



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**LA HISTORIA DE LA CAUSA DE LA QUIEBRA EN CHILE HASTA
HOY CON LA ENTRADA ENVIGENCIA DE LA LEY DE
INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO N°20.720**

ANTONELLA MARIOLLI ÁVALOS SAMSING

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor guía: Diego Munita Luco

Santiago, Chile

2017

Índice

INTRODUCCIÓN.....Pág.1

CAPÍTULO 1

1.-Crédito, insolvencia y cesación de pagos: Elementos esenciales de los concursos.....Pág.3

2.-Antecedentes históricos.....Pág.5

3.-Derecho concursal.....Pág.8

4.-Derecho concursal chileno antes de la dictación de la ley N°20.720.Pág.10

5.-El derecho de quiebra.....Pág.11

6.-Elementos comunes en el concepto de quiebra, ley N°18.175.....Pág.12

CAPÍTULO 2

7.-Características de la quiebra.....Pág.15

8.-Principios que sustentaron el derecho de quiebras.....Pág.15

9.-La causa de la quiebra considerando la ley N°18.175.....Pág.17

10.-Presupuesto objetivo de la masa de bienes.....Pág.21

CAPÍTULO 3

11.-Emprendimiento: causa inspiradora de una legislación.....Pág.24

12.-Reemprendimiento bajo la ley N°18.175.....Pág.26

13.-Panorama antes de la dictación de la ley N°20.720.....Pág.29

CAPITULO 4

14.-Críticas a la ley N°18.175.....	Pág.32
15.-Necesidad de una nueva normativa.....	Pág.33
16.-Características de la nueva ley N°20.720.....	Pág.35
17.-Ventajas y desventajas de la ley para los no comerciantes.....	Pág.39
18.-La falta de causa en la nueva ley de quiebras.....	Pág.40
CONCLUSIÓN.....	Pág.42
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.44

Introducción

El derecho concursal es una materia que tiene la característica de estar sujeta al cambio de manera permanente, lo que ha ido ocurriendo, sobre todo luego de la segunda mitad del siglo XX en los sistemas concursales alrededor del mundo, incluso el nuestro, que se categoriza como un sistema sudamericano medianamente desarrollado. El examen continuo de las figuras relacionadas a los concursos tiene que ver con entender la importancia y trascendencia de los bienes jurídicos amparados por el derecho concursal. Tomando esto en cuenta es que la evolución en esta especialidad del derecho debe ser constante.

A este respecto, la ley N°20.720 representa un hito principalmente debido a que el enfoque está puesto en la reorganización efectiva de los activos y pasivos de un deudor que cae en situación de insolvencia y no en la liquidación de bienes como en la antigua ley. Sumado al tratamiento especializado que se le da a la persona deudora, estableciéndose como un derecho del empresario lo que trasunta en mayor movilidad y libertad económica.

Consecuente a que el enfoque está puesto en la reorganización, es que la causa de la quiebra desaparece como presupuesto, siendo por lo tanto innecesaria la adhesión a un sistema que trate de explicarla como si ocurría en la antigua ley, donde se evidenciaba que, si bien la causa era la cesación de pagos, existían varios otros hechos determinantes.

El objetivo general de mi memoria es lograr analizar cada teoría propuesta por la doctrina en cuanto a determinar la causa de la quiebra; sistema francés, sistema italiano y el sistema anglosajón, para luego establecer que, con la nueva ley vigente, la causa no existe y el procedimiento concursal se trata de un derecho del empresario.

Los objetivos específicos son:

- Descripción y caracterización del sistema francés o de la cesación de pagos y sus distintas corrientes: La teoría restringida o materialista, teoría intermedia y la teoría amplia de la cesación de pagos.
- Descripción y caracterización del sistema italiano de la insolvencia.
- Descripción y caracterización del sistema anglosajón.
- Descripción de la causa declaratoria de quiebra en el derecho positivo chileno según la ley N°18.175.
- Descripción de la falta de causa en la ley N°20.720 y análisis de las nuevas figuras y procedimientos concursales.

CAPITULO 1:

1.- Crédito, Insolvencia y Cesación de pagos: Elementos esenciales en los concursos en la ley 18.175

Para entrar en el estudio del derecho concursal y de la quiebra concebida según la ley 18.175, es preciso saber exactamente qué es el crédito, la insolvencia y crisis de la empresa, ya que componían y componen un supuesto de inicio de los concursos en general.

El crédito, desde la faz económica, es un elemento indispensable para el progreso de la economía por la carencia de capital y recursos de las personas y empresas para enfrentarse a las diversas necesidades. Consecuentemente, el crédito es la solución ya que permite conseguir recursos para desarrollar una actividad. Sumado a esto, el crédito se propone como un motor comercial que ayuda al nacimiento y expansión de las empresas; posibilitando un apogeo económico, sin embargo, en caso de haber incumplimiento del deudor, produce una consecuencia que multiplica el incumplimiento comercial que acarrea inseguridad en los mercados y desincentiva la inversión.

En su faz jurídica el crédito se posibilita por la confianza en el deudor que tiene quien facilita los recursos (en su capacidad de administración y en su patrimonio), y en el ordenamiento jurídico, ya que esperan la posibilidad de reclamar el cumplimiento del crédito, cuando anormalmente no se cumple. Por otra parte, en el crédito se encuentra comprometida la fe pública, ya que si el sistema jurídico acepta el incumplimiento, produce una suspicacia en el sistema producto del interés general que compromete el crédito.

Conforme a la trascendencia del crédito, que implica aspectos jurídicos y económicos, considero que un concepto apropiado estaría dado por aquel que conjugue ambos elementos, es por esto, que el concepto adecuado es el que establece que el crédito “es aquel derecho personal de contenido

patrimonial, cuya exigibilidad está sujeta a un plazo suspensivo y que se origina en el otorgamiento de un acto jurídico”.¹

En cuanto a la insatisfacción de un crédito, tenemos que se diferenciaban diversos tipos y causas de origen. En materia concursal, la cesación de pagos estaba unida a la insolvencia patrimonial del deudor. La primera era una premisa objetiva que posibilitaba la apertura del procedimiento de quiebras; y la insolvencia, era la esencia del derecho concursal, ya que era su prueba.

Parte de la doctrina, estableció que la insolvencia comprometía una inestabilidad aritmética, donde los activos de un deudor no alcanzaban para cubrir sus pasivos.

No obstante lo anterior, siempre que el pago cumpliera con sus componentes principales que eran la identidad, oportunidad e integridad, no era importante que el pasivo fuese mayor que el activo. Por lo tanto que a mi juicio, era acertado establecer que la insolvencia es y fue bajo la ley N°18.175 “la impotencia patrimonial del deudor para satisfacer regularmente sus propias obligaciones, manifestada con incumplimiento u otros hechos exteriores.”²

A partir de esto, tenemos que la insolvencia estuvo dada y aun se caracteriza como la incapacidad de solucionar con los medios dispuestos, los créditos debidos. Por otra parte, la cesación de pagos, era un estado patrimonial de quien tenía la incapacidad de cumplir, en forma íntegra y oportuna, las obligaciones que consignaban en su patrimonio.

¹ PUGA VIAL, Juan Esteban 2004. Derecho Concursal. El juicio de quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.p.35

² PROVINCIALI, Renzo 1958. Tratado de derecho de quiebra.Vol.2. Barcelona. Editorial Nauta.p.247

2.- Antecedentes históricos

En el derecho romano, en un primer periodo, la reprimenda al deudor tenía que ver con su castigo personal, por lo que el juez determinaba que se le entregara el deudor a su acreedor, para que hiciera lo que estimase conveniente, lo que podía ser ponerlo en venta en el mercado local o la muerte si es que nadie se ofrecía a pagar sus deudas.

Luego se dictó la *lex poetelia papiria*³, que posibilita la facultad de mantener su libertad al deudor, debido a la innovación de la institución del pago por cesión de bienes. Así el deudor entregaba sus bienes para pagar sus obligaciones.

La contribución fundamental al derecho de quiebra es el Código de Comercio Francés de 1807, dictado en la época napoleónica. Reglamento que se caracterizó por su severidad y detalle.

Tenemos entonces que, hasta la primera guerra mundial, la quiebra incluía la destrucción de la empresa, realizando una actividad política al quitar los entes inútiles del mercado lo que se obtenía a través de la liquidación de empresas. El concurso tenía como principal función la opresión y castigo del deudor en cesación de pagos. Lo que se manifestaba, con la naturaleza sancionadora de los ordenamientos, que castigaban penalmente al deudor por caer en insolvencia.

