deudas, memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de negocios, etc. También está presente en las acciones de inoponibilidad y el aumento de la fecha de cesación de pagos, que según el art. 63, no podrá ser fijada en un día anterior en más de dos años a la

⁷⁷ En adelante Superintendencia.

fecha de la resolución que declare la quiebra. En esta materia la ley es bastante sensible; recordemos, por ejemplo, que en caso de los efectos retroactivos respecto de todo deudor y tratándose de otros actos o contratos que no sean a título gratuito, la ley hace aplicable la acción pauliana del art. 2.468 del Código Civil, pero presumiendo el conocimiento del mal estado de los negocios desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos. La ley repugna estos actos que atentan contra la integridad del patrimonio del deudor, y la reforma, acentuando aun más el carácter tutelar de estas normas, facilita su sanción, por la vía de aumentar el plazo de prescripción de estas acciones de uno a dos años desde la fecha del acto o contrato, legitimando también al síndico (previo acuerdo de la junta de acreedores) para interponer la acción y, por último, a través de su conocimiento en juicio sumario.

En materia de convenios, la buena fe es particularmente importante⁷⁸, ya que éstos se basan en el crédito que debe infundirle el deudor a los acreedores: es a éstos a quienes el deudor debe inspirar la suficiente confianza y credibilidad, la que mira esencialmente al decoro que ha de tener el deudor en el cuidado de sus negocios, como, asimismo, respecto a su integridad moral, para conseguir el respaldo que de ellos requiere la celebración de un convenio⁷⁹. En este sentido, la buena fe se consagra claramente a propósito de la obligación del deudor de acompañar todos los antecedentes que señala el art. 42 en caso de proposición de convenio judicial preventivo, como también, en el informe que debe hacer el síndico sobre dichas proposiciones y que la reforma dota de un novedoso contenido en el art. 174.

Por último, la buena fe constituye un beneficio para el deudor, de forma de poder terminar con el estado de quiebra mediante el sobreseimiento definitivo extraordinario del art. 165 n°s 2 y 3, esto es, cuando aun no alcanzando a cubrirse las deudas con el producto de la realización del activo, terminado el procedimiento de calificación de la quiebra ésta haya sido calificada de fortuita, y cuando el deudor no haya sido condenado por algunos de los delitos del art. 466 del Código Penal.

2.4. Principio del aumento del poder de los órganos concursales. Se refiere a todas aquellas nuevas atribuciones que la reforma provee a órganos tales como el síndico y la Superintendencia, con la finalidad de tutelar el interés general presente en la quiebra, los derechos de los acreedores, del fallido, de los trabajadores y también para propender a la conservación de la empresa.

⁷⁸ Este carácter se excepciona en la legitimación del deudor para proponer convenios, en que la buena fe es actualmente irrelevante. *Vid., infra*, p. 40.

⁷⁹ Gómez Balmaceda, Rafael. “*Convenios Concurales*”. Charla efectuada los días 14 y 16 de marzo de 2006 en Seminario “Convenios Concurales”, Universidad de Chile. Editado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006, p. 8.

CAPITULO III

LAS REFORMAS EN CONCRETO.⁸⁰

La batería de modificaciones de la legislación concursal nace principalmente del trabajo colectivo de un conjunto de destacados abogados y expertos en derecho concursal, quienes reunidos en numerosas sesiones en dependencias de la Superintendencia, a partir de marzo de 2002, dieron origen a muchos de los aspectos de fondo que hoy en día encontramos en las normas del Libro IV de nuestro Código. Los objetivos de dicha instancia de trabajo se enmarcaron en la denominada *Agenda Pro-Crecimiento*⁸¹, concordada entre el Gobierno del ex Presidente Ricardo Lagos Escobar y la SOFOFA. De esta manera, las iniciativas de reforma legal tienen su origen en los Mensajes del Ejecutivo N° 320-348 de 17 de diciembre de 2002 y 359-351 de 10 de septiembre de 2004, respectivamente⁸².

1. Modificaciones a la legislación concursal en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la Superintendencia de Quiebras.

De acuerdo con el Mensaje Presidencial, las modificaciones propuestas tienen por objeto mejorar la institucionalización de los síndicos privados y perfeccionar el sistema de administración contenida en la Ley de Quiebras N° 18.175⁸³. En este sentido, los propósitos de dicha modificación apuntan a fortalecer y dar mayor transparencia al sistema de administración privada de las quiebras, a fin de evitar la eventual ocurrencia de abusos; generar mayor eficiencia en la administración del sistema; y mejorar la institucionalidad de la Fiscalía Nacional de Quiebras (hoy Superintendencia), regulando sus facultades sancionatorias. Los aspectos más importantes que distinguiremos son los siguientes:

⁸⁰ Advertencia: en lo sucesivo se expondrán sólo las modificaciones más importantes en sede de procedimiento de quiebra y convenios, que sean ilustrativas para determinar cuál es la importancia e impacto actual de la quiebra como concurso y como solución alternativa y excluyente a la conservación, representada mayoritariamente en nuestro derecho por los convenios concursales.

⁸¹ La Agenda Pro-Crecimiento está conformada por una serie de propuestas y proyectos de ley orientados a aumentar la competencia del país en mercados claves, a mejorar la competitividad de la economía en general y a otorgar mayor transparencia a la gestión pública, mediante un amplio conjunto de modificaciones en las siguientes áreas: regulaciones que favorecen la competitividad; políticas tecnológicas, particularmente en lo que respecta a la masificación del uso de nuevas tecnologías de información; simplificación de trámites del sector público; modificaciones de la estructura tributaria, principalmente para incentivar la inversión y profundizar el mercado de capitales; medidas para aumentar la eficiencia del gasto público; proyectos relativos al mundo laboral, y desarrollo de las exportaciones. *Vid.*, Boletín N° 3.671-03, Informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley N° 18.175, de quiebras, en materia de convenios concursales, en http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?3671-03 (30 de noviembre de 2006).

⁸² Ambos disponibles en www.senado.cl (13 de noviembre de 2006).

⁸³ Hay que recordar que tanto en el Código de Comercio como en el Código de Procedimiento Civil la administración de la quiebra estuvo a cargo de síndicos privados. En 1929, con la Ley 4.558, se suprime este sistema y la administración de la quiebra pasa a ser estatal, encargada a la Sindicatura General de Quiebras. *Vid.*, *supra*, p. 14.

1.1. Reformas al estatuto de los síndicos. Con el transcurso del tiempo quedaron al descubierto las debilidades que presentaba la Ley de Quiebras (básicamente por razones de probidad e idoneidad de los síndicos), y se hizo indispensable, con el fin de preservar el sistema de síndicos privados y evitar que se torne ineficiente o controvertido, proponer modificaciones que solucionen los problemas más importantes que fueron detectados. De esta manera, los puntos más sensibles que fueron modificados tienen relación con:

- Requisitos para ejercer como síndico. Los síndicos son administradores concursales que representan los intereses generales de los acreedores en lo concerniente a la quiebra, como también a los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de sus facultades determinadas por ley. Asumen una función pública tremendamente técnica, compleja y delicada dentro del procedimiento concursal, sea de liquidación o de convenio. Por ello estamos con quienes mantienen que se trata de un órgano jurisdiccional de naturaleza privada, sometido a un triple control: jurisdiccional; administrativo, por el órgano del Estado; y particular, por parte de los acreedores. Además se trata de un órgano que ejerce facultades jurisdiccionales delegadas, puesto que si no se realizaran los bienes de la quiebra y no se pagarán los créditos con su producido, dicha labor correspondería al juez⁸⁴. Por estas razones, el Mensaje considera que la Ley 18.175 es muy poco exigente en los requisitos para ser síndico, lo que no se aviene con la seriedad y envergadura de esta función, sobre todo en lo relativo al resguardo de la fe pública. Por aquello se ha querido ser más riguroso en el acceso de los postulantes y en el control de la labor de los síndicos en ejercicio.

Así las cosas, para ser síndico se requiere la inclusión, por Decreto Supremo del Ministerio de Justicia, en la Nómina Nacional de Síndicos. De acuerdo al art. 16, el postulante deberá cumplir con el requisito de tener el título de ingeniero con a lo menos diez semestres de estudios o contador auditor o de contador público, otorgados por universidades del Estado o reconocidas por éste o de abogado, que hayan ejercido la profesión a lo menos por cinco años⁸⁵, y que aprueben el examen de conocimientos rendido en la Superintendencia. La anterior calificación de *idoneidad suficiente* por parte del Ministerio de Justicia fue eliminada y en su lugar se estableció la rendición de un examen de conocimientos ante la Superintendencia, la que deberá señalar fecha para rendirlo, a lo menos dos veces al año⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸⁴ Cfr. Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. “*Reforma al derecho de quiebra. Nuevo Estatuto de los Síndicos*”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006, pp. 8-9.

⁸⁵ Esta exigencia fue aisladamente rechazada en la discusión de la ley. En efecto, Axel Buccheister, abogado del Instituto Libertad y Desarrollo, mantuvo que la ley asume que sólo están capacitados para el rol de síndicos quienes tienen un título profesional y lo han poseído por cierto tiempo. La función de síndico la más de las veces es carácter comercial -vender bienes- y para ello puede estar mejor preparado quien tenga experiencia como empresario, como comerciante o alguien especializado en corretajes, que un profesional por el solo hecho de haber estudiado en la universidad y haber ejercido su profesión por cierto lapso. *Vid.*, Boletín N° 3.180-03, Informe de la Comisión De Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.175, en materia de Fortalecimiento de la Transparencia en la Administración Privada de las Quiebras, Fortalecimiento de la labor de los Síndicos y de la Superintendencia de Quiebras, disponible en http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?3180-03 (13 de noviembre de 2006).

⁸⁶ Sin embargo, de acuerdo al art. 16 del proyecto original; “El Ministro de Justicia, mediante Decreto Supremo fundado, podrá restringir en determinados períodos el ingreso a la nómina nacional de síndicos por causas graves o urgentes o por exceso de síndicos a nivel nacional o regional”. El espíritu general del Proyecto era fortalecer la competencia entre los síndicos y producir una selección natural de los más eficientes, probos e idóneos, en

De esta manera, la ley entiende que la idoneidad está circunscrita a un punto de vista técnico profesional y no en base a un componente ético referido a la integridad, rectitud y honradez. Sin embargo, consideramos que tales valores también se resguardan, al menos indirectamente, porque es lógico que por medio del examen de conocimientos se va a burlar todo tipo de tráfico de influencias y corrupción⁸⁸. Esta misma obligación deberán cumplir los síndicos en ejercicio. El contenido del examen será común para postulantes y síndicos y lo fija el Superintendente con la debida anticipación. Las sanciones en caso de reprobación será, en caso de los postulantes, su no ingreso a la Nómina en dicha ocasión, mientras que para los síndicos en ejercicio, será la suspensión para asumir nuevas quiebras, convenios o cesiones de bienes; deberán volver a rendir el examen en el año calendario siguiente, en la fecha que fije la Superintendencia para todos los que se encuentren en la misma situación; y si vuelven a reprobado, dejarán de formar parte de la Nómina Nacional de Síndicos.