La realidad es que los legisladores no tenían confianza en los comerciantes, y por esa razón los reglamentaban de manera estricta. Se les reprimía, para que no realizaren actos que atentasen contra la vida mercantil de los que con ellos se relacionaban, ya que esto, generaba, como vimos anteriormente un efecto en cadena.

³ Norma aprobada en la Antigua Roma, que abolió el Nexum que establecía la responsabilidad personal por las deudas.

El autor Raymundo Fernández describe esta circunstancia histórica del comerciante: “El comerciante fallido, desde los tiempos más remotos, ha estado sujeto a la más dura legislación respecto de su persona. La civilización y las conveniencias mismas de los acreedores han traído sucesivamente la moderación en el rigor con que era tratado; pero él, siempre, y desde el primer día de la quiebra, quedaba sujeto a una presunción de fraude que lo conducía necesariamente a prisiones de una duración indefinida.”⁴

Dado la magnitud de las penas, eran usuales en este periodo el ocultamiento y fuga del deudor.

Para soslayar ese hecho, el legislador consideró la fuga y el ocultamiento como hechos reveladores de la cesación de pagos, imposibilitando que el comerciante oculto eludiese el castigo de la quiebra, liquidándose su negocio para luego desaparecer. Lo sancionatorio de la quiebra era tal, que el deudor respondía con penas personales, es decir, era encarcelado o torturado lo que tenía como argumento que la quiebra, afectaba intereses individuales de acreedores y comprometía el interés público, afectando la fe pública, el orden público económico y la mercantilidad en general.

Luego de la I Guerra Mundial, se sucede una nueva disposición para la continuidad de la empresa, al ser ésta un germen creador de trabajo y motor del desarrollo económico. La convicción era ahora que la quiebra producía un estado de insatisfacción general que las leyes no podían evadir, pero que se propendía evitar. Este estado de insatisfacción se ocasionaba cuando:

- Los bienes del deudor no eran suficientes para hacer frente a sus obligaciones.

⁴ FERNANDEZ, Raymundo y GOMEZ, Osvaldo 1992. Tratado teórico práctico de Derecho Comercial, Vol. I-A. Argentina. Editorial De palma, p.110.

- La empresa del deudor, se liquidaba obligatoriamente fruto de la quiebra, dejando al deudor fallido, marcado para su futuro económico.
- Los empleados, perdían sus trabajos y derechos laborales. A este respecto, si bien la quiebra no era causal de término de contrato de trabajo, en la práctica si lo era.

El Estado, en muchas oportunidades, incumplió su fin de propender al bien común con el cierre de las empresas. La quiebra era entonces, una figura que se extendía más allá de lo privado, pasando a ser una institución pública por las consecuencias que ocasionaba. Por esta razón, es que las legislaciones en todo el mundo han considerado hasta el día de hoy medidas de prevención para eludir la quiebra con la utilización de convenios o en caso de ser declarada, contar con métodos eficaces para sobreponerse a ese estado del deudor.

El principio de la preservación de la empresa a este respecto, buscaba eludir la quiebra, siempre que el deudor tuviese en su patrimonio bienes que permitieran proseguir con las actividades de la empresa. Si la quiebra era declarada, se debía evitar la liquidación de la empresa con los mecanismos dispuestos en la ley, lo que podía ser a través de la continuación del giro, o a través de la venta como unidad económica, de no ser así, el remedio resultaba peor que la enfermedad.

Al amparo de tales principios y tomando en cuenta las reformas (Leyes N°20.004 y N° 20.073) se favoreció a los deudores de buena fe a través de figuras concursales como los convenios.

Un sector de la doctrina consideró que la liquidación en virtud de la quiebra, solamente debía utilizarse en los casos en que las empresas no fuesen viables y que el deudor ya no tuviese créditos con sus acreedores.

Con todo la quiebra se posicionó como un castigo a los deudores de mala fe, ya que para los demás deudores, era factible subsanar su estado, a

través de convenios que dependían de la credulidad que se le podía dar al deudor. Se tomaba en ese caso a la liquidación como un método que se utilizaba en el estado de insolvencia y cesación de pagos. Para este sector de la doctrina, los convenios y los otros mecanismos de continuidad de las empresas dentro de la quiebra, eran factibles considerando determinadas condiciones económicas. Eran mecanismos que podían ser usados únicamente, si existía la probabilidad de un mayor restablecimiento de los créditos para los acreedores.

En cuanto a la historia de nuestro país en materia concursal, tenemos que luego de nuestra independencia, se aplicaron primeramente las normas españolas. Luego en 1865 se dicta el Código de Comercio, inspirado en la legislación francesa, que perdura hasta 1929, año en que se dicta la ley de quiebras N° 4.558, que rige hasta 1982, cuando se publica la ley N° 18.175 (su última modificación tuvo lugar el año 2005, producto de la ley N°20.080 que incorporó la ley y sus modificaciones al Código de Comercio, excluyendo su título II, sobre la LOC de Superintendencia de Quiebras), la cual se mantuvo hasta 2014, con la dictación de la ley 20.720.

3.- Derecho Concursal

Cuando nos referimos a la rama del derecho concursal, repetidamente se vincula a la quiebra; pero podemos notar considerables diferencias que es preciso tener en cuenta.

El Diccionario de la Real Academia Española, establece que concurso es “1. Concurrencia (conjunto de personas) y 2. Reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes.”⁵

Doctrinariamente, se han dado un conjunto de definiciones sobre derecho concursal; de las que destaco dos conceptos que nos aportan elementos

⁵ Real Academia Española.2016.Consultado en <http://www.rae.es/rae>

fundamentales a saber. La primera definición propone que el derecho concursal “es aquel conjunto de normas jurídicas sustantivas y adjetivas, formales y materiales, que tienden a regular, reprimir y aún evitar las secuelas de la insolvencia.”⁶

Con lo anterior, el autor hizo hincapié en el propósito de los concursos, que comprende, resolver el problema de la insolvencia y permitir incluir procedimientos de variada naturaleza.

Tenemos en segundo lugar el concepto del autor Zalaquet, quien realza la necesidad de protección igualitaria de los derechos de los acreedores estableciendo “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”⁷

Este concepto es criticado debido a que no contiene a la insolvencia dentro de sus elementos. Por lo que, de las definiciones indicadas, tomaré algunos elementos fundamentales para un concepto de derecho concursal que estaría dado por un conjunto de normas y procedimientos de variada naturaleza, que tiene como fin resolver el problema de la insolvencia del deudor en su patrimonio, para reparar la normal circulación de bienes en el mercado, protegiendo de manera efectiva los derechos de los acreedores por medio de una tutela colectiva.

Es necesario saber que el concurso no es un hecho per se antijurídico, ya que, es una forma de defensa, empleable en el caso de deudores que están imposibilitados de pagar o de cumplir sus obligaciones a consecuencia de un estado patrimonial insuficiente, sorteando así un daño importante para los interesados (acreedores y terceros), que ven sus créditos en riesgo cuando un deudor pasa por la insolvencia patrimonial.

⁶ PUGA VIAL, Juan Esteban 2004. Derecho Concursal. El juicio de quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. P.26

⁷ ZALAQUET DOHER, José; La causa de la declaratoria de quiebra, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1968, p.23

Considerando lo precedente, parte de la doctrina establece que hay un error del legislador al designar a la legislación concursal anterior, como ley de quiebras, ya que el sistema concursal comprendía un conjunto de mecanismos legales, determinados a eliminar la insolvencia, ejercitando tutelas preventivas y reparativas: i) procedimiento de liquidación o quiebra; ii) los convenios; iii) las cesiones de bienes; iv) procedimiento de calificación del deudor.

De los métodos señalados el más importante es la quiebra, a este respecto el autor Zalaquett estableció que “los demás procedimientos concursales se encuentran íntimamente vinculados a la quiebra porque o bien tienen por objeto impedir que ésta se produzca, o bien constituyen una variante de la solución que importa la quiebra, adecuada a las particularidades de un determinado sujeto pasivo.”⁸

4.- Derecho concursal chileno antes de la dictación de la ley N°20.720

En primer lugar, es preciso delimitar el concepto de quiebra; la legislación nacional no definía la alocución quiebra, sólo se refería a su faz procesal, estableciendo que el juicio de quiebra tenía por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer el pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley.

De la definición de la RAE y del concepto anterior, no se podía delimitar totalmente en qué consistía el estado de insolvencia, por lo que la doctrina procuró dar respuesta a esto.

Los profesores Gómez y Eyzaguirre⁹ hicieron la siguiente distinción para precisar el contenido del estado de quiebra, teniendo tres significados:

⁸ ZALAUQUET DOHER, José. Op.cit.p.23

⁹ EYZAGUIRRE S., G, y GÓMEZ B., R. 2011. El Derecho de Quiebras, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. P.26

- Aceptación material o empírica: Denota simplemente un estado de crisis del patrimonio de su titular.
- Aceptación económica: Se traduce en un estado de desajuste económico que podría producir una declaratoria de quiebra.
- Aceptación de derecho: Tiene que ver con constatar el estado o situación en que el deudor se encuentra.

Puelma, consideró a la quiebra como “un estado excepcional en el orden jurídico de una persona, producido por la falta o imposibilidad de cumplimiento igualitario de sus obligaciones declaradas judicialmente”¹⁰

De las definiciones precedentes, considero que la definición de Puelma logró reunir todos los elementos de lo que debía entenderse por quiebra según la antigua ley, que se componía por la incapacidad de pagar del deudor y de satisfacer los créditos en equidad entre los acreedores antes de la verificación judicial.

5. -El derecho de quiebra

Puede ocurrir que a lo largo de la vida de las empresas se encuentren en la dificultosa posición de no poder pagar sus obligaciones, lo que tiene fatales efectos para el sistema económico, ya que el incumplimiento de una obligación puede producir un efecto dominó poniendo en aprietos a un conjunto de acreedores.

En doctrina se consideró a la quiebra como un estado inusual en el orden jurídico de un sujeto ocasionado por la incapacidad de cumplimiento equitativo de sus obligaciones judiciales.

El principio de la conservación de la empresa en la ley 18.175

¹⁰ PUELMA ACCORSI, Álvaro. Curso de Derecho de Quiebras, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1971, Chile, p.18

A este respecto, el principio de la tutela laboral, estuvo dado por el resguardo del factor humano, teniendo relación con el pago preferencial a los acreedores laborales, la persistencia del aprovechamiento de la empresa, la continuidad de los vínculos laborales si es que se enajenaba la empresa, y el pago administrativo de los créditos laborales aplicándolos a los primeros fondos que el síndico tuviese.

En una estructura socio-económica como la de nuestro país, frecuentemente los acreedores vienen a ser deudores de otro acreedor, teniendo así relaciones mercantiles extensas, en que el incumplimiento de una obligación, afecta al acreedor y a una serie de acreedores y deudores, lo que produce efectos sociales importantes. Así nació la institución de la quiebra, en busca de un procedimiento que tomara en consideración el pago individual, al deudor, al acreedor y a la sociedad.

6.- Elementos comunes en el concepto de quiebra, ley N°18.175

a. Era un estado: Era parte de la esencia de la quiebra el hecho de ser un estado pasajero que se terminaba al momento de pagar a los acreedores con moneda concursal y con el sobreseimiento definitivo. Sin embargo, en la quiebra, se creó un nuevo estado para la persona, el de fallido, lo que trasuntó en un conjunto de incapacidades para que pudiese optar a trabajos y negocios. Por otra parte, provocaba efectos patrimoniales, llegando a modificar obligaciones anteriores a la declaratoria de quiebra, pactadas por el deudor.

b. Era un estado de una persona: La quiebra perjudicaba a personas naturales o jurídicas, que realizaban actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas o no, o sea, era una figura para todos. A este respecto, hubo una discusión en cuanto a si las fundaciones o corporaciones podían

quebrar. Con la ley N°18.175 se superó la controversia, siendo posible bajo su vigencia la quiebra.

c. Era un estado universal: El estado de quiebra, era universal en dos aspectos, por un lado, abarcaba todos los bienes del deudor, y por otro lado, contenía también a sus acreedores. Todos los bienes eran tratados con los métodos concursales indicados por la Ley 18.175, con el fin de pagar a los acreedores.

El estado de indivisión de la quiebra, tenía que ver con el principio de igualdad entre los acreedores, tomando en cuenta que la igualdad es la base ineludible de la universalidad. La forma de custodiar la igualdad de los acreedores, se realizaba a través de su unificación, o sea, se debía instaurar la masa de acreedores. Esta masa se trataba equitativamente sólo en el caso de que existiera una prenda común de los bienes del deudor, permitiéndose utilizar esto para pagar sus créditos.

d. Era un estado excepcional en el orden jurídico de una persona: Con esta resolución el fallido perdía la administración y disposición de sus bienes, que pasaban al síndico y a los acreedores. La quiebra se constituía como un estado excepcional, ocasionado por la cesación de pagos. Con todo la quiebra era excepcional por dos causas: por la cesación de pagos del deudor y, por la declaración judicial que daba lugar a este nuevo estado de quiebra.

e. Ocasionada por la incapacidad de cumplir en igualdad las obligaciones regularmente: El deudor que era declarado en quiebra, podía estar dando cumplimiento a algunas de las obligaciones, pero por sus circunstancias patrimoniales, no podía cumplir de manera íntegra y oportuna todas sus obligaciones. El juez, debía estimar si es que era necesaria la quiebra, realizando un examen del estado financiero del deudor en que se aseguraba de que no tenía patrimonio suficiente para enfrentar sus deudas.

La quiebra según la anterior ley se entendía como una figura ex –post de faltas del deudor, o sea, sin naturaleza preventiva. Esta naturaleza no preventiva, tenía que ver con que los acreedores se inclinaban por la ejecución individual del deudor por sobre su ejecución colectiva. Asimismo se basaba en que en la ejecución individual, no se contaba con la exigencia legal de acatar la *par conditio creditorum*¹¹ y sólo se seguía el interés del acreedor en el proceso, no debiendo entrar a una masa de acreedores para sopesar la forma en que se realizaba el pago de su acreencia.

f. Declarado judicialmente: Era requisito sine qua non que la quiebra fuese declarada judicialmente por el tribunal competente, en ese caso, se utilizaba la regla supletoria del artículo 134 Código Orgánico de Tribunales.¹²

¹¹ Locución latina que significa “igual condición de crédito”. Es un principio del derecho concursal que consiste en la paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores.

¹² Art. 134. En general, es juez competente para conocer de una demanda civil o para intervenir en un acto no contencioso, el del domicilio del demandado o interesado, sin perjuicio de las reglas establecidas en los artículos siguientes y de las demás excepciones legales.

CAPITULO 2:

7.- Características de la quiebra

La generalidad de la doctrina reconocía las siguientes características:

a) Universalidad: La quiebra operaba sobre absolutamente todos los bienes del fallido, presentes o futuros, dejando fuera obviamente a los bienes inembargables.

Aparte de esto se llamaba a la quiebra a todos los acreedores. Así se constituía la masa de bienes y se disponía por otra parte del pasivo de la quiebra, que se conformaba por los créditos de los acreedores, que debían ser pagados en su totalidad a proporción.

b) Igualdad de los acreedores ante la quiebra: Ante la quiebra, los acreedores debían actuar en igualdad de condiciones, pero había ciertas preferencias según la ley que igualmente se consideraban elementos sociales y económicos.

c) Indivisibilidad de la quiebra: La indivisibilidad decía relación con que en un solo procedimiento se realizaban los bienes, y se abarcaban a todos los acreedores, fuera una persona natural o jurídica.

Los autores citados anteriormente indicaron que era una especie de asociación de los acreedores con el fin de conservar la igualdad entre los interesados y permitir la realización de los bienes del deudor que luego se repartían a prorrata de sus créditos el producto de ellos.

8.- Principios que sustentaron el derecho de quiebras

Un sector de la doctrina estableció como principios fundamentales del derecho de quiebras los siguientes:

a) *Par conditio creditorum* como principio básico del derecho de quiebras: Es preciso clarificar que este principio incluía a todos los acreedores, o sea, se encontraban en un piso de igualdad al momento de verificar los créditos, obviamente tomando en cuenta el orden de prelación.

La doctrina coincidió en lo fundamental de este principio, ya que se trataba de dar el consecuente pago de los créditos utilizando el patrimonio del deudor que era liquidado para tales fines.

b) Principio de la conservación de la empresa: Este principio se basó en buscar la supervivencia de ella, antes que declararla en quiebra.

Esta regla tenía relación con la lógica económica, propendiéndose así, llegar a remedios no tan nocivos para los implicados, impidiendo que la empresa se cerrara.

c) Racionalidad económica como principio moderno del Derecho Concursal: Este principio fomentaba la economía de las empresas que podían caer en crisis de insolvencia. Este precepto propendía a arribar a acuerdos oportunos y a la reorganización, debido a que el cierre de la empresa producía problemas sociales y económicos.