En relación a los síndicos, es importante señalar la garantía de fiel desempeño consagrada en el art. 21 bis. Esta norma fue objeto de discusión⁸⁹ y finalmente quedó

perjuicio de los que no han dado garantías a los acreedores, de manera de facilitar el trabajo fiscalizador de la Superintendencia (que actualmente fiscaliza a 140 síndicos en todo el territorio nacional contando con una sola oficina en Santiago). No obstante, el Senado rechazó esta disposición y quedó eliminada del Proyecto. Cfr. Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. Op. cit., pp. 28-29.

⁸⁷ En la práctica, de acuerdo a la información exhibida en el sitio web de la Superintendencia, se efectuó por medio de sorteo, ante notario público, el llamamiento de los primeros 34 síndicos de la nómina, de un total de 136 que debían rendir el examen. Este sorteo se realizó en presencia del Superintendente de Quiebras, las Jefaturas responsables de este proceso y la Directiva de la Asociación Nacional de Síndicos A.G. Los 34 síndicos sorteados fueron notificados formalmente del lugar, fecha y hora del examen. Además, se dictó instructivo donde se estableció que se entenderían reprobados para todos los efectos legales, los síndicos que obtuvieran nota inferior a cuatro, en una escala de uno a siete y los que citados al examen no lo rindieran o no concurrieran en la fecha establecida, salvo caso fortuito o fuerza mayor, debidamente acreditado ante la Superintendencia. En esta situación, se deberá rendir el examen al tercer día hábil siguiente al término del impedimento y será preparado por una comisión designada al efecto. Paralelamente, a efectos de asegurar rigor universitario e imparcialidad, se licitó públicamente los servicios de examinación por parte de una Universidad, a efectos de preparar y aplicar el examen de conocimiento. Esta aplicación se realizó el pasado jueves 27 de julio de 2006, en las dependencias de la Universidad Tecnológica Metropolitana, Universidad que se adjudicó la licitación. *Vid.*, www.squiebras.cl (13 de Noviembre de 2006). El mismo sitio muestra nuestra muestra aquellos que reprobaron, por no concurrir sin causa justificada o por obtener nota inferior a cuatro coma cero.

⁸⁸ Pese a ello, para los autores no es tan claro que aquellos valores morales hayan sido tomados en cuenta por la ley en el cumplimiento de esta exigencia. Cfr. Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. Op.cit., p. 23.

⁸⁹ Esta norma era diametralmente opuesta a como la conocemos ahora en virtud del art. 21 bis. El proyecto original disponía: “Todo síndico, una vez incluido en la nómina, y para garantizar su correcto desempeño y la indemnización de los perjuicios que pueda causar al fallido, a la masa o a terceros, deberá rendir una caución por el monto de 2.000 unidades de fomento. La caución podrá consistir en una boleta bancaria de garantía u otra equivalente de acuerdo a las normas generales que imparta la Superintendencia. El documento en que conste la caución deberá ser calificado por la Superintendencia y se mantendrá bajo su custodia. El síndico deberá mantener vigente su garantía mientras subsista su responsabilidad”. Esta norma fue objeto de indicaciones en el Senado. Se argumentó que la obligación de rendir caución restringe indebidamente el ejercicio de la actividad de síndico, como también que una garantía por dicho monto sólo podrá ser otorgada por quienes cuenten con un gran patrimonio y resultarán discriminados quienes, no obstante ser capaces y probos, no tengan recursos suficientes. También se sostuvo que nada obsta a que, en cada caso los acreedores exijan alguna garantía al síndico, si les parece necesario. Defendiendo el establecimiento de esta norma, el ex Superintendente de Quiebra, Diego Lira, replicó en el sentido de que los síndicos ejercen una actividad pública y que su administración compromete bienes ajenos, cuya cuantía puede llegar a ser considerable. Puntualizó que es una sola caución, que debe mantenerse vigente por todo el tiempo que el síndico esté en funciones y no depende del número ni del volumen de las quiebras que administre. En este aspecto, dijo, se ha seguido el modelo aplicado a los agentes de seguros y de aduanas. Agregó que a los acreedores minoritarios usualmente no les cabe participación en el nombramiento del síndico, por lo que se trata de darles la garantía mínima de que existirá un bien sobre el cual puedan ejercer su derecho general de prenda si el administrador de la quiebra incurre en responsabilidades civiles. Finalmente, para salvar polémicas, el ex Superintendente propuso el criterio intermedio plasmado hoy en día en la ley, el que fue aceptado unánimemente. Cfr., Boletín N° 3.180-03, Segundo Informe De La Comisión De Economía, en http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?3180-03 (14 de noviembre de 2006).

establecida en términos de ser la junta de acreedores, en su primera reunión ordinaria, la que deberá determinar si exige o no al síndico una garantía de fiel cumplimiento de su cargo y en caso afirmativo, la clase y monto de ella. El síndico deberá mantener vigente la garantía mientras subsista su responsabilidad. Esta garantía es por el ejercicio como síndico y no por cada nueva quiebra en que participe. En todo caso, estimamos que su exigencia sólo puede hacerse respecto de aquellos síndicos que efectivamente han sido designados en un convenio o quiebra, es decir, a partir de la sentencia que declara la quiebra y hasta haber dado cumplimiento a su cometido, sin olvidarnos también de que la responsabilidad civil del síndico alcanzará hasta culpa levísima: en este sentido debe entenderse la última frase del art. 21 bis en cuanto a la vigencia de la garantía mientras dure su responsabilidad.

Por último, en este punto se ha establecido un catálogo de normas de probidad que deben observar los síndicos en ejercicio o los postulantes a serlo. Así resulta de las normas que establecen prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades para integrar la Nómina y para asumir la calidad de síndico. En este punto, remitimos al lector a los arts. 17, 22 y 24.

- Designación del síndico. Este tema ha sido modificado positivamente en razón de velar por la transparencia, eficiencia e idoneidad en la elección del síndico. En la anterior regulación, la designación del síndico provisional titular y suplente era un arbitrio propio del juez que declaraba la quiebra; a los acreedores sólo cabía proponer, facultativamente, el nombre de a lo menos tres de las personas individualizadas en la Nómina Nacional de Síndicos. Este ha sido un sistema perverso, y al menos en cuanto a la proposición facultativa de los acreedores, tal como señala el síndico Lionel Stone⁹⁰, ésta “ha caído en desuso, y ha sido reemplazada por instrucciones de la propia Corte de Apelaciones de Santiago, que contraviniendo el texto expreso de la ley, instruyen a los magistrados para que designen Síndicos, por listas, turnos u otros arbitrios igualmente discrecionales. Ello ha provocado la actual pugna de los numerosos Síndico recientemente designados, para obtener un nombramiento, recurriendo a toda clase de recursos y presiones indebidas”. Así, se ha observado la tendencia de concentrar la quiebra en un número reducido de síndicos, produciéndose una cierta actividad de perverso cabildeo alrededor de los tribunales, aumentada en caso de quiebras cuantiosas en relación a los activos o los honorarios que pueda repartir⁹¹.

Por estas consideraciones, de acuerdo al art. 25 en relación con el art. 44, son los acreedores quienes soberanamente designarán al síndico titular y suplente en la solicitud de declaración de quiebra, y sólo a ellos el tribunal deberá designar en la sentencia que la declare. Este se consideró el mecanismo más transparente y eficaz -por sobre el sorteo y la criticada designación judicial-, por estar en manos de aquellos actores que tienen principal interés en una apta administración y desenlace del procedimiento, quienes además ejercen fiscalización en junta de acreedores. Se ha criticado este sistema del punto de vista del control e influencia

⁹⁰ En Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo.

⁹¹ Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. Op. cit., p. 49.

que los grandes acreedores puedan tener sobre el síndico y el procedimiento concursal, en perjuicio de los quirografarios. Esto es un hecho que no se puede desconocer, pero que no obstante, representará un importante desafío a las facultades fiscalizatorias que hoy en día ostenta la Superintendencia.

El sistema del interés predominante de los acreedores en la designación del síndico se expresa, además, en caso del deudor que solicita su propia quiebra (de acuerdo al mecanismo de citación de los tres acreedores que figuren con los mayores créditos en el estado de deudas presentado por el deudor, o a los que hubieran si son menos, para que señalen los nombres de los síndicos respectivos); participación del síndico como informante e interventor en el convenio judicial preventivo (de acuerdo al art. 173); nombramiento en caso de rechazo de convenio judicial preventivo, cuestión que regula el art. 209⁹²; en caso de desecharse el convenio judicial preventivo (art. 196 en relación con el art. 209); cuando se declara la nulidad o incumplimiento del convenio, caso en que de acuerdo del art. 215, deberá señalarse en la demanda de nulidad el nombre de un síndico titular y suplente, y en caso que haya más de una demanda de nulidad o incumplimiento, el juez designará al síndico señalado en unas de las demandas que se acojan (también se aplica la restricción del art. 174 N° 1 que mencionamos)⁹³; y, por último, en caso de nombramiento de síndico cuando se rechaza la cesión de bienes (art. 251).

- Obligación del síndico de rendir cuenta. Actualmente el síndico debe rendir cuenta provisoria y definitiva de su actuación.

La cuenta provisoria se encuentra consagrada en el art. 29. Se establece la obligación del síndico de rendir cuenta periódicamente de su gestión a la junta de acreedores en la forma y plazos que establezca la Superintendencia (en conformidad con el art. 8 N° 3 de la Ley 18.175⁹⁴), los que no podrán ser superior a seis meses. Si el síndico no presenta la cuenta, se aplicará una multa de hasta 15 unidades de fomento, a beneficio fiscal. La cuenta provisoria es una novedad respecto de la anterior Ley 18.175, y tanto la periodicidad con que debe rendirse,

⁹² Esta norma distingue el rechazo del convenio (por no reunirse las mayorías legales para su aprobación) del acto por el cual se desecha un convenio (es decir, aquel que no obstante reunir las mayorías legales para su aprobación, es desechado por acogerse alguna causa legal de impugnación en su contra). En ambos casos, la junta deberá señalar los nombres de un síndico titular y suplente, a quienes el tribunal deberá designar con carácter de definitivo, menos el síndico que fue designado en calidad de interventor con ocasión de presentación de proposición de convenio judicial preventivo por parte del deudor, en caso del art. 174 N° 1. Esta norma busca obtener independencia entre el trabajo del síndico interventor y la decisión que la junta adopte en cuanto a la suerte del convenio.

⁹³ Adelantamos que la causa de nulidad actualmente es una sola: la ocultación o exageración del activo o del pasivo y que hubiesen sido descubiertas después de vencido el plazo para impugnar el convenio.