El profesor Ricardo Sandoval adicionó a lo anterior otros dos principios¹³:

d) Principio de la protección adecuada del crédito: La quiebra no sólo tenía que ver con un interés privado, sino que además tenía un aspecto público, porque era obligación del Estado resguardar el crédito público y dar a los comerciantes garantía en el tráfico jurídico, lo que producía un buen aliciente a la inversión y un buen empuje macroeconómico.

e) Principio de tutela de la relación laboral: En esta regla se expresaba la obligación de protección de los derechos de los trabajadores en la empresa en la que realizaban sus actividades.

¹³ SANDOVAL LOPEZ, Ricardo. Derecho Comercial. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, p.27

El autor Ricardo Sandoval argumentaba que el apoyo de los trabajadores tenía que ver con un interés supremo y en el medio comercial contenía: a) El pago preferencial a los acreedores laborales en el concurso presuntivo y en la quiebra declarada judicialmente; b) La continuación del aprovechamiento de la empresa; c) La continuidad de los vínculos laborales si hay enajenación de la empresa; d) El pago preferencial de los créditos de las instituciones previsionales, etc.

9.- La causa de la quiebra considerando la ley N°18.175

Presupuestos de la quiebra:

a) Causa: Se trataba de un estado de insolvencia continua, en la que el patrimonio contaba con más pasivos y veía expresada su falta de liquidez en la cesación de pagos.

b) Sujeto pasivo: Es quien tenía deudas vencidas o deudas exigibles y que era declarado fallido. Podían ser personas naturales o jurídicas con o sin fines de lucro.

c) Sujeto activo: Es aquel que detentando una acreencia podía conseguir la liquidación de un deudor que estaba en cesación de pago. Esta institución podía utilizarse por el acreedor y el deudor, en el caso en que fuese calificado, según dictaba el artículo 41 de la Ley N° 18.175, entendiéndose por aquellos, los que ejecutaban actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas.

Conforme a esta ley, podían ser uno o más acreedores los que tenían la facultad de iniciar el juicio de quiebra, sin embargo debía pedir la declaratoria de quiebra el deudor en ciertos casos. Esta obligación legal se fundamentaba en la idea de que cuando un deudor realizaba una función comercial, industrial, minera o agrícola, llamado también deudor calificado, tenía la obligación de declararse en quiebra, bajo riesgo de perder ciertos beneficios como el de alimentos o ponerse en riesgo a ser declarado como

culpable o como fraudulento en su circunstancia de quiebra, ya que se sabía que dañaba el crédito público y lucraba de su propio dolo, debido que tenía conocimiento del mal estado de sus negocios.

d) Declaratoria de quiebra: Este presupuesto ponía acento en que para dar paso a las consecuencias de la quiebra era necesaria su declaración judicial.

La quiebra de un deudor podía solicitarse, siempre que, se dieran los requisitos señalados en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio. Como se verá en lo posterior, la primera causal era sólo para deudores calificados y las otras dos podían ser aducidas para cualquier deudor.

Teorías sobre la causa de la quiebra:

La quiebra era conocida como una circunstancia inusual que inducía a una persona natural o jurídica a que se declarara tal situación en tribunales.

a) Teoría de la cesación de pagos:

También llamada teoría materialista, ya que se basaba en si el deudor cumplía o no sus obligaciones. De esta manera sólo era necesario incumplir las obligaciones en una época determinada, no tomando en cuenta la situación económica del deudor, o sea, que no se examinaba el patrimonio del deudor, siendo susceptible de ser declarada judicialmente, aun cuando el activo fuese superior al pasivo.

Tal teoría propendía conservar un orden económico y social, castigando el incumplimiento.

b) Teoría de la insolvencia:

Se encontraba en estado de insolvencia la persona natural o jurídica que no podía pagar equitativa y regularmente a sus acreedores.

Tales características eran fundamentales ya que no era declarada la quiebra por el simple atraso en el pago de sus deudas, debía ser un estado permanente, del que se pudiese inferir la incapacidad de pagar sus obligaciones.

En Francia determinar este estado quedó entregado a los tribunales, debiendo definir si el estado de cesación de pago era temporal o se trataba de una incapacidad persistente de dar pago a las obligaciones.

c) Teoría intermedia:

Esta teoría estableció que para declarar la quiebra la persona debía estar efectivamente en estado de cesación de pagos, pero aparte de esto debía tener una condición económica que sin lugar a dudas apuntara a que no podía pagar sus obligaciones, configurándose como una situación de insolvencia irrefutable. También en este caso era un tribunal el que debía decretar la quiebra y examinar el patrimonio del deudor y en general su situación económica.

d) Teoría sobre la causa de la quiebra en Chile:

Según nuestra legislación la causa de la quiebra era la cesación de pagos, que era la situación en que se encontraba el deudor que le imposibilitaba cumplir sus obligaciones. Para evitar probables desavenencias de interpretación, la legislación constituyó causales taxativas de quiebra. Estas causales, denominados hechos reveladores, eran precedentes que declaraban sobre el estado de cesación de pagos del deudor.

Clasificación de las causales de quiebra en Chile:

En el artículo N° 43 de la ley, incorporada al Código de Comercio, se enumeraban las causales de quiebra y teniendo en cuenta la clase del sujeto pasivo de la acción de quiebra, se clasificaron las causales en tres:

a) Causales aplicables exclusivamente al deudor que ejercía una actividad comercial, industrial, minera o agrícola: Esta causal estaba en el N° 1 del artículo 43 del código. Se erigía como la causal más importante por ser a la que en más ocasiones se recurría. El artículo establecía: Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no fuese exigible, en los siguientes casos: N°1 “Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo;”¹⁴

Se infiere de lo anterior las siguientes premisas para la aplicación de esta causal:

Que se tratase de un deudor que realizare una labor comercial, industrial, minera o agrícola; que hubiese cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante; que la obligación fuese mercantil y que constare en título ejecutivo.

b) Causales aplicables a todo deudor:

Estas causales se encontraban en el artículo 43 del Código de Comercio, numerales 2 y 3. La primera aplicable a cualquier deudor, en el N° 2 del artículo señalado, estableciéndose de la siguiente manera: “Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas”¹⁵

Se pueden inferir los siguientes requerimientos para su práctica: Que existieran contra el deudor al menos tres títulos ejecutivos vencidos; que proviniesen de obligaciones diversas; que ya se hubieren iniciado al menos

¹⁴ Libro IV, Código de Comercio, art. 43 N°1

¹⁵ Libro IV, Código de Comercio, art. 43 N°2

dos ejecuciones y que el deudor no presentare en los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes suficientes para cumplir de manera íntegra las prestaciones más intereses y costas.

La segunda causal que podía ser aplicada a cualquier deudor estaba en el N°3 del artículo 43 de la ley de quiebra, que establecía el caso del deudor que se iba de Chile o que se ocultara dejando cerrada sus oficinas, todo esto sin nombrar mandatario.

En consideración de la reforma incluida por la Ley N°20.073, del 29 de noviembre de 2005, se derogó el numeral 4 del artículo 143, eliminando la causal de declaración de quiebra indicada, que se basaba en la declaración de nulidad o la resolución de un convenio extrajudicial.

Requisitos que se entendían como indispensables para la aplicación de la causal: Fuga del deudor; cierre de sus oficinas o establecimientos; no haber nombrado administrador con facultad de dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas.

10.- Presupuesto objetivo de la masa de bienes, ley N°18.175

Gran parte de nuestra doctrina, estuvo conteste en que la cesación de pagos en la legislación, tenía una acepción restringida, igualándola al incumplimiento material de la obligación. Se fundamentaban, en las causales de quiebra, que eran los hechos reveladores de la cesación. Igualmente, se debe afirmar que la cesación de pagos era mucho más que la infracción material.

Del mensaje de la antigua de ley de quiebras, N°4.558, podemos deducir que la quiebra tenía un presupuesto objetivo extenso, o sea que era necesaria la cesación de pagos en su sentido amplio o la insolvencia como situación patrimonial grave del deudor para requerirla. La ley de Quiebras,

no ofrecía una causal genérica de cesación de pagos, sino que como la Ley 4.558 de 1929 ya derogada enumeraba diferentes causales taxativas que producían quiebra y que eran una muestra de los hechos reveladores de cesación de pagos.