⁹⁴ Esta norma faculta a la Superintendencia para impartir a los síndicos y a los administradores de la continuación de giro, instrucciones de carácter obligatorio sobre las materias sometidas a su control y, en especial, fijar normas para la presentación de informes, estados de avance y cuentas provisionales o definitivas que deben presentar los síndicos. En cumplimiento de esta norma, de acuerdo al Instructivo N° 8 de 24 de Noviembre de 2005, las cuentas provisionales se confeccionarán semestralmente y estarán referidas a las fechas de cierre 30 de junio y 31 de diciembre de cada año. Las cuentas provisionales al 30 de junio deberán ser enviadas a la Superintendencia dentro del plazo máximo de los 40 días siguientes a la fecha de cierre respectiva. Por su parte, las cuentas al 31 de diciembre de cada año, deberán remitirse en un plazo máximo de 60 días contados desde esa fecha. En ambos casos, las cuentas deberán ser rendidas ante la junta ordinaria de acreedores que se realizará en la fecha siguiente al vencimiento de los plazos señalados. La forma y contenido de la cuenta también se indica en el Instructivo.

Vid., www.squiebras.cl/documentos/instrucciones_vigentes/2005/Instructivo%208.DOC (14 de noviembre de 2006).

como la multa en caso de omisión, nos hace pensar que su propósito no es sino mantener al síndico en permanente diligencia respecto de su labor e información a los acreedores respecto de la suerte del procedimiento.

La cuenta definitiva, por su lado, deberá rendirse por el síndico a más tardar a los treinta días siguientes al vencimiento de los arts. 109 y 130, esto es, en general, luego del vencimiento del plazo de seis meses una vez verificada la realización del activo, cualquiera sea su forma. Deberá hacerlo antes en caso de que se hubieren agotado los fondos o se hubieren pagado íntegramente los créditos reconocidos y no haya impugnaciones por resolver, o todos los acreedores hubieren convenido en desistirse de la quiebra o remitir sus créditos. También deberá rendirse antes en caso que el síndico hubiere cesado anticipadamente en el cargo.

Las novedades en materia de cuenta definitiva vienen dadas por el procedimiento que se explicita en la ley respecto de la presentación de la cuenta al tribunal. Éste se basa en las siguientes actuaciones: presentación de la cuenta al tribunal, quien ordena notificación por avisos; citación del tribunal a junta de acreedores, que deberá celebrarse al decimoquinto día siguiente al de su notificación; el aviso debe contener un extracto de la cuenta definitiva, e indicar el lugar, día y hora de celebración de la junta; por último, el síndico debe remitir copia de la cuenta a la Superintendencia, conjuntamente con su presentación al tribunal. Este procedimiento es importante porque a contar de la fecha fijada para la junta, *háyase esta realizado o no*⁹⁵, los acreedores y el fallido que no se hayan pronunciado a favor de la aprobación de la cuenta y la Superintendencia, dispondrán del plazo de treinta días hábiles para objetar la cuenta rendida por el síndico. Finalmente, en cuanto a los efectos de la aprobación de la cuenta (art. 31 inc. 2º), éstos importan del momento que fijan el alcance de las atribuciones fiscalizadoras de la Superintendencia: una vez aprobada la cuenta definitiva, éstas cesan en relación a las partidas contenidas en ella, pero no en cuanto a la condonación del dolo futuro y a las materias no tratadas en ella.

- Remuneración del síndico. Se contempla una remuneración única del síndico y todos sus asesores de acuerdo al mecanismo del art. 34. Sólo de este modo, dicho honorario se considerará un gasto de administración de la quiebra.

1.2. Facultades de la Superintendencia de Quiebras. Se han establecido nuevas atribuciones en este órgano, las cuales redundan en un mejor control de la labor de los síndicos y del desenvolvimiento de la quiebra en general. De acuerdo con el art. 8 de la Ley 18.175, las atribuciones y derechos más importantes que mencionamos son las siguientes:

- Fiscalizar las actuaciones de los síndicos en las quiebras, convenios o cesiones de bienes en todos los aspectos de su gestión, sean técnicos, jurídicos o financieros, así como las de los administradores en la continuación del giro. Esta normativa pone de manifiesto que las normas del Libro IV del Código de Comercio son de concursos y no sólo de quiebra,

⁹⁵ Vid., *infra* nota número 101.

extendiéndose las facultades fiscalizatorias de la Superintendencia a todo nuestro sistema concursal, para que de esta forma opere correctamente como un todo armónico.

- Interpretación administrativa de leyes, decretos y reglamentos. Esta atribución (que no tiene precedente en nuestro sistema concursal⁹⁶), es básicamente aplicable a los síndicos y tiene por objeto facilitar la fiscalización de un número cada vez mayor de ellos, por medio de la imposición de un criterio uniforme y vinculante, relativo a la forma de actuar de los síndicos en cuanto a la administración en las quiebras, información e intervención en los convenios, y como depositario e informante en las cesiones de bienes. Esta interpretación es sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales de los tribunales competentes⁹⁷.

- Examinar, cuando lo estime necesario, los libros, cuentas, archivos, documentos, contabilidad y bienes relativos a la quiebra, convenio o cesión de bienes. Esta norma es importante para determinar la conducta del síndico, la eventual insolvencia punible del fallido y las acciones revocatorias que puedan ser procedentes. Esta facultad se contemplaba acotadamente en la anterior regulación, por lo que ahora se actualizó en cuanto a su alcance (quiebra, convenios, cesión de bienes) y la sanción en caso de rehusarse la exhibición o entrega de la documentación requerida (falta grave para los efectos del art. 8 N° 9). También se contempla la posibilidad de decretar auditorias externas en casos calificados para determinadas quiebras (de envergadura). Esta facultad también cabe al juez de la quiebra, a petición del fallido y de los acreedores, como también a la junta de acreedores, en ambos casos bajo reunión de los quórum que prescribe la ley.

- Aplicación de sanciones al síndico. Se reemplaza la anterior *representación* a la junta de acreedores de cualquier infracción que observare en la conducta del síndico y su *proposición de revocación*, por la facultad de aplicar sanciones, por el incumplimiento que incurran en la aplicación de instrucciones y normas que fije la Superintendencia de acuerdo a sus potestades normativas, por resolución fundada y previa audiencia del afectado. La sanción va desde censura por escrito, multa de hasta UF 100, para llegar hasta suspensión de hasta seis meses para asumir nuevas quiebras, convenios o cesiones de bienes. Se contempla un mecanismo de reclamo fundado ante la Corte de Apelaciones del domicilio del afectado.

- Objeción a la cuenta del síndico. Actualmente se explicita en la ley una atribución no consagrada anteriormente, pero que de toda lógica, la Superintendencia realizaba en los hechos⁹⁸. Se legitima, a parte de la Superintendencia, también a los acreedores individualmente considerados y a la junta de acreedores, superando así los problemas

⁹⁶ Sin embargo existe con anterioridad en otros servicios públicos, tales como la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (Ley General de Bancos, art. 12 inc. 2°); Superintendencia de Valores y Seguros (art. 4 D.L. N° 3.538); Superintendencia de Isapres (art. 3 N° 2 Ley 18.933); etc.

⁹⁷ Esta característica se ha criticado en doctrina porque quiere decir que la interpretación que haga este organismo puede ser *reclamada antes los tribunales ordinarios o revisada por éstos* y siendo esta instancia posible, la particularidad de la interpretación perderá mucha importancia, *porque desembocaremos en definitiva, en la interpretación judicial*. Gómez Balmaceda, Rafael. “Intervención del Profesor Sr. Rafael Gómez Balmaceda en la mesa redonda sobre modificaciones a la Ley de Quiebras que introdujo la Ley 20.004, de 8 de marzo de 2005. Universidad de Chile, 7 de abril de 2005”, en Gaceta Jurídica, N° 302, año 2005, p. 22.

⁹⁸ Ello en razón de que está permanentemente encima de cada quiebra con la información necesaria, hasta el final del proceso.

ocurridos en la práctica⁹⁹. Estos actores deberán objetar la cuenta en la oportunidad que mencionamos más arriba, esto es, treinta días hábiles desde fijada la fecha para la celebración de la junta de acreedores convocada con ocasión de la presentación de la cuenta definitiva al tribunal, háyase ésta celebrado o no.

1.3. Modificaciones dentro del procedimiento de quiebra que tienen por objeto velar por la integridad del patrimonio del deudor. Hubo dos modificaciones al respecto:

- Orden de no innovar o suspensión del procedimiento. Actualmente se contemplan una serie de atribuciones respecto del síndico en caso que se dicte alguno de estos arbitrios con ocasión de la interposición del recurso especial de reposición contra la sentencia que declare la quiebra. El objetivo que se persigue es completar las atribuciones del síndico ocurrido este suceso, de manera que paralizado el procedimiento éste tenga claras atribuciones para que el deudor o fallido no realice actos perjudiciales para su patrimonio y que anteriormente podían quedar impunes, ya que sus bienes quedaban “en tierra de nadie”. De esta manera, de acuerdo al nuevo inciso final del art. 57, si se dicta orden de no innovar o se decreta suspensión del procedimiento con posterioridad a la incautación de bienes, el síndico podrá ejecutar todos los actos de administración necesarios para la debida conservación del activo de la quiebra. Si se dicta aquella o se decreta ésta antes de la incautación de bienes, la correspondiente resolución deberá establecer que el síndico actuará como interventor, con indicación de las atribuciones de que estará premunido. La misma norma regula el tema de la remuneración del síndico para estos efectos y lo relativo el régimen de venta de bienes.

- Acciones revocatorias concursales. Esta materia fue modificada por la Ley 20.004 y luego la Ley 20.073 concordó algunos plazos incompatibles. Es frecuente que el deudor en insolvencia, vislumbrando una inminente declaración de quiebra, ejecute ciertos actos con anterioridad a ella que menoscaben aún más su alicaída hacienda. Por ello, estas acciones se conceden en interés de la masa y tienen por objeto revocar aquellos actos o contratos perjudiciales celebrados por el deudor en el “período sospechoso”. Es por eso que se aumentó el plazo de cesación de pagos, estableciendo el art. 63 que no podrá ser fijada en un día anterior en más de dos años a la fecha de la resolución que declare la quiebra. Este plazo es muy importante, ya que permite a los acreedores imponerse del estado de negocios del fallido (máxime considerando que la crisis puede perfectamente surgir muy avanzado dicho plazo, es decir, con mayor cercanía a la fecha de declaratoria de quiebra que en contrario), y debe necesariamente relacionarse con el aumento del plazo de prescripción de estas acciones de uno

⁹⁹ Se constató la siguiente situación inicua: sólo estaban legitimados para objetar la cuenta definitiva el fallido y la junta de acreedores pero, sin embargo, muchas veces la junta dejaba de funcionar luego del reparto de fondos o porque simplemente se perdía todo interés en ello. Ante este escenario, el síndico presentaba la cuenta directamente al tribunal, el que sólo certificaba que no había sido objetada, en su caso. Como no se consagraba esta atribución respecto de la Superintendencia, tampoco respecto de los acreedores individualmente considerados y la junta de acreedores no existía, la tan importante labor del síndico quedaba sin control alguno. Cfr. Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. Op. cit., p. 122.

a dos años a partir de la fecha del acto o contrato. Además, se modifica la titularidad de estas acciones, correspondiendo su ejercicio al síndico, previo acuerdo de la junta de acreedores, o individualmente a cualquier acreedor, en ambos casos en interés de la masa. Se reemplaza el conocimiento de estas acciones en juicio ordinario por juicio sumario, con el fin de ganar mayor celeridad¹⁰⁰ y, finalmente, el art. 80 inc.2º establece una norma de protección del derecho de la mayoría de los acreedores que pudieren verse perjudicados por la oposición de los acreedores mayoritarios que han tomado parte en los actos que se pretenden revocar.