La Ley N°18.175 diferenciaba entre el deudor común y el que realizaba una actividad comercial, agrícola, industrial o minera, siendo más gravoso el supuesto objetivo para este. Tales diferencias en el presupuesto objetivo, son las que a continuación se describirán.

a) Respecto al deudor calificado:

Según el art. 43 N°1 de la Ley 18.175 se establecía que era necesario sólo el incumplimiento en el pago de una obligación para poder ser declarado en quiebra, inclusive, imponiendo la carga en el artículo 41 al deudor calificado de solicitar su propia declaración de quiebra antes de 15 días contados de la fecha del cese en el pago de una obligación.

La legislación reconoció como premisa objetiva necesaria para la declaración de quiebra del deudor calificado, a la cesación de pagos en su faz materialista, siendo suficiente el incumplimiento de una obligación ejecutiva.

b) Respecto de todo deudor:

La ley concursal, respecto del supuesto objetivo que se aplicaba a todo deudor, se mostraba más benévola que en el supuesto del deudor calificado, suscribiéndose a la teoría de la cesación de pagos de carácter intermedia. La quiebra se constituía con incumplimientos o estados que podían dar lugar a causales de quiebra, como los que ejemplificaba el artículo 43 N° 2 y 3, dándose la cesación de pagos con el incumplimiento de tres o más títulos ejecutivos vencidos, que proviniesen de obligaciones diversas, y que estuvieran abiertas dos ejecuciones; o la fuga del deudor del territorio de la República u ocultamiento con cierre oficinas sin nombrar

a persona alguna que administre sus bienes con facultades para cumplir sus obligaciones o conteste nuevas demandas.

Los supuestos objetivos generales aplicables a todo deudor, eran más complicados de poder probar y lograr. El legislador aceptaba que bajo estas premisas se decretara la quiebra del deudor, o sea, con determinados incumplimientos y no todos ellos, de esta manera se libraba cualquier duda razonable sobre el correcto estado patrimonial ruinoso del deudor. Lo anterior, no obstante las otras causales de quiebra que estaban establecidas en el Código de Comercio, como en el artículo 177 bis, ter y quáter que tenían que ver con otros presupuestos.

CAPITULO 3:

11.- Emprendimiento: Causa inspiradora de una legislación

1. Evolución de la finalidad del derecho concursal en el tiempo:

La manera en que se concibe la insolvencia y sus efectos a través de los años ha cambiado y consecuentemente la apreciación del Derecho concursal y los fines que pretende.

Hasta antes de la primera guerra mundial como divisamos, la quiebra incluía la destrucción de la unidad empresarial, realizando un rol político-jurídico al quitar los entes no eficaces del mercado. Esto se lograba por medio de la liquidación y extinción de empresas con inestabilidades económicas.

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

El legislador planteó el proyecto de la ley N°20.720 teniendo como fin último el emprendimiento, posicionándolo como motor económico, posibilitando la rápida y pertinente salvación de empresas viables y la estructurada liquidación de las que no lo son. En segundo lugar surgió de la necesidad de dar a nuestro país un marco normativo conteste a los tiempos, obedeciendo los estándares internacionales.

De esta manera, el legislador quiso favorecer los métodos concursales como un instrumento que puedan utilizar los deudores en caso de crisis para resolver el problema de la insolvencia, entregándole la oportunidad de seguir con su negocio, o en ciertos casos, finalizar un negocio fallido dejando al rehabilitado con recursos suficientes para comenzar un nuevo emprendimiento.

2. Concepto de Emprendimiento:

Para entender en qué medida los procedimientos concursales afectan al emprendimiento, es preciso aproximarnos hacia una idea de emprendimiento y su nexa con el derecho concursal.

Desde la faz económica, es complejo acuñar un concepto tipo que de cuenta totalmente de las repercusiones de la palabra emprendimiento, es por esto que considerando los varios conceptos podemos calificar las diferentes clases de emprendimientos. De esta manera tenemos el emprendimiento innovador que es el que aborda casi todos los aspectos.

El concepto de emprendimiento innovador, fue instaurado por Schumpeter¹⁶, que manifiesta que los emprendedores son sujetos que plasman modificaciones y realizan nuevas conexiones de factores, transformando las normas de producción y generando consecuentemente nuevas oportunidades. Según el autor, el mercado se inclina al equilibrio, y al nacer un nuevo emprendedor creando nuevas empresas o perfeccionando las existentes, produce cambios trascendentales en la economía y modifica esta situación de equilibrio debido a que, empieza a conseguir réditos excepcionales, debido a que esta nueva empresa trasuntará en la destrucción de empresas ya existentes que no pudieron acostumbrarse a los cambios que experimentó el mercado con la nueva integración.

En resumen un emprendedor es un visionario que tiene la capacidad de aunar recursos para producir trabajo, bienes o servicios y ordenados satisfacer necesidades humanas.

Reemprender es en este entendido empezar un nuevo proyecto empresarial luego de haber fracasado. Para la Comisión Europea es una

¹⁶ Schumpeter, 2008, <http://claseinnovacion.blogspot.cl/2008/final-la-innovacion-y-schumpeter.html>

segunda oportunidad para comenzar un negocio que se da a una empresa que enfrentó una quiebra con anterioridad.

Relación entre emprendimiento y concurso:

La relación entre ambos es conteste con el objetivo principal de los procedimientos concursales, sumado al progresivo interés de los estados por reglamentar materias ligadas con las empresas debido al papel fundamental de éstas en la economía. De esta manera, a través de la reglamentación apropiada de los concursos, se propende amparar a quienes participan en la vida empresarial dándoles un contexto a fin para el desarrollo de un emprendimiento, que les posibilite minimizar los riesgos a los que se exponen. Y por otro lado, motiva el nacimiento de nuevos emprendedores.

12.-Reemprendimiento bajo la ley N°18.175

En este punto se evidenciará el desarrollo de la reglamentación concursal, se plantearan los defectos de la antigua ley, que nos posibilitarán entender el escenario en que nos desenvolvíamos.

Como dejé entrever anteriormente, en un primer periodo Chile se rigió por la legislación española. Son las Ordenanzas de Bilbao promulgadas en 1737 el ordenamiento mercantil que tuvo nuestro país hasta la dictación del Código de Comercio de 1865.

Es el capítulo 17 de las Ordenanzas titulado “De los atrasados, fallidos quebrados o alzados; sus clases; y modo de procederse en sus quiebras”, el que se utilizaba en esta materia y consideraba normas aplicables a los comerciantes y la realización de los bienes era realizada por síndicos nombrados por los acreedores.

Luego, la primera norma nacional es la ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837, parte de las Leyes Marianas, que normaba el convenio que podía ser anterior o posterior a la quiebra, sus normas eran ajustables a todo tipo de deudor ya que no diferenciaba entre deudor comercial y deudor civil.

Se notó una represión penal expresada en el Art. 149 que establecía que el deudor que solicitare convenio debía ser conducido a una prisión pública, durante el juicio del convenio, en los mismos casos que el deudor hiciera cesión de bienes.

El jurista argentino Gabriel Ocampo redactó el Código de Comercio de 1865. Este código se inspiró en el código francés de 1807 y en su reforma de 1838. La quiebra era tratada en el libro IV del código entre los artículos 1325 a 1533, regulación que se singularizaba por conceptualizar en su art. 1325 a la quiebra como el estatuto del comerciante que cesa en el pago de una de sus obligaciones mercantiles.

Además destacaba el carácter liquidatorio de la quiebra ya que estaban legitimados para pedir la declaración los acreedores que tuvieran títulos vencidos y los acreedores que a pesar de no contar con un crédito vencido se pudiesen ver dañados ante la insolvencia del fallido ocasional justificando previamente la cesación de pagos.

En el gobierno del presidente Jorge Montt, se dictó el Código de Procedimiento Civil de 1902, el que contemplaba los procedimientos concursales en dos párrafos diferentes. La primera normativa estaba en el libro III (de los Juicios Especiales) título XVI los Juicios de Comercio, nombrando a uno de sus párrafos “De los procedimientos de la quiebra”. Este complementaba lo establecido por el Código de Comercio.

Por lo demás por mandato del artículo 898 se refería al Título III del Libro Tercero del mismo compuesto reglamentario que normaba el Concurso de

Acreeedores. Ordenado a reglar las circunstancias de conflicto entre acreedores, frente al patrimonio del deudor insolvente. Recalcamos de este código la instauración de un concurso civil; regulaba el funcionamiento de las juntas de acreedores; contemplaba como causales de quiebra la inadmisibilidad de la cesión de bienes y la causal del art. 43 N°2 de la ley N° 18.175; en lo relativo a los síndicos establecía inhabilidades, derechos y atribuciones. A esto se adicionó la instauración del sobreseimiento definitivo ordinario.

En 1929 se dicta la ley N° 4.558, que se convierte en el precedente inminente de la ley N° 18.175 que derogó el Libro IV del Código de Comercio y las normas relativas a la quiebra contemplada en el Código de Procedimiento Civil. El año 1931 se modificó y sus fundamentales transformaciones fueron: Instauró un procedimiento común a toda clase de deudor; creó la Sindicatura General de Quiebras; se redujeron las capacidades de decisión de las juntas de acreedores y se normaron de manera orgánica los convenios, dando paso al convenio preventivo judicial y el convenio extrajudicial.

Durante la vigencia de la ley N°4.558 se dilucidaron problemas en su empleo, fundamentalmente se enjuiciaba el procedimiento porque en promedio eran más de 8 años lo que influía negativamente en que el proceso de reasignación de recursos.

A parte de esto a partir del 13 de Enero del año 1981 Chile atravesó una crisis económica, lo que trasuntó en intervención de los bancos y la implementación de nuevas políticas lo que resultó en numerosas quiebras.

Luego de la ley N° 4.558 se integró al ordenamiento jurídico en el año 1982 la ley 18.175 entre sus progresos más importantes tenemos la eliminación de la Sindicatura General de Quiebras, creando la Fiscalía Nacional de Quiebras pasando a ser un organismo controlador. En lo relativo al sujeto

pasivo cambió la frase de deudor comerciante y la reemplazó por el que ejecuta una actividad comercial, industrial, minera o agrícola.

Durante la vigencia de la ley N° 18.175 se realizaron importantes modificaciones: La Ley 18.598 que estaba dirigida a modernizar la administración y funcionamiento de las empresas donde se continuaba con el giro. La ley N° 19.144 que perfiló los preceptos relacionados a la venta de activos y específicamente, la venta bajo la modalidad de Unidad Económica. Ley N°19.250 que integró el artículo 148 que regla el pago de los créditos privilegiados de primera clase. Ley N°19.806 que instauró la Superintendencia de Quieras que reemplaza a la Fiscalía Nacional de Quiebras.

Ley N°20.004 que otorgó más capacidad de fiscalización a la Superintendencia de Quiebras; el año 2005 se realizó un ajuste técnico, incorporando la ley concursal al Libro IV del Código de Comercio, excluyendo los preceptos orgánicos de la Superintendencia de Quiebras, conservándose para esta, el número de la Ley N° 18.175.

La ley N°20.073, que reformó los Convenios Judiciales, integró la figura de los expertos facilitadores y estableció el convenio obligado y la ley N°20.190 que posibilitó la compensación económica.

13.- Panorama antes de la dictación de la ley N°20.720

Tenemos que al año 2012, según los datos del Servicio de Impuestos Internos existían 1959 empresas con problemas de liquidez. De ellas, 1.494 se encontraban en situación efectiva de quiebra y 465 en situación efectiva

de recuperación¹⁷. La Superintendencia de Quiebras estableció en ese momento que de las empresas con problemas de liquidez solo un 6% se supeditó al antiguo procedimiento. Por lo que, el 94% restante cerraba informalmente su empresa.¹⁸

En el lapso de tiempo entre el 01 de enero de 1982 y 31 de diciembre de 2012 se publicaron en el Diario Oficial 4.362 quiebras, tomando en consideración solo las regidas bajo Ley 18.175.

Los tres sectores más perjudicados fueron el Comercio al por mayor y menor; Repuestos de vehículos Automotores/ Enseres domésticos; la “Industria manufactureras no metálicas” y “Construcción”.

El año 2012 se publicaron en el Diario Oficial 130 quiebras teniendo una descenso de 2,26% considerando el año anterior y se confirmaron 17 continuaciones de giro.

Respecto a los convenios, la Superintendencia estableció, que en el periodo de 29 de enero de 2006 y diciembre de 2012, se tramitaron 69 convenios; lo que era mínimo en comparación a las quiebras publicadas en igual periodo.

Un aspecto que se resalta en este punto es el número de trabajadores que resultaron perjudicados por la quiebra, puesto que el año 2006 se registraron 2.055 afectados, y en el año 2012 aumentaron a 3.141.

En cuanto al procedimiento de quiebra se ha dicho que este resultaba ineficaz, ya que tomando en cuenta datos contribuidos por el Banco Mundial mediante el informe Doing Business en Chile la quiebra, demoraba aproximadamente 4,5 años; demorándose más que los países de la OCDE, en los cuales tarda 1,7 años. A este factor se adiciona el costo del proceso,

¹⁷ Primer Informe Comisión Economía, Senado, p. 18. disponible en <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

¹⁸ Idem

ya que en Chile éste representaba una cifra próxima al 15% de los activos de la empresa; siete puntos arriba del costo de los países OCDE (8,4%)¹⁹. En cuanto a la recuperación de la deuda, se recuperaba un 21,3% valor distante al 68,6% de los países OCDE.²⁰

¹⁹ Doing business Banco Mundial, Doing Business, 2009, disponible <http://www.doingbusiness.org/data/exploretopics/resolving-insolvency>

²⁰ El año 2007, Chile se incorporó a la OCDE, Organización para la Cooperación Internacional y Desarrollo Económico cuyo principal objetivo es coordinar las políticas, económicas y sociales de los estados miembros para así contribuir al desarrollo económico de los mismos.

CAPITULO 4:

14. -Críticas a la ley 18.175

Luego de treinta años de vigencia, se descubrieron variados defectos de la legislación, que fueron evidenciados por juristas que se manifestaron contestes con lo que señaló la Organización Para La Cooperación y El Desarrollo Económico (OCDE). Es entonces, nuestra incorporación a este organismo la que nos motivó innovar en muchas instituciones con el fin de satisfacer los modelos que requiere.

Entre las críticas realizadas se encontraban las siguientes:

1. Los procedimientos quedaban sometidos a la justicia ordinaria: La nula especialización de los tribunales, implicaba en la forma y celeridad con la que eran tratados los procedimientos; debido a que estos tribunales debían aproximarse al conocimiento de distintas causas de varias materias; perjudicando la eficiencia en la resolución de la insolvencia. Lo que se acrecentaba, si se toma en cuenta la sobrecarga de trabajo de tribunales.
2. El procedimiento concursal era poco diligente: Esto se explicaba porque no era conocido por un tribunal especial, por contener plazos excesivos y herramientas complicadas no tomando en consideración que el tiempo es un ingrediente fundamental cuando se resuelven esta clase de conflictos ya que es indispensable para eludir un daño patrimonial (producto de los efectos de la quiebra sobre el fallido) y moral (producto del hecho de enfrentar un procedimiento complejo). Por otra parte, el procedimiento era contrario a una tasa de recuperación aceptable o un próximo mejor acuerdo en interés de los acreedores.
3. La insolvencia tenía una secuela de difamación sobre el deudor: Este efecto, provenía de la poca aceptación del fracaso en nuestra cultura, es por eso que se entendía a quién era declarado en quiebra como una

persona que no cumplía con sus acreedores y no era candidato a obtener un crédito en lo posterior, sin tomar en cuenta el porqué de la insolvencia.

4. Se promovía que los deudores no entrasen al sistema: Como lo expresó el Consejo Asesor “la forma en que la legislación busca penalizar la insolvencia fraudulenta es inadecuada e incita a que los deudores eviten entrar al sistema antes que promover su uso. Esto es particularmente evidente si se considera que por el sólo hecho de ingresar el sistema formal de quiebras se abre la posibilidad de la calificación criminal de la misma, al tiempo que la madeja de figuras penales vinculadas a la quiebra tipifican como delito muchas de las conductas que el empresario común incurre, con ocasión de una insolvencia, sin conciencia de ilicitud ni dolo”²¹

5. La persona natural poseía el mismo tratamiento normativo que la empresa.

6. Los convenios eran inflexibles: Primeramente, la ley no era atractiva para acogerse a ella, ya que los deudores pensaban que entrando podían empeorar su estado. Se establecía por otra parte que los convenios no permitían que todos los acreedores participaran de ellos, ya que si bien la aspiración del convenio pretendía ser una solución al problema, debía en primer lugar, dejar que se acogieran a él la mayoría de los acreedores y no solamente los valistas. Por último, se criticaba ya que no se les aceptaba conceder a los proveedores nota de débito correspondiente al IVA que pagaron.