2. Modificaciones en materia de convenios concursales.

El conjunto de reformas en esta materia tiene como idea central la creación de una normativa que privilegie los acuerdos entre el deudor y sus acreedores por sobre la liquidación forzosa de la empresa que, muchas veces, en atención a su valor de liquidación, perjudica a los acreedores, y que siempre perjudica a sus trabajadores y al sistema económico en general. Esta es la *ratio legis* de la segunda parte de la modificación de nuestro sistema concursal a partir de la Ley N° 20.073¹⁰¹ y que sin duda alguna, pretende enfocar a nuestro derecho hacía el tratamiento contemporáneo de la insolvencia, esto es, la reorganización o conservación de la empresa en crisis. En este propósito, algunos nuevos aspectos miran al perfeccionamiento de mecanismos preestablecidos y otros no tienen precedente alguno en nuestra legislación concursal, siendo los más interesantes a estos efectos, los siguientes:

- Ampliación del sentido y alcance de las normas del Libro IV. El art. 1º del Libro IV señala actualmente que la presente Ley (entendemos el Código de Comercio¹⁰²) trata de los siguientes concursos: la quiebra; los convenios regulados en el Título XII; y las cesiones de bienes del Título XV. Es así como se otorga tratamiento diferenciado, en materia de convenios, a los denominados acuerdos extrajudiciales, al convenio judicial preventivo y al convenio simplemente judicial, terminando con una anterior regulación que en muchos aspectos era común tanto para el judicial preventivo y el simplemente judicial y que inducía a confusión.

- Acuerdos extrajudiciales. Se elimina toda limitación a la posibilidad de celebrar acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores. En este sentido, se elimina la causal de declaración de quiebra referida a la nulidad o resolución de los convenios extrajudiciales.

¹⁰⁰ Este cambio no ha sido compartido por parte de la doctrina. Se ha señalado que estas acciones de inoponibilidad son de lato conocimiento y que el juicio ordinario facilita la prueba que debe rendir quien entabla la acción. Cfr. Gómez Balmaceda, Rafael. “Intervención del Profesor Sr. Rafael Gómez Balmaceda...”. Op. cit., p. 30.

¹⁰¹ Publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de noviembre de 2005 y vigente, en virtud de su artículo transitorio, a partir del 29 de enero de 2006 por cumplirse sesenta días desde su publicación.

¹⁰² Lo entendemos así ya que somos de pensar que la sistematización realizada por la Ley 20.080, que ordenó incorporar la Ley 18.175 y sus modificaciones al Código de Comercio, y que excluyó de esta incorporación al Título II, que se mantiene como Ley N° 18.175, Orgánica de la Superintendencia de Quiebras, no es del todo clara y completa ya que lo hizo *sin señalar la secuencia numérica correspondiente a dicho Código*. Ello sin perjuicio del reconocimiento de la incorporación de la legislación concursal a un cuerpo normativo a que históricamente perteneció, como es el Libro IV del Código de Comercio, el cual, no obstante, siguió ostentando la denominación “De las Quiebras” (sic) y no uno como “De las Quiebras y otros Concursos”.

-Convenio judicial preventivo. Este tipo de convenio es la herramienta reorganizativa más importante de nuestro sistema y por ello fue modificado en sendos aspectos. Así las cosas, se eliminó la causal de indignidad del deudor que cometía alguno de los delitos del art. 466 del Código Penal, para proponer convenio judicial preventivo¹⁰³. Respecto a la proposición de estos instrumentos, se consagra el llamado *convenio obligatorio* o *solicitud o petición involuntaria*¹⁰⁴, es decir, el derecho del acreedor que se encuentre en alguno de los casos previstos en los números 1 y 2 del artículo 43, de poder ocurrir al tribunal competente para que ordene al deudor, o a la sucesión del deudor, formular proposiciones de convenio judicial preventivo dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación personal de la resolución que acoja la solicitud. La no presentación del convenio dentro del plazo indicado, acarreará, necesariamente, la quiebra del deudor y el tribunal la declarará de oficio. Ante la solicitud de proposición, el deudor podrá allanarse y el juez citar a junta de acreedores, o bien oponerse mediante recurso de reposición, en los términos que señala la ley. Se contempla un mecanismo de defensa para el deudor respecto de eventuales hostigamientos, en el sentido de que una vez notificada la solicitud, el acreedor no podrá retirarla o desistirse de ella, como tampoco ser objeto de transacción de ninguna clase y además el pago hecho al acreedor solicitante después de presentada su petición será nulo de pleno derecho.

En su proposición, el deudor deberá acompañar todos los antecedentes que determina el art. 42 pero, sin embargo, la ley incurre en la misma omisión anterior al no señalar qué ocurriría si el deudor no cumple cabalmente con esta exigencia legal¹⁰⁵.

En cuanto al rol que le corresponde al síndico en el convenio judicial preventivo, se consagra cuáles son sus atribuciones en calidad de interventor¹⁰⁶ en el art. 173, y en cuanto a la obligación de informar acerca de la proposición de convenio preventivo, se suple un anterior vacío legal, esto es, el contenido que debía tener el informe.

Con todo, una vez que el deudor ha sido notificado personalmente (o de acuerdo al art. 44 C.P.C.), tendrá el plazo de cinco días para manifestar que se acoge al beneficio del *experto*

¹⁰³ En concordancia con esta modificación, se eliminó como causal de nulidad del convenio la misma circunstancia.

¹⁰⁴ Institución emanada de la *Corporate Reorganization* norteamericana. Cfr. Prado Puga, Arturo. “*Reformas a la Ley de Quiebras*”. Charla efectuada el 14 de marzo 2006 en Seminario “*Reforma a la Ley de Quiebras*”, Universidad de Chile. Editado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006, p. 22.

¹⁰⁵ La doctrina ha mantenido que sin perjuicio del riesgo que conlleva el hecho que los tribunales no den curso a la proposición del deudor por vicios de forma, estaríamos en presencia de una suerte de rechazo del convenio, que irrogaría la declaración de oficio de la quiebra, toda vez que la sola proposición constituye, propiamente, una confesión judicial del estado de cesación de pagos. De ahí que se consulta la posibilidad que los tribunales puedan, de oficio, fijar un plazo para presentar o completar los antecedentes, bajo apercibimiento de declarar la quiebra del deudor. Para sustentar esta solución, se recurre a las distintas normas del procedimiento civil en que se autoriza tal facultad. Así ocurre con el art. 31 del C.P.C. en relación con el art. 238 del mismo Código. Cfr. Balmaceda Gómez, Rafael. “*De las proposiciones de convenio preventivo y el rol que les corresponde a los síndicos*”, en *Gaceta Jurídica*, N° 260, 2002, p. 65.

¹⁰⁶ Estas atribuciones son aquellas que corresponden al interventor judicial en caso del art. 294 C.P.C. Esta modificación es del todo positiva si consideramos que se constató en la práctica el hecho de que esta intervención, cuando se efectuaba, era de cargo de los mayores acreedores, quienes designaban en oportunidades a algún administrador o dejaban esta labor al propio deudor, según la confianza que le tuvieran. Cfr. Valencia, María Victoria. “*Los convenios dentro del ámbito de lo concursal*”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado, Vol. XIX, 1998, p. 218; Venegas Valenzuela, Luís. “*Los Convenios en la Quiebra*”, Editorial Parlamento Ltda., Santiago, 2003, p. 77.

facilitador consagrado en el art. 177 ter y, en este sentido, podría enervar los efectos de la conminación a que se expone en caso de no presentar convenio dentro de plazo.

El experto facilitador tiene por misión apoyar y estimular el acuerdo entre las partes interesadas en el convenio, proporcionarles información objetiva y suficiente y promover la recuperación y continuación de las empresas que sean viables¹⁰⁷. En palabras de la ley, este actor -persona natural capaz de administrar sus propios bienes-, tiene por función evaluar la situación contable, legal, económica y financiera del deudor, a fin de proponer a sus acreedores un convenio que sea más ventajoso que la quiebra o, en caso que del análisis que realice resulte que la mejor posibilidad es la declaración de quiebra, pueda solicitarla al tribunal, el que deberá declararla sin más trámite. El mecanismo del experto facilitador funciona sobre la base de una solicitud que efectúa el deudor al tribunal competente, para que cite a junta de acreedores para dentro de 10 días, la que debe nombrar al experto facilitador, el que quedará sujeto a la fiscalización de la Superintendencia. Previo a la designación del experto facilitador, se deberá nombrar un interventor. Es importante consignar que, de acuerdo al art. 173 ter inciso 7º, no podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos, o ejecuciones de cualquier clase, desde la notificación por aviso de la resolución recaída sobre la solicitud de experto facilitador y hasta la celebración de la junta citada para la designación del experto facilitador, en caso de que no se apruebe en ella esta designación; hasta la solicitud del experto facilitador al tribunal para que declare la quiebra del deudor; y hasta la celebración de la junta de acreedores a que se refiere el inciso final del art. 173 ter, si se rechaza en ella la proposición de convenio presentada por el experto facilitador. Durante los períodos indicados, se suspenderán dichos procedimientos judiciales, no correrán los plazos de prescripción extintiva y el deudor conservará la administración de sus bienes (con las limitaciones establecidas en el inciso 7º del artículo 177 bis) pero sujeto a la intervención del experto facilitador, quien cuenta con las mismas facultades que a éste entregan dicho inciso y el N°1 del inciso 1º del artículo 174.

Respecto a la proposición de convenio judicial preventivo, también se ha perfeccionado el mecanismo del art. 177 bis, conocido como “convenio apoyado”, esto es, la proposición presentada con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del total pasivo y cuyo efecto es ampliado a no poder solicitarse la quiebra del deudor, no poder iniciarse juicios ejecutivos o ejecuciones de cualquier tipo o suspenderse su tramitación en su caso (salvo ciertos juicios laborales que indica la norma), ni correr plazos de prescripción extintiva, durante los noventa días siguientes a la resolución que cite a junta de acreedores para resolver acerca de esta solicitud. Como se ve, actualmente el quórum de acreedores para

¹⁰⁷ Rolf Lüders, asesor de SOFOFA, en informe de la Comisión de Economía, recaído en el proyecto de Ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley N° 18.175, de quiebras, en materia de convenios concursales. Boletín N° 3.671-03, disponible en http://sil.senado.cl/cgi-bin/index_eleg.pl?3671-03 (18 de noviembre de 2006).

la presentación de la solicitud es claro, superando la antigua polémica acerca de la concurrencia de doble mayoría¹⁰⁸.