15. -Necesidad de una nueva normativa

Luego de examinar el estado en que esta ley ubicaba a los deudores, es preciso entender las causales que se usaron para pasar a una nueva

²¹ 19 Consejo Asesor para Perfeccionar el Proceso de Entrada y Salida de las Empresas, pp5- 6.

normativa. Se ha indicado que uno de las principales causas que propiciaron la reforma tiene que ver con la importancia fundamental de la ley concursal en la economía. El ex Ministro de Economía Pablo Longueira manifestó que la ley en comento: 1.- No incentivaba el emprendimiento y el reemprendimiento, dado al tiempo del procedimiento (4,5 años) lo que evitaba pasar de los emprendimientos fallidos. 2.- Propiciaba una baja tasa de recuperación de los créditos para los acreedores, lo que consecuentemente aumentaba el riesgo crediticio, pidiendo mejores garantía y cobrando altas tasas de interés. 3.- Producía una lenta y poco frecuente reasignación de activos productivos a la economía debido a la lenta liquidación de estos. 4.- Fomentaba la falta de apoyo económico a empresas viables con problemas de liquidez puesto que la ley no motivaba al acreedor (protegiéndolo o garantizando su crédito) a invertir o financiar al deudor en crisis. 5.- Daba lugar a una disminución de la inversión extranjera ya que los inversionistas extranjeros al momento de invertir valoran una serie de factores, entre los que están, los rankings de competitividad. 6- No consideraba “premios” tributarios para acordar convenios, haciendo que para el acreedor fuese más útil pedir la quiebra ya que le posibilitaba castigar deudas y rescatar el crédito IVA respecto de las facturas emitidas al deudor. 7.- No facultaba a la persona natural para mantenerse en el sistema financiero, perjudicando a casi 1.000.000 de personas naturales como sujetos de crédito. 8.- Aumentaba el presupuesto del Estado y de particulares envueltas en procedimientos concursales.

Algunos expertos en materia concursal, también manifestaron la necesidad de una nueva normativa justificándola en la desadaptación de la ley a los tiempos.

Un escenario como este daba señales erradas a los empresarios, ya que resultaba tan oneroso el procedimiento, que preferían estar en la

clandestinidad, sin institucionalizar su insolvencia, porque ocurría que el remedio era peor que la enfermedad. Lo que producía que fuesen menos las insolvencias judicializadas, lo que consecucionalmente perjudicaba a los acreedores.

Considerando las estadísticas de la OCDE, el trato que el país le daba a la insolvencia era de baja tasa de recuperación del crédito, si lo comparábamos con el promedio de los otros países pertenecientes a la organización.

En conclusión, los procedimientos concursales bajo la antigua ley eran excesivamente lentos y costosos, lo que repercutía en la tasa de recuperación del crédito de los acreedores, ya que mientras mayor era la duración del proceso menor era la tasa de recuperación de los créditos, repercutiendo directamente en la faz privada de la insolvencia. Sin embargo, si tomamos en cuenta su cariz público, podemos entender que al afectar el crédito público, también afectaba directamente a las inversiones, nacionales y extranjeras.

16.- Características de la nueva ley N° 20.720

De manera general tenemos que en esta ley hay nuevos procedimientos tomando en cuenta si el deudor es empresa o persona.

Esta ley posibilita amparar a las empresas factibles por medio del Procedimiento Concursal de Reorganización y liquidar las no factibles por medio del Procedimiento Concursal de Liquidación.

Posibilita volver a negociar las deudas de la persona natural o consumidora por medio del Procedimiento Concursal de Renegociación. Por otra parte

admite liquidar los bienes de la persona natural por medio del Procedimiento Concursal de Liquidación de forma eficaz y diligente.

La ley se basa en el emprendimiento, posibilitando acuerdos entre la empresa deudora y los acreedores, a través de la reorganización y el re emprendimiento, concediendo el volver a empezar. Por lo que se trata de una ley muy acorde a los tiempos que se viven en la sociedad chilena.

Existen plazos de duración reducidos de los nuevos procedimientos:

- Procedimiento Concursal de Reorganización: Duración máxima de 4 meses.

- Procedimiento Concursal de Liquidación: duración máxima de 1 año para la empresa deudora y de 8 meses para la persona deudora.

- Procedimiento Concursal de Renegociación: Duración mínima, tomando en consideración los breves trámites a realizar.

De manera más pormenorizada tenemos:

a) Nueva mirada al Derecho concursal. La base de la nueva ley contiene un concepto de avanzada de concebir la insolvencia de la empresa, anteriormente en el paradigma clásico se veía la liquidación como única salida para la protección del crédito de los acreedores.

Ahora lo que se busca es, en primer lugar, reorganizar, es decir, darle sobrevida a las empresas viables y como última ratio, liquidar los activos, constituyéndose como un impulso al emprendimiento. Ya no se criminaliza

ni desprestigia al fallido, ahora se le denomina como empresa o persona deudora. Tampoco se le llama a este fenómeno como quiebra sino que liquidación; los convenios pasan a ser parte de una reorganización y la figura del síndico es reemplazada por el veedor y por el liquidador, este último en el caso de liquidar la empresa.

b) Recuperación de activos. Se recuperan los activos con el uso de distintos mecanismos, entre ellos la venta sumaria, el impulso a la venta como unidad económica y, en algunos casos, la ampliación de libertad de venta de los martilleros, además de ampliar la tasa de recuperación.

La nueva ley ha permitido alcanzar una tasa de recuperación alta, logrando equidad entre los acreedores, permitiendo cumplir con un principio fundamental de esta rama del derecho, que es la *par conditio creditorum*, muy mermada con el sistema de la Ley N°18.175, donde la tasa de recuperación alcanzaba principalmente para pagar el costo del procedimiento, la sindicatura y administración de los bienes y las primeras preferencias de pago establecidas en el artículo 2472 del Código Civil, dejando, en varias ocasiones, sin saldar los créditos de los acreedores valistas.

Una de las medidas que más se destaca por el hecho de mejorar la distribución de los pagos y dirigirlos directamente a la masa de acreedores, es la implementación de un medio de notificaciones virtual y gratuito, denominado como Boletín Comercial, a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Re emprendimiento.

Además, se destaca de la nueva Ley N° 20.720 que contempla la creación de una instancia de defensa para el deudor, el juicio de oposición. Esta etapa es previa a la dictación de la liquidación y permite ejercer el derecho

al debido proceso y el derecho a la bilateralización de la audiencia que en el caso de la Ley N° 18.175 no se cumplía, puesto que al deudor se le citaba a una audiencia en donde se le informaba que había sido pronunciado el estado de quiebra, y solamente en forma posterior podía reponer y oponerse a dicha declaración.

c) Procedimientos. Bajo el nuevo régimen concursal, se distingue al sujeto pasivo de la insolvencia. Si se trata de una persona natural o una persona jurídica y se le aplican dos tipos de procedimientos, uno tendiente a la reestructuración de activos y pasivos para la continuación efectiva de la misma, pactando condiciones favorables del pago de sus acreencias y el otro a la liquidación de sus bienes. Antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.720 como lo divisamos anteriormente, no existía un tratamiento de insolvencia diferenciado entre empresa y persona deudora, sino que se les aplicaba el mismo proceso, sin distinguir las necesidades de cada uno, lo que culminaba en un perjuicio para las personas naturales.

Haciendo uso de las cifras obtenidas en el estudio realizado por la Asociación de Emprendedores de Chile, los procedimientos deben ser satisfechos en plazos cortos, para disminuir la brecha que separa a Chile del promedio de países OCDE. Para ello la nueva ley contempla procedimientos simplificados, logrando realizar la reorganización en menos de cuatro meses, la renegociación en menos de ciento cinco días hábiles y la liquidación en un plazo máximo de once meses para empresa deudora y de ocho meses para la persona deudora, lo que se manifiesta en resultados más eficientes y en la recuperación estimado del 68% de los créditos debidos.

Respecto a los plazos anteriores, es de toda lógica que los plazos de los procedimientos aplicables a las personas deudoras sean más breves, ya que se trata de deudas de menor cuantía.

17.- Ventajas y Desventajas de la Ley para los no comerciantes

La Ley de Insolvencia les da la oportunidad de re negociar con sus acreedores las deudas e intereses devengados hasta el tiempo de la declaratoria de quiebra.