El art. 177 quáter consagra el denominado “convenio simplificado”, o sea, la proposición de convenio judicial preventivo que se haya presentado con el apoyo de uno o más acreedores, que representen más del 66% del total del pasivo. En este caso, al igual que en el convenio apoyado, se suspenden los procedimientos contra al deudor, pero aquí los acreedores se pronuncian directamente en junta sobre las proposiciones del convenio, eliminándose la función de informante que corresponde al síndico en los demás procedimientos.

Por último, el objeto del convenio judicial preventivo ha sufrido importantes modificaciones. Se establecen normas más flexibles para que estos instrumentos contemplen variadas posibilidades de arreglo entre el deudor o fallido y los acreedores. Con el propósito de evitar presiones de las mayorías necesarias para aprobarlo y velar así por la unidad e igualdad para todos los acreedores, sólo se limita el objeto de los convenios a situaciones de ilicitud y acuerdos que permitan modificar la cuantía de los créditos para la determinación del pasivo. En esta línea de flexibilización del contenido de los convenios, se establece la posibilidad de que éste contenga proposiciones alternativas, sobre las cuales los acreedores podrán pronunciarse¹⁰⁹, pero, en todo caso, el convenio será uno mismo para todos los acreedores, salvo acuerdo unánime en contrario. En este tema, se estableció como novedad la posibilidad de pactar como mecanismo de resolución alternativa de conflictos, el arbitraje unipersonal. En caso de proposición de convenio por parte del deudor, se exige el quórum de aceptación de acreedores que representen a lo menos el 66% del total pasivo. El tribunal arbitral goza de amplias facultades (arts. 180 y 181), sobretodo en cuanto a la prueba y su apreciación, y representa una atractiva forma de propender a la desjudicialización de los procedimientos y a su mayor especialidad técnica¹¹⁰.

- Aprobación de los convenios judiciales. En general se mantiene el quórum de aprobación del convenio pero se establece un nuevo mecanismo de formación de mayorías en relación al acreedor disidente. De este modo, para obtener las mayorías, un acreedor con derecho a votar podrá excluir a otro acompañando vale vista a su orden, de por a lo menos la suma mínima que correspondería conforme a la letra c) del número 2 del artículo 174, es decir,

¹⁰⁸ El régimen del art. 177 bis fue incorporado en el año 1987 con la Ley N° 18.598. Esta norma originalmente exigía como quórum para la presentación de la solicitud, el apoyo de la *mayoría de los acreedores que representen a lo menos el 51% del total pasivo*. Por ello, se entendió que se exigía una doble mayoría, es decir, tanto del número de acreedores, como en cuanto al monto que sus créditos representaban en el pasivo. Cfr. Puga Vial, Juan Esteban. “*Derecho Concursal. El Convenio de Acreedores*”. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, Santiago, 2004, p. 179; Valencia, María Victoria. Op. cit., p. 214. En contra: Gómez Balmaceda, Rafael. “*Convenios Concursales*”, en Gaceta Jurídica, N° 301, Julio 2005, p. 30.

¹⁰⁹ Así, el convenio podrá tener proposiciones sucesivas, esto es, distintas pero que se cumplen en etapas diferentes (por ejemplo, continuación de giro y enajenación como unidad económica), o presentadas en forma alternativa, por lo que se debe cuidar siempre que las proposiciones formuladas, a la hora de ejecutarlas, no sean incompatibles entre sí, ya que los acreedores deberán escoger una de ellas, bajo un criterio de coherencia, dentro de los diez días contados desde la fecha que la Junta lo acuerde. Prado Puga, Arturo. Op. cit., p. 25.

¹¹⁰ De acuerdo al art. 180 inc. 1°, las proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización por la Superintendencia de Valores y Seguros, con excepción de las compañías de seguros, deberán ser presentadas ante un tribunal arbitral designado en conformidad a los artículos siguientes.

el monto probable de recuperación que correspondería a cada acreedor valista en la quiebra, dentro del plazo de cinco días contado desde la celebración de la junta. Transcurrido ese plazo, sin que se haya consignado dicha cantidad, se considerará emitido el voto del acreedor que se intentó excluir. Además, se agrega en el art. 190 un nuevo catálogo de personas que no podrán votar, ni sus créditos figurar en el monto del pasivo, tales como el cónyuge, los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor o de sus representantes; las personas a que se refiere el artículo 100 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores¹¹¹; y el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio, y esta empresa individual si el proponente es su titular.

- Régimen de garantías en los convenios¹¹². Se distingue el tratamiento de las garantías destinadas a asegurar el cumplimiento del convenio (consagradas en el art. 192) de aquellas garantías personales constituidas por terceros y todas las garantías reales que graven bienes de terceros poseedores, que caucionen deudas sujetas al convenio (reguladas en el art. 202, norma consagrada a propósito de los efectos del convenio). El régimen de garantías estaba tratado de una manera muy poco feliz en el anterior art. 193, norma que adolecía de considerables vacíos¹¹³, muchos de los cuales fueron positivamente superados en la regulación actual. Así las cosas, se reconoce abiertamente la posibilidad de que existan cauciones personales o reales, terceros extraños que paguen obligaciones sujetas al convenio sin oposición del deudor, o terceros que sean poseedores de bienes constituidos en garantía de dichas obligaciones, todos quienes gozarán de las acciones de subrogación o reembolso que correspondan, solamente sobre lo que toque al acreedor en el convenio. Además, es importante señalar que se consagra expresamente que la ampliación de deudas, acordada en el convenio, no pone fin a la responsabilidad de los fiadores y codeudores, solidarios o subsidiarios, o de los avalistas del deudor sujetos al convenio ni extingue las prendas o hipotecas constituidas sobre bienes de terceros. En lo sucesivo, la ley trata diversos efectos que resultan de la circunstancia de que el acreedor haya votado a favor o en contra del convenio.

- Impugnación del convenio. Se elimina toda restricción para impugnar un convenio. De acuerdo al art. 196, está legitimado cualquier acreedor a quien éste pudiere afectarle (mientras alegue una causa legal), y no sólo el acreedor que no hubiera concurrido a la junta o que haya disentido del voto de mayoría. También podrá hacerlo quien hubiese otorgado

¹¹¹ Grupos empresariales que tienen los mismos intereses, por ejemplo, las matrices, filiales y sus coligadas.

¹¹² Se trata de un interesante e innovador tema en materia concursal que seguramente va a ser enriquecido con criterios doctrinarios y jurisprudenciales. En razón de los límites de este trabajo, sólo mencionamos a título general aquellos aspectos novedosos. Por ello remitimos al lector al completo análisis que del art. 202 efectúa el profesor Varela. *Vid.*, por todos, Varela Morgan, Raúl. “Efectos de los convenios respecto de las cauciones preexistentes, sean estas personales o constituidas sobre bienes de terceros”. Charla efectuada el jueves 16 de Marzo de 2006 en Seminario “Convenios Concursales”, Universidad de Chile. Editado por Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006.

¹¹³ *V.gr.*, su limitado alcance a los créditos que en *materia de remisión* estuvieran garantizados mediante obligaciones solidarias o subsidiarias, careciendo de toda referencia a las cauciones reales sobre bienes de terceros; no se regulaban los aspectos relativos a los derechos del garante que paga, es decir, la procedencia de la subrogación en los derechos de los acreedores reconocidos en el convenio o el ejercicio de la acción de reembolso; se omitían totalmente normas para los casos de prórrogas de plazo, dación en pago, novación; etc.

cauciones reales o personales o los terceros poseedores de bienes constituidos en garantía de obligaciones del deudor, siempre que los acreedores no hubieren votado a favor del convenio.

Las causas legales de impugnación son las mismas del anterior art. 186, a las que se agregan la de contener el convenio una o más estipulaciones contrarias a los objetos permitidos en él y la ocultación o exageración del activo o pasivo. El plazo de impugnación se reduce de 8 a 5 días, contados desde la notificación por aviso del extracto del convenio acordado.

Respecto a las normas de impugnación, se contempla en el art. 199 el instituto de la “vigencia anticipada del convenio”, cuyo fin es evitar que por parte de acreedores inescrupulosos se emplee el mecanismo de la impugnación con fines meramente dilatorios, sea para impedir la entrada en vigencia del convenio, sea para retardarla. Por ello se establece que rige el convenio, aunque hubiere impugnaciones, si ellas no tienen el apoyo de acreedores que representen a lo menos el 30% del pasivo con derecho a voto.

- Rechazo del convenio. Anteriormente, en general, una vez rechazado el convenio por no reunirse el quórum necesario para su aprobación o desechado por acogerse alguna causa de impugnación, podía el deudor reiterar su proposición, por una sola vez, si la presentare apoyada por la mayoría absoluta de los acreedores hábiles para votar sobre ellas. Hoy en día, la ley conciente con el criterio de negociación que la inspira, consagra con total flexibilidad que el fallido podrá reiterar sus proposiciones cuantas veces lo estime necesario.

- Nulidad y resolución. Se contempla sólo una causal genérica: la ocultación o exageración del activo o del pasivo y que hubiesen sido descubiertas después de haber vencido el plazo para impugnar el convenio. En un criterio armónico con las normas de proposición de convenios, se elimina la causal de nulidad basada en la condenación superviniente del fallido por quiebra fraudulenta o por algunos de los delitos del art. 466 del Código Penal. Por lo mismo, no rige tampoco la anterior inhabilidad del fallido para celebrar un nuevo convenio basada en la anulación de uno precedente, y se sustituye el anterior término de prescripción de la acción de nulidad de seis meses fundado en la condenación por algunos de los delitos señalados, por el plazo de un año contado desde la fecha en que entre a regir el convenio.

En estas normas se dejó de lado el empleo de la voz “resolución”, reemplazándose ésta por una acción declarativa de incumplimiento de estipulaciones, pero manteniéndose, en todo caso, los avales y fianzas que resguardan la ejecución del convenio. Esta acción, junto con la acción de nulidad, se someterá a conocimiento del juicio sumario (salvo que se haya celebrado pacto compromisorio para someterse a jurisdicción arbitral) y prescribirá en seis meses contados desde que haya podido entablarse.

Por último, expresa la ley que ni la declaración de nulidad ni la de incumplimiento tienen efecto retroactivo y una vez firme la resolución que declare la nulidad o el incumplimiento, el tribunal de primera instancia (en caso que se hayan elevado los autos con ocasión de la interposición del recurso de apelación) declarará la quiebra del deudor de oficio

y sin más trámite. Esta constituye la “segunda quiebra”, esto es, la declarada con motivo de pronunciarse la nulidad o incumplimiento de un convenio, como también la que se declara por cualquier otra causa mientras este vigente el convenio¹¹⁴.