Este proceso, tiene ventajas y desventajas a saber:

Ventajas:

1. Los procesos son breves y eficaces.
2. Suspende los procesos ejecutivos y embargos u otras medidas cautelares.
3. Si el deudor y su cónyuge o conviviente están de acuerdo, es posible desafectar la vivienda familiar para pagar las deudas.
4. Aplica al deudor, fiador y codeudor.
5. Se privilegia la buena fe, por cuanto las partes tienen que consentir.

Desventajas:

1. Es posible que los acreedores no consientan en lo que el deudor propone.
2. Este trámite no lo pueden realizar todos los deudores, al menos tienen que cumplir con los requisitos de tener mínimo dos obligaciones vencidas por más de 90 días.
3. Si se levanta el patrimonio de familia o se desafecta la vivienda familiar el inmueble se tomará solo por el 90% del valor.
4. Costos y tarifas altas.

18.- La falta de causa en la ley N°20.720

Ya expuesto el panorama de la quiebra bajo la normativa de la ley N°18.175, es que es fundamental revisar ahora, un hecho que queda a la vista, de la sola revisión del “nuevo” cuerpo legal, y es que la causa, no tiene una posición preponderante, y más bien, no está presente, ya que el enfoque de la nueva ley tiene que ver con remediar situaciones, y no castigar deudores como la ley anterior.

La cesación de pagos era la causa para comenzar el proceso de quiebra según la antigua ley, y era casi obligatorio para el deudor utilizar los “remedios” debido a las sanciones que se aparejaban a su no uso. Hoy en día, luego de tres años de vigencia de esta ley, es que los deudores eligen reorganizar, renegociar y liquidar sus pasivos y activos, y esto lo hacen motivados en una decisión económica, por cuanto, al momento de estar emprendiendo, y dando cuenta de una posible inviabilidad, es posible que elijan alguna de las soluciones que la ley ofrece, por lo que en este sentido,

el propio querer del deudor o el emprendedor, no se consideraría una causa, debido a que se posiciona como una facultad.

El emprendimiento, y más aún el re emprendimiento, son la causa de que exista esta ley en Chile, puesto que da movilidad económica, y permite que los proyectos fallidos se terminen de la forma más lógica para los emprendedores y dependientes, dando lugar a que los mejores proyectos vean la luz, y contribuyan así al crecimiento económico del país.

La ley de reorganización y liquidación pasa a ser un instrumento que apoya y fomenta decisiones económicas, más que una herramienta o más bien una respuesta jurídica a la situación de incapacidad de pago del deudor, es así como en el artículo 115 de la ley tenemos el procedimiento de liquidación voluntaria, en donde se indica que se debe solicitar ante el juzgado de letras competente acompañando los antecedentes ahí requeridos.

El hecho de que sólo se requieran estos antecedentes para llevar a cabo la liquidación voluntaria, da cuenta de que no es necesaria una causa, y como apunte anteriormente es una facultad que se funda en la economía.

Conclusión

La ley N°20.720, es sin duda, una gran herramienta y un hito para los empresas y deudores comerciantes y no comerciantes, ya que beneficia a los ciudadanos por cuanto entrega una base para la movilidad económica, sin los resquemores del pasado para llevar a la práctica ideas de negocio.

En cuanto a la persona deudora tenemos que la utilidad primordial es renovar los antecedentes comerciales, específicamente, del boletín comercial y Dicom, lo que implica acceder de manera libre al trabajo, pedir créditos, etc.

En relación a la empresa deudora, la utilidad principal es que ayuda a la reorganización y los bienes de empresas factibles, pero con sobre endeudamiento, posibilitando la continuidad del emprendimiento.

Ahora, de manera general, un punto fundamental es el establecimiento de procedimientos breves, lo que si bien podría sonar accesorio, es esencial por cuanto sin la ayuda de términos cortos, estas soluciones concursales no podrían surtir efecto, determinando así que las personas y empresas quieran verdaderamente acogerse a la ley y utilizarlas en su favor.

La causa de la quiebra, si bien era importante determinarla en las legislaciones de antaño, y hasta hace poco también en la ley 18.175, tenemos que ya no es atingente, ya que la nueva ley se posiciona como un instrumento económico a utilizar. Este hecho pone de relevancia, que precisamente esta ley ayuda y propicia la economía del país de manera directa, ya que entrega el correcto apoyo a las personas naturales y emprendedores principalmente.

Respecto al punto anterior, no hay que mal entender y aseverar que la antigua ley generaba vicios, es decir, sin dejar de tomar en cuenta de que en los últimos 10 años los deudores y los empresarios trataban de no usarla debido a que el remedio era peor que el propio estado de insolvencia, esta ley igualmente se posicionó como una normativa con énfasis en lo “punitivo”, lo que ciertamente se requería al momento de promulgarla.

Como ya se manifestó anteriormente, esta ley es una herramienta a utilizar que beneficia tanto a deudores, que pueden renacer a la vida económica y a acreedores que ven satisfechos sus créditos. Por lo mismo, debe ser plenamente difundida, cuestión que creo no se ha realizado de manera suficiente, si se toma en cuenta el factor endeudamiento, que ciertamente ha ido en alza.

Bibliografía

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. Insolvencia y quiebra. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2010. 522 p.

EL MERCURIO Legal [en línea]. [Fecha de consulta: 4 de abril de 2017]
Disponibile en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2014/12/15/Juan-Esteban-Puga-La-ley-concursal-no-tiene-por-funcion-protoger-a-deudores-insolventes-sino-al-mercado-del-credito.asp>

EL MERCURIO Legal [en línea]. [Fecha de consulta: 6 de abril de 2017]
Disponibile en:
<http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903040&Path=/0D/C7>

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael, EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. El derecho de quiebras. 2ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2011. 604 p.

INNOVACIÓN y cambio [en línea]. Chile. [Fecha de consulta: 17 de marzo 2017]. Disponible en: <http://claseinnovacion.blogspot.cl/2008/11/final-la-innovacin-y-schumpeter.html>

KEAT, Paul, YOUNG, Philip. Economía de Empresa. 4ª.ed. México: Prentice Hall, 2004. 784 p.

LARROULET Cristián; RAMIREZ Macarena. Emprendimiento: factor clave para nueva etapa de Chile [en línea]. Chile: Estudios Públicos. [Fecha de consulta: 8 de marzo 2017]. Disponible en:
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596981>

Ley N°4.558. CHILE. Sobre quiebras. Ministerio de justicia. Santiago, Chile, febrero de 1929.

Ley 18.175. CHILE. Fija nuevo texto de ley de quiebras. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, octubre de 1982.

Ley N° 18.598. CHILE. Modifica las normas sobre continuación de giro y convenios contenidas en la ley N°18.175. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, febrero de 1987.

Ley N° 19.144. CHILE. Modifica la ley 18.175 sobre quiebras. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, junio de 1992.

Ley N° 19.250. CHILE. Modifica libros I, II y V del Código del trabajo, artículo 2472 del Código Civil y otros textos legales. Ministerio del trabajo y previsión social. Santiago, Chile, septiembre de 1993.

Ley N° 19.806. CHILE. Normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, mayo de 2002.

Ley N° 20.004. CHILE. Modifica 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. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, julio de 2004.

Ley N° 20.073. CHILE. Modifica la ley N°18.175, de quiebras, en materia de convenios concursales. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile, noviembre de 2005.

Ley N° 20.190. CHILE. Introduce adecuaciones tributarias e institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales. Ministerio de Hacienda. Santiago, Chile, junio de 2007.

Ley 20.720. CHILE. Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Ministerio de Economía. Santiago, Chile, enero de 2014.

LEY de emprendimiento. La segunda oportunidad de los emprendedores [en línea]. Chile: Asociación de emprendedores de Chile. [Fecha de consulta: 15 de marzo de 2017]. Disponible en: <https://www.asech.cl/wp-content/uploads/2014/04/Ley-de-Reemprendimiento.pdf>

OCDE. Mejores políticas para el desarrollo: Perspectivas OCDE sobre Chile, OCDE Publishing. 2011. [en línea] [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2017] Disponible en: http://www.oecd-ilibrary.org/economics/mejores-politicas-para-el-desarrollo_9789264095755-es

PROVINCIALI, Renzo. Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, España: Editorial A.H.R., 1958. 2v.

PUELMA ACCORSI, Álvaro, Curso de Derecho de Quiebras. 4ª.ed. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1985. 287 p.

PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal, El juicio de quiebras. 2ª.ed.
Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 1999. 702 p.

ZALAUQUET DAHER, José. La causa de la declaratoria de quiebra.
Santiago, Chile: jurídica de Chile, 1968. 194 p.