3. Nuestra consideración sobre el rol de la quiebra en la actualidad nacional.

Como se desprende de lo mencionado en el Capítulo Primero de este trabajo, al derecho concursal históricamente le han asistido tres funciones, a saber: sancionatoria, representada por la represión penal de la insolvencia; reglamentaria del pasivo por la vía de la liquidación empresarial; y reglamentaria del mismo por la vía de la reorganización empresarial. Las reformas a la fecha han considerado sólo los dos últimos aspectos¹¹⁵. En este contexto, con laudable criterio, el legislador patrio ha intentado colocar nuestro sistema concursal a la vanguardia de los sistemas conservativos más evolucionados, de manera que esa sea la inspiración y el fin de nuestro sistema concursal. Para ello, se partió con una labor de sistematización de las normas concursales, nuevamente, como fue tradición, en el Código de Comercio, superando un recurrente problema de que adolecían algunos ordenamientos que influyeron en nuestro modelo¹¹⁶, sin perjuicio de mantener la confusa denominación del Libro IV como “De las Quiebras”, por meras susceptibilidades históricas, en una actuación que contó con la aquiescencia general de parlamentarios y expertos.

Decimos que la nueva orientación del derecho concursal chileno es por fin hacia la conservación de la empresa en crisis, donde mediante la reestructuración de instituciones de nuestro tradicional sistema basado en la quiebra y la adopción de mecanismos sin precedente alguno, a partir de mandatos generales¹¹⁷, se han establecido distintos espacios de negociación

¹¹⁴ La ley abandona la idea de *reapertura de la quiebra* del anterior art. 214, por ser inadecuada para resolver correctamente los problemas que surgen cuando a un deudor le han levantado la quiebra por convenio simplemente judicial, y más tarde ese convenio ha sido dejado sin efecto por nulidad o incumplimiento. Una vez repuesto el deudor en el manejo de sus negocios, enajenará activos y adquirirá otros, de manera que éstos cambiarían respecto a los existentes en la quiebra. Lo propio ocurrirá con las deudas, de manera que la simple reapertura constituiría un caos; ¿cuál sería la fecha para determinar los pasivos? Por ello el legislador de la Ley 20.073 desechó la reapertura y en su reemplazo estableció expresamente la declaración de segunda quiebra, como una forma de partir de cero en el procedimiento. Cfr. Varela Morgan, Raúl. Op. cit., p. 27.

¹¹⁵ En un futuro no muy lejano se pretende revisar y reformar lo concerniente a las causales de quiebra y todo lo relativo a la calificación de la misma. En concreto, este último tema ya está siendo discutido por especialistas en dependencias de la Superintendencia, y según palabras de Jorge Moreno, abogado del sub departamento penal de la Superintendencia, “urge modificar el obsoleto catálogo de delitos de la quiebra, pero dicha reforma está aún en ‘pañales’”. Moreno Alzérreca, Jorge Raúl. Entrevista realizada por el autor con fecha miércoles 27 de septiembre de 2006, en la Superintendencia de Quiebras.

¹¹⁶ Así ocurrió en España con anterioridad a la dictación de la Ley Concursal 22 de 2003. Los diversos concursos encontraban una regulación dispersa en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Código de Comercio, Ley General de Cooperativas, etc., razón por la cual se estimaba que el sistema presentaba numerosas contradicciones, lagunas y carencia de principios inspiradores. Al respecto, *vid.*, González, María Marcos. “*La declaración formal de la Quiebra y sus efectos*”. Cedecs Editorial S.L., Barcelona, España, 1997, pp. 18-24; Exposición de Motivos de la Ley 22 de 2003, en <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/L22-03.htm#t5c1s3> (27 de noviembre de 2006). Otro tanto ha ocurrido tradicionalmente en Corea, sistema calificado, en palabras de la doctrina, como un *crisol de normas, un rompecabezas muy difícil de armar*. Cfr. Vítolo, Daniel Roque. “*El nuevo régimen concursal*”. Op. cit., pp. 50-51.

¹¹⁷ Se ha dicho que toda reforma al derecho concursal debe materializarse en leyes que sean lo más generales posibles, ya que la vida social es dinámica y el derecho estático. Sólo de esta manera el derecho se adapta a la

entre deudor o fallido y acreedores, con el único fin de proveer una solución concordataria que beneficie a todos, y lo que es más importante, donde se observa cada vez en mayor medida la moderna tendencia de incorporar al deudor en el inicio y en el transcurso de la negociación. Así ocurre en el convenio judicial preventivo, en que las proposiciones del mismo son y deben ser de cargo del deudor; en el inicio de los procedimientos que tienen por virtualidad “suspender las ejecuciones”, como ocurre en caso de que con ocasión de la presentación de proposiciones por parte del deudor, éste se acoja al beneficio del experto facilitador¹¹⁸; y en general con el perfeccionado convenio apoyado y el novedoso convenio simplificado del art. 177 quáter. A esto se agrega la amplitud de objeto de los convenios y la simplificación de los acuerdos extrajudiciales, de lo cual resultan simples, pero sendas instancias de negociación para reorganizar el pasivo de una manera diferente a la liquidación. Este criterio nos hace constatar cómo el Estado recoge los elementos del método gubernativo de tratamiento de la insolvencia, contribuyendo a garantizar un espacio mínimo para el funcionamiento del sistema, pero forzando la aceptación de una solución pactada que implique la conservación de las empresas viables que cumplan ciertos requisitos.

Por último, extremando las ansias reorganizativas de nuestra ley, el *sine qua non* requisito de buena fe que debe ostentar el deudor que propone convenio, hoy es del todo irrelevante. Así resulta de la derogación de la indignidad del deudor que ha sido condenado por quiebra fraudulenta o algunos de los delitos del art. 466 del Código Penal, como también, la derogación de estas mismas circunstancias como causales de nulidad del convenio.

Ante este claro reto de nuestro derecho concursal, nos preguntamos ¿dónde queda la quiebra? ¿Quién le teme a la quiebra? Son recurrentes en los trabajos de concursos expresiones como *el convenio es a la quiebra lo que el purgatorio al infierno*, o su caracterización como la *canibalización del patrimonio de empresas en crisis*, que muestran al derecho de quiebras como una rama miserable del ordenamiento jurídico. Sin embargo, tal como señala Satta, “*sin la disciplina de la quiebra y de los otros institutos conexos, es intuitivo que el derecho de la empresa, y de la más vasta y jurídicamente más importante categoría de empresas, sufriría una grave laguna*”¹¹⁹. Para entender el papel de este concurso partiremos con las precisiones que siguen.

La respuesta a la pregunta que origina nuestra investigación es afirmativa: del momento en que se dictó la Ley 20.073, nuestro sistema concursal está inexorablemente vinculado a la primacía del principio de conservación y en ese sentido supone, en un inicio, un abandono de la quiebra y la preferencia por algún mecanismo reorganizativo. Por eso la

realidad; de lo contrario, se transformaría en una disciplina grávida y obturadora del progreso. Cfr. Gómez Balmaceda, Rafael. “*Convenios Concursales*”. Op. cit., p. 5.

¹¹⁸ Art. 172 inc. 2° en relación con el art. 177 ter inc. 7°.

¹¹⁹ Satta, Salvatore. “*Instituciones del derecho de quiebra*”. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1951, p. 4.

liquidación ocupa en la actualidad un rol subsidiario y excluyente a los convenios. Esta es, por lo demás, la postura expresa de normas concursales consagradas en leyes especiales¹²⁰.

Con el tenor antiguo de la Ley 18.175, la solución parecía ser la contraria, toda vez que los convenios estaban articulados como una mera forma de terminar el procedimiento de quiebra, a partir de su ubicación en el Título XII, siguiente a las normas del sobreseimiento, institución de análogo objetivo¹²¹. Hoy en día, la ubicación de los convenios en la ley no ha variado; sólo existe una mención expresa en el art. 1º acerca de que la ley trata concursos separados, entre los que se encuentran los convenios. Más allá de extrañar una adecuada sistematización de las normas de convenios dentro de la ley concursal (en la especie, a continuación de las disposiciones generales, de manera que cada concurso se aplique en el orden que corresponda¹²²), es forzado considerar que la quiebra es excluyente y subsidiaria a los convenios, por todas las consideraciones precedentes acerca del principio de conservación y también porque existen numerosas hipótesis legales que, en esa línea, consagran casos de *quiebra indirecta*¹²³, es decir, la quiebra decretada por no presentar el deudor proposiciones de convenio judicial preventivo en tiempo y forma; en caso que luego del examen de la situación económica, financiera y contable, el experto facilitador considere ser más ventajosa la quiebra; en caso de ser rechazado y desechado el convenio; por último, en caso de nulidad e incumplimiento del convenio.

Sin perjuicio de ello, estimamos que la quiebra no debe ser considerada, *per se*, un mal, sino un hecho que debe estar presente en el desenvolvimiento de la vida del comerciante y de la empresa, sea en la prosperidad, sea en el marasmo patrimonial. Como solía señalar un antiguo profesor de nuestra Facultad (recordando palabras de Savigny), “la vida es más sabia que el mejor de los juristas”, y la conservación puede no ser el más adecuado medio de tratamiento de la insolvencia. Es preferible no pensar en la quiebra como una institución de derecho que ataca y destruye algo que ya existía, sino como un mecanismo de reasignación de recursos que bajo determinadas causales, opera liquidando (vendiendo) un patrimonio para repartirlo a otros agentes de la economía¹²⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica sólo exige como requisitos la observancia a las normas legales que la regulen y que

¹²⁰ *Vid.*, *supra* nota número 70.

¹²¹ La doctrina, en cambio, a fuerza de reconocer lo acaecido en los hechos, atribuía un rol subsidiario a la quiebra. Cfr. Puga Vial, Juan Esteban. “*Derecho Concursal. El juicio de quiebras...*”, Tomo II, Op. cit., p. 698.

¹²² Tal como ocurre en Francia. *Vid.*, *supra* nota número 64.

¹²³ Cfr. Tonón, Antonio. “*Derecho Concursal. Instituciones Generales*”. Op. cit., pp. 10-11.

¹²⁴ Parte de la doctrina argentina ha criticado la constante huída a la quiebra para justificar los desastres que ocurren en una determinada economía. Así como el índice de crecimiento vegetativo de una población no se mide en relación con el número de muertes que se producen en una comunidad determinada, sino en la proporción diferencial que se registra entre las muertes y los nuevos nacimientos -y ello también vinculado con la población total-, tampoco el nivel de crecimiento, desarrollo, o prosperidad de una economía se mide por la cantidad de quiebras que se decretan. La desaparición de empresas en razón de la readecuación de los mercados en relación con los operadores; la concentración económica generada por las ventajas comparativas de las economías de escala; la globalización; y tantos otros factores -hasta la eventual dictación de una ley absurda o de un decreto que permita, impida o suspenda la posibilidad de decretar la quiebra de empresas-, pueden influir en el índice, y ello en nada se vinculará -necesariamente- con la marcha real de la economía. Vítolo, Daniel. Op. cit., p. 15.

no sea contraria a la moral, orden público o a la seguridad nacional¹²⁵. Así las cosas, la entrada al mercado es prácticamente libre. Sin embargo, éste no es una plataforma infinita que soporte un número ilimitado de empresas. De ahí que el ordenamiento jurídico deba contemplar una institución que asegure la existencia de un número óptimo de empresas, a fin de evitar que el mismo estalle: esa institución es la quiebra. Tanto la entrada como la salida del mercado, en un momento determinado, puede ser una necesidad a fin de sancionar los caprichos inescrupulosos de un deudor que luego de una errada determinación de viabilidad empresarial, convive mucho tiempo con una crisis que libra de toda culpa a quien pudo llegar a la quiebra.

La quiebra es de esta manera, más que un mecanismo de eliminación de empresas, un sistema de tratamiento de las crisis que ocurren en el mercado¹²⁶. Para concretar esta función de la forma más efectiva que sea posible, la quiebra requiere de ciertas decisiones y mecanismos de respaldo.

En primer lugar, propender al llamado *número óptimo de quiebras*, esto es, la decisión de conservar o liquidar una empresa, se basa en las ventajas relativas que supone cada alternativa ponderadas con el coste respectivo de cada procedimiento¹²⁷. De esta manera, un adecuado sistema de quiebra debería tener una cantidad limitada o al menos imprescindible de actores dentro del procedimiento a fin de reducir al máximo los costes administrativos y de esta forma aumentar los ulteriores repartos para con los acreedores, trabajadores y el deudor en su caso. Prueba de ello, en nuestro derecho, es por ejemplo la relación que existe entre los gastos de la quiebra y la contratación de personas naturales o jurídicas por parte del síndico para realizar actividades especializadas en el procedimiento. El ánimo de la ley es mantener el desenvolvimiento del proceso sólo a cargo de los tradicionales órganos concursales que conocemos, de manera de disminuir en la medida de lo posible los gastos imputables a la quiebra y lograr el mayor monto posible de repartos futuros. Por eso la ley, en el art. 36, sólo permite la contratación de personas naturales o jurídicas previo acuerdo adoptado en junta extraordinaria de acreedores, sólo respecto de actividades especializadas debidamente calificadas como tales por la junta y que, en todo caso, deberán referirse directamente al cuidado y mantención del activo del fallido, a la realización del mismo y a su entrega material, y sólo así se considerarán con cargo a los gastos de la quiebra. La contratación se hará previo informe fundado del síndico, el que contendrá, aparte de los fundamentos de la contratación, el grado y alcance de la actividad y la forma en que se beneficiarán los acreedores o se evitarán perjuicios al activo incautado. En caso de contratación de informes especializados, el criterio es análogo. El art. 36 se trata, además, de una norma que vela por la probidad de los órganos concursales, ya que se mencionan personas que por un eventual conflicto de intereses no podrán tener participación alguna en los actos o contratos mencionados, tal como ocurre con el síndico, su cónyuge, parientes que se señalan, socios, accionistas, trabajadores, etc.

¹²⁵ Art. 19 N° 21 C.P.R.

¹²⁶ Por ello sus normas son de *carácter cautelar*. Cfr. Valderrama, Ricardo. Op. cit., p. 8.

¹²⁷ Bisbal, Joaquín. Op. cit., p. 41.

En segundo lugar, de optarse por la liquidación, dicha decisión debe tener como soporte una normativa concursal adecuada. Esto se logra con un sistema que vele por la protección integral del *valor crédito* y de los intereses generales de los actores, sin beneficiar a un sector y perjudicar a otro, es decir, no considerándola adecuada, por ejemplo, por el hecho de obtener los acreedores valistas y privilegiados un monto de recuperación importante de acreencias (aunque objetivamente no lo sea) a costa de la pérdida total del crédito de los trabajadores o la merma de sus derechos, en su caso. Esto porque los procedimientos concursales siempre son una forma de soportar pérdidas de manera igualitaria, de forma que una normativa correcta de concursos debe otorgar diversos arbitrios para que, en la quiebra, la *par conditio* encuentre una sólida consagración en relación a la ubicación e importancia que actualmente debe ocupar este concurso.

Desde esta óptica, en Chile luego del aumento de poder de los órganos concursales, concretamente a través de la perfección del estatuto de los síndicos y de los derechos y atribuciones de la Superintendencia, las normas de quiebra han alcanzado un alto nivel tutelar del crédito, porque consideramos que ya no cabe duda, a diferencia de lo que ocurría anteriormente con ciertos enclaves del método de mercado presentes tradicionalmente en nuestras leyes de quiebra y de la opinión estrictamente privatista de algunos, que las normas de concursos, en especial de quiebra, son de interés público¹²⁸. Del punto de vista de los aspectos que revisamos, en primer lugar, el estatuto de los síndicos, el hecho de que se haya perfeccionado el sistema privado de los mismos no significa entender que la quiebra se ha privatizado, sino más bien se trata de un conjunto de normas que dotan a funcionarios públicos, como son los síndicos, de una serie de competencias que tienen por objeto asegurar en beneficio común el producto de la realización de los bienes de la masa. En segundo lugar, el procedimiento está permanentemente controlado por la Superintendencia, servicio público autónomo relacionado con el Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia, cuya labor principal es supervigilar y controlar las actuaciones de los síndicos. Tanto las normas de tratamiento de la insolvencia dentro del procedimiento de quiebra que fueron reformadas, como aquellas que a partir de las atribuciones y derechos de la Superintendencia tienen por función velar por la probidad y transparencia de los síndicos y del procedimiento en general, son expresión de que la quiebra y los elementos fundantes del método gubernativo¹²⁹ no son contradictorios y, en razón de ello, el Estado asigna un marco mínimo de desenvolvimiento para desarrollar una actividad económica pero cautelada por normas de orden público como son las de quiebra, que no tienen otro objetivo que dar realidad al cumplimiento de la concepción instrumental de bien común por parte del Estado y de esta manera cumplir con los intereses generales para los

¹²⁸ En derecho comparado, modernas normativas han incorporado expresamente este carácter. Así ocurre con la Ley de Concursos Mercantiles mexicana que en su art. 1 dispone: “La presente ley es de interés público y tiene por objeto regular el concurso mercantil. Es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantenga una relación de negocios”. *Vid.*, <http://www.yucatan.gob.mx/> (1 de diciembre de 2006).

¹²⁹ *Vid.*, *supra*, p. 17.

cuales se creó y perfeccionó la quiebra en nuestro medio, esto es, un medio de tratamiento de la insolvencia -extremo si se quiere- que tiene por objeto evitar las desgracias provenientes de la insolvencia y la crisis económica financiera generalizada que su transmisión a otros patrimonios puede provocar.

Ante esta realidad, las bondades de las modificaciones a nuestro concurso liquidatorio van a ser puestas a prueba en el tiempo superando -por utópico que parezca- el endémico cáncer de que tradicionalmente ha padecido la quiebra, esto es, el reducido porcentaje de recuperación del valor nominal de los créditos de los acreedores quirografarios; el poco o nulo porcentaje de recuperación de acreencias de los trabajadores (indemnizaciones, sueldos, cotizaciones previsionales, etc.); la larga duración del procedimiento; el desinterés que muchos acreedores manifiestan para seguir adelante con el procedimiento; los infaltables casos de corrupción, etc.¹³⁰ El Estado, materializando su obligación de atender al bien común y a fuerza de consagrar mandatos simples fácilmente adaptables a las vicisitudes de la realidad, ha establecido positivas modificaciones en cada uno estos aspectos, mejorando -al menos en abstracto-, sustancialmente la posición de la quiebra como concurso.

Se ha adecuado la quiebra, en parte, a nuestra actual realidad económica, siendo muchas de sus normas adjetivas y sustantivas una expresión de la protección al crédito, cuya anomalía (insolvencia) es la verdadera causa del descalabro económico y no así la normativa de quiebra, que funciona sólo como un mecanismo para tratar la insolvencia pero que, no obstante, como solución extrema, puede no resguardar el crédito público, la igualdad jurídica de los acreedores y el funcionamiento del mercado en general, es decir, los bienes jurídicos tutelados por el derecho concursal, en caso que se tome la decisión incorrecta de ir a la quiebra, amparada en un mecanismo obsoleto de causales de la quiebra o en caso de una decisión que siendo la correcta, no cuente con un respaldo normativo de carácter tutelar.

El derecho concursal nacional, envuelto en una economía de libre mercado, es de la máxima importancia. Por ello el legislador debe siempre estar atento a la relación entre la realidad presente en la norma y aquella que está en los hechos. Con esta consideración presente, en materia de quiebra se han establecido modificaciones que miran positivamente a la superación de muchos de los enclaves por los cuales tradicionalmente se le ha temido a la quiebra, pero que sin embargo, para estar realmente adaptada a nuestra realidad económica y considerarla adecuada, tendremos que esperar las modificaciones de algunos sensibles aspectos que están ya obsoletos. Así ocurre con la revisión de las causales de la quiebra, los delitos concursales, y por qué no pensarlo, una creación de mayores instancias desjudicializadas o la de una jurisdicción mercantil especializada. Antes de la concreción de alguno de estos fines, es de temerario rigor jurídico pretender hablar con propiedad de una “nueva ley de quiebras”.

¹³⁰ Un estudio demuestra que con anterioridad a la reforma la recuperación en una quiebra alcanzaba sólo a un 3% en el caso de los créditos comunes, normalmente proveedores de servicios o suministros (PYMES), y un 43% para aquellos dotados de garantías (acreedores institucionales), en tanto que el Fisco recupera cerca de un 58% de sus acreencias. Prado Puga, Arturo. Op. cit., pp. 6-7.

CONCLUSIONES.

1. El derecho concursal es una disciplina formada por un conjunto de mecanismos que tienen por objeto prevenir o reparar las consecuencias de la insolvencia. Estos mecanismos, regulados en forma y oportunidad por esta rama del derecho, son los concursos.
2. Los bienes jurídicos por los que debe velar este derecho son aquellos bienes resentidos por una situación de insolvencia, esto es, la seguridad del crédito público, la igualdad jurídica de los acreedores y el funcionamiento adecuado del mercado en general y del sistema crediticio en particular. Esta protección se concreta en las llamadas tutelas colectivas, siendo la quiebra una de ellas.
3. La envergadura de estos bienes jurídicos explica la diferente concepción que históricamente ha existido en la configuración de los concursos y el rol e importancia que le corresponde a cada uno de ellos. Por aquello, el derecho concursal -acaso basado sólo en la quiebra-, ha evolucionado desde establecer un sistema represivo y punitivo de la insolvencia, a un sistema meramente privatista liquidatorio de un patrimonio en insolvencia, para dar lugar a una concepción moderna basada en la conservación de la empresa en crisis y su preferencia por sobre la liquidación.
4. Esta última es la tendencia observada en la inmensa mayoría de las legislaciones concursales de occidente a partir de la segunda mitad del siglo XX.
5. En Chile, esta concepción sólo existió solapadamente a partir de 1982 con la Ley 18.175. Actualmente, a partir de las variadas plataformas de negociación que consagra la Ley 20.073, se colige sin mayor duda que se prefiere la conservación por sobre la liquidación.
6. Ante esta realidad, la quiebra ocupa un rol subsidiario y excluyente a los convenios (paradigma de la conservación en Chile). Empero, también se ha consolidado su fundamento; de considerarse una materia de estricto orden privado entre acreedores y fallido, ya no cabe duda de que las normas de quiebra son de interés general. Así se desprende nítidamente de todos los aspectos revisados a partir del aumento del poder de los órganos concursales en beneficio común de la masa y las importantes modificaciones introducidas por la Ley 20.004, principalmente en cuanto al fortalecimiento de la par conditio en sede de quiebra. Este mejoramiento de la posición intrínseca del concurso quiebra es de la máxima importancia desde el momento en que la decisión entre la conservación y la liquidación no sea tan clara.
7. De optarse por la liquidación, este mecanismo (que es sólo un medio de tratamiento de la insolvencia) ofrece la garantía de que contará con la presencia de síndicos probos e idóneos fiscalizados permanentemente por una Superintendencia que cuenta con las más variadas atribuciones para ello, y un procedimiento mejorado para propender a la mejor forma de recomposición del pasivo y superar los males de que tradicionalmente ha sufrido la quiebra.
8. Restan, sin embargo, reformas en los aspectos penales de la quiebra y una revisión a las causales de la misma.

BIBLIOGRAFIA.

1. A.A.V.V.: “*Derecho Concursal*”. Gómez Leo, Osvaldo (director), Universidad Austral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
2. A.A.V.V.: “*Salvamento de las empresas en crisis*”. Román Rodríguez, Juan Pablo (c). Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
3. Bisbal Méndez, Joaquín. “*La empresa en crisis y el derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*”. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, España, 1986.
4. Boletín N° 3.180-03, Informe de la Comisión De Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.175, en materia de Fortalecimiento de la Transparencia en la Administración Privada de las Quiebras, Fortalecimiento de la labor de los Síndicos y de la Superintendencia de Quiebras.
5. Boletín N° 3.671-03, Informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica la Ley N° 18.175, de quiebras, en materia de convenios concursales.
6. Carrasco Vásquez, Jorge. “*Evolución del derecho de quiebras en Chile*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963.
7. Código Civil. Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
8. Código de Comercio. Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
9. Código de Procedimiento Civil. Edición Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
10. Concha Gutiérrez, Carlos. “*El Proceso de Quiebras: su naturaleza jurídica*”. Editores López-Viancos, Santiago, 1971.
11. Cordones Ramírez, Mercedes & Auriolés Martín, Adolfo. “*La quiebra en las ordenanzas consulares de Málaga*”. Ediciones TAT (S.A.L.), Granada, España, 1987.
12. Cuberos Gómez, Gustavo. “*Insolvencia: evolución de un concepto*”, en Revista de Derecho Privado, “Procesos concursales y derecho procesal”, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, N° 34, Junio de 2005.
13. Desurvire, Daniel. “*La quiebra a través de los tiempos*”, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 199, año LXIV, Enero-Junio 1996.
14. D.F.L. N° 251 de 1931, sobre Compañías de Seguro, incorporada en Apéndice del Código de Comercio.
15. D.F.L. N° 3 de 1997, Ley General de Bancos, incorporada en Apéndice del Código de Comercio.

16. Donoso Musiate, José Agustín. “*Los Convenios en Materia de Quiebra*”. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1994.
17. Ducci Claro, Carlos. “*Ley de Quiebras*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983.
18. Espina Montero, Álvaro. “*Crisis de Empresas y Derecho Concursal: La reforma española y la experiencia comparada*”. Editado por Consejo Económico y Social (C.E.S.), Madrid, España, 1999.
19. García Martínez, Francisco. “*El concordato y la quiebra*”. Ediciones Depalma, 8ª edición, Buenos Aires, Argentina, 1964.
20. Gómez Balmaceda, Rafael. “*Convenios Concursales*”. Charla efectuada los días 14 y 16 de marzo de 2006 en Seminario “Convenios Concursales”, Universidad de Chile. Editado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006.
21. Id., “*Intervención del Profesor Sr. Rafael Gómez Balmaceda en la mesa redonda sobre modificaciones a la Ley de Quiebras que introdujo la Ley 20.004, de 8 de marzo de 2005. Universidad de Chile, 7 de abril de 2005*”, en Gaceta Jurídica, N° 302, año 2005.
22. Id., “*De las proposiciones de convenio preventivo y el rol que les corresponde a los síndicos*”, en Gaceta Jurídica, N° 260, 2002.
23. Id., “*Convenios Concursales*”, en Gaceta Jurídica, N° 301, Julio, 2005.
24. Gómez Cárcamo, Lorena. “*Algunos aspectos del régimen de concursos y quiebras argentino*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2002.
25. González, María Marcos. “*La declaración formal de la Quiebra y sus efectos*”. Cedecs Editorial S.L., Barcelona, España, 1997.
26. Ibáñez Jiménez, Javier. “*Crisis de la Empresa: Insolvencia, Suspensión, Quiebra y otras soluciones concursales. Cien preguntas clave y sus respuestas*”. Editorial Dykinson, S.L., Madrid, España, 1997.
27. Jeldes Saba, Felipe Andrés. “*La causa de la quiebra en el derecho concursal francés (análisis de su evolución histórica)*”. Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1998.
28. Lebbe, I. “*La réforme du droit de la faillite*”, en “*Actualités du Droit. L’entreprise en difficulté; Actes de l’après midi d’études organisée par la C.D.V.A. et la C.C.I.L.B.*”. Revue de la Faculté de Droit du Liège, N° 3, 1997.
29. Ley 18.175, publicada en Diario Oficial de 28-10-1982.
30. Ley 20.004, publicada en Diario Oficial de 8-3-2005.
31. Ley 20.073, publicada en Diario Oficial de 29-11-05.
32. Ley 20.080, publicada en Diario Oficial de 24-11-05.

33. Lira Silva, Diego & Román Rodríguez, Juan Pablo. *“Reforma al derecho de quiebra. Nuevo Estatuto de los Síndicos”*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2006.
34. Mac Lachlan, J.A. *“Bankruptcy”* (Horn Book Series). West Publishing Co., St. Paul, MN., USA, 1956.
35. Mensaje N° 320-348, de S.E., el Presidente de la República, con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.175, en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la superintendencia de quiebras. Santiago, 17 de diciembre 2002.
36. Mensaje N° 359-351, de S.E., el Presidente de la República, con el que se inicia un Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 18.175, De Quiebras, en materia de Convenios Concursales. Santiago, 10 de septiembre de 2004.
37. Moreno Alzérrec, Jorge Raúl. Entrevista realizada por el autor con fecha miércoles 27 de septiembre de 2006, en la Superintendencia de Quiebras.
38. Moya Plaza, Wildo. *“Algunas consideraciones sobre el estado de insolvencia frente a los procedimientos concursales”*, en Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año V, N° 5, 2001.
39. Neira Alarcón, Eugenio. *“Los Convenios en la Quiebra”*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1963.
40. Prado Puga, Arturo. *“Reformas a la Ley de Quiebras”*. Charla efectuada el 14 de marzo 2006 en Seminario “Reforma a la Ley de Quiebras”, Universidad de Chile. Editado por el Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006.
41. Provinciali, Renzo. *“Tratado de Derecho de Quiebra”*. Editorial A.H.R., Barcelona, España, 1958.
42. Puelma Accorsi, Álvaro. *“Curso de derecho de quiebras”*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1966.
43. Id., *“Curso de derecho de quiebras”*. Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 1983.
44. Puga Vial, Juan Esteban. *“Derecho Concursal. El juicio de quiebras”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 2004.
45. Id., *“Derecho Concursal. El juicio de quiebras”*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición actualizada, Santiago, 2004.
46. Id., *“Derecho Concursal. El Convenio de Acreedores”*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, Santiago, 2004.
47. Rodríguez Espitia, Juan José. *“El acuerdo de reestructuración como modalidad de concurso y la revocación de los actos del deudor”*, en Revista de Derecho Privado, “Procesos concursales y derecho procesal”, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia, N° 34, Junio de 2005.

48. Román Rodríguez, Juan Pablo. “*La crisis de la empresa*”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N° 3, 2002.
49. Sagredo Foncea, Exequiel. “*Algunos aspectos relacionados con la nueva ley de quiebras*”, en Gaceta Jurídica, N° 46, 1984.
50. Saieh Mena, Cristián. “*Solución de conflictos, negociación y derecho de la empresa*”, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 29, N° 3, 2002.
51. Sandoval López, Ricardo. “*Análisis de algunos efectos de la quiebra en relación con los principios que la regulan*”. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXV, N° 2, 1988.
52. Id., “*Derecho Comercial: La insolvencia de la empresa; derecho de quiebras; cesión de bienes*”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2004.
53. Satta, Salvatore. “*Instituciones del derecho de quiebra*”. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1951.
54. Thirion, Nicolas. “*La nouvelle réglementation du concordat judiciaire*”, en “*Actualités du Droit. L’entreprise en difficulté; Actes de l’après midi d’études organisée par la C.D.V.A. et la C.C.I.L.B.*”. Revue de la Faculté de Droit du Liège, N° 3, 1997.
55. Tonón, Antonio. “*Derecho Concursal. Instituciones Generales*”. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1988.
56. Valderrama Pergolesi, Ricardo. “*Consideraciones sobre la institución de la quiebra*”, en Gaceta Jurídica, N° 59, 1985.
57. Valencia, María Victoria. “*Los convenios dentro del ámbito de lo concursal*”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Actas del II Congreso Chileno de Derecho Privado, Vol. XIX, 1998.
58. Varela Morgan, Raúl. “*Efectos de los convenios respecto de las cauciones preexistentes, sean estas personales o constituidas sobre bienes de terceros*”. Charla efectuada el jueves 16 de Marzo de 2006, en Seminario “Convenios Concursales”, Universidad de Chile. Editado por Colegio de Abogados de Chile A.G., Santiago, 2006.
59. Vargas Vargas, Manual. “*Tratado de la acción pauliana concursal (los efectos retroactivos de la declaración de quiebra en el derecho chileno y comparado)*”. Ediar Editores Ltda., Santiago, 1949.
60. Venegas Valenzuela, Luís. “*Los Convenios en la Quiebra*”, Editorial Parlamento Ltda., Santiago, 2003.
61. Vergara Racapa, Fernando. “*Evolución histórica de los convenios concursales*”. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1985.
62. Vítolo, Daniel. “*El nuevo régimen concursal*”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2003.

63. Zalaquett Daher, José F. “*La Causa de Declaratoria de Quiebra*”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968.

Referencias electrónicas:

www.bcn.cl

www.senado.cl

www.squiebras.cl

Ley Concursal N° 22 de 2003 (España), disponible en <http://civil.udg.es>

Ley de Concursos Mercantiles (México) de 12-5-2000, disponible en www.yucatan.gob.mx/

Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522 (Argentina), disponible en www.jusneuquen.gov.ar

Regio Decreto 267 de 1942 (Italia), disponible en www.altalex.com/index.php?idnot=34359