



UNIVERSIDAD  
**Finis Terrae**

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **LOS CREDITOS SUBORDINADOS EN CHILE Y LA LEGISLACION COMPARADA**

TOMÁS ANDRÉS VILLARROEL GODDARD  
CONSTANZA WHITTAKER LEÓN

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

Profesor guía: Diego Munita Luco

Santiago, Chile  
2018

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| Introducción  | 4  |
| 1. Conceptos Elementales  | 7  |
| 1.1 Par Conditio Creditorum   | 7  |
| 1.2 La Insolvencia y Cesación de Pago   | 8  |
| 1.3 Los Créditos Subordinados   | 9  |
| 2. Historia de la Ley de Quiebras en el Mundo y Chile                                     | 10 |
| 2.1 Roma  | 10 |
| 2.2 Edad Media  | 10 |
| 2.3 La Quiebra en el Derecho Español  | 12 |
| 2.4 Chile   | 14 |
| 3. La Prelación de Créditos Regulada en el Código Civil                                   | 16 |
| 3.1 Introducción  | 16 |
| 3.2 Generalidades   | 17 |
| 3.3 Concepto y regulación   | 18 |
| 3.4 Los créditos subordinados en el Código Civil Chileno                                  | 24 |
| 3.5 Sus efectos en la Quiebra   | 26 |
| 4. La Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas<br>y Personas, N° 20.720            | 29 |
| 4.1 Sujetos en el procedimiento de Reorganización y Liquidación de empresas<br>y personas |    |
| 4.1.1 El tribunal competente  | 29 |

|   |    |
|---|----|
| 4.1.2 El veedor y liquidador y sus funciones                    | 30 |
| 4.1.3 La junta de acreedores                                    | 32 |
| 5. Derecho comparado  | 36 |
| 5.1 Introducción  | 36 |
| 5.2 Clasificación Créditos Subordinados en el Derecho Comparado | 37 |
| 5.3 Legislación Española  | 40 |
| 5.4 Legislación de EE.UU.                                       | 44 |
| 5.5 Legislación Uruguay   | 46 |
| 5.6 Legislación nacional  | 49 |
| 5.7 Síntesis  | 51 |
| 6. Conclusión   | 53 |

## INTRODUCCIÓN

La antigua Ley de Quiebras en Chile, Ley N° 18.175<sup>1</sup>, establece de manera poco convincente y completa el tema principal de esta tesis, que son los Créditos Subordinados. Dicha ley fue derogada el año 2014 dando origen a la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (Ley N° 20.720<sup>2</sup>) manteniendo a la misma problemática tratando *Los créditos subordinados* de manera vaga y poco convincente a diferencia de otros países como lo son España, E.E.U.U. o Uruguay – tema a desarrollar-.

En efecto, el artículo 248 N° 9 de la nueva Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, establece, respecto del pago del pasivo, la repartición de los fondos, en la cual el liquidador debe proponer un reparto de fondos a los acreedores, siempre que éstos reúnan ciertos requisitos copulativos establecidos en el artículo 147 del mismo cuerpo legal, el procedimiento para dicho reparto, estableciendo en su última etapa, que la resolución que ordene la distribución respecto del reparto se deberá notificar en el Boletín Comercial y que respecto de aquellos créditos que se encuentren bajo subordinación, el acreedor deberá contribuir al pago de sus respectivos acreedores beneficiarios, a prorrata, con lo que les correspondiera en dicho reparto de su crédito subordinado. Siendo ésta la única disposición que se refiere al tema, dejando un gran vacío respecto a lo que son estos créditos o cuando se entiende que se está frente a los mismos.

---

<sup>1</sup> Ley N° 18.175. CHILE. Fija Nuevo Texto de La Ley de Quiebras, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, Octubre de 1982.

<sup>2</sup> Ley N° 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 Hacienda, Santiago, Chile, Enero de 2014.

Es así como en nuestra legislación, el Código Civil, en su artículo N°2.469 consagra el principio *par conditio creditorum* el que en primera instancia da el mismo trato a todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su crédito o la fecha en que se haya originado la obligación, dándole a todos el derecho a concurrir a la distribución de los bienes del deudor para ser pagados en su totalidad, si hay bienes suficientes, parcialmente o a prorrata si no lo hubieren. Sin embargo, como todo en derecho, este principio acuña algunas excepciones siendo aquellos que no están obligados a someterse a esta regla y pueden ser pagados con anterioridad a otros acreedores siendo estos últimos titulares de un crédito que goza de preferencia. Es así como nuestro Código Civil entonces, establece un orden taxativo de cinco preferencias, en virtud del cual el deudor debe pagar, siendo el número cinco los créditos valistas, tema por desarrollar posteriormente, olvidándose completamente de los créditos subordinados. Dichos créditos son definidos en virtud de esta materia por el Profesor Juan Andrés Orrego<sup>3</sup> como “*aquellos que se pagarán después de los créditos no subordinados*”.

Dilucidar la importancia de la regulación de los créditos subordinados no es meramente un tema teórico de estudio, si no que el trato correcto de dicha materia permitiría al fallido o deudor, la posibilidad de pagar lo debido de manera óptima y eficiente. ¿Cómo? A modo de introducción, los créditos subordinados consisten en el medio que se ha establecido por el legislador para volver al principio de la *par conditio creditorum*, poniendo un límite a las preferencias, que impiden cobrar al acreedor valista las más de las veces.

Es por esto que, este trabajo expondrá primeramente la historia legislativa de la regulación de las quiebras en nuestro país, dándole énfasis a sus deficiencias a través de los años y sus mejoras. Finalmente se abordará la nueva Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, aquello que se modificó y, lo que, a juicio de este trabajo, debería haberse modificado. El derecho comparado, como medida ejemplificadora, de que los créditos subordinados

---

<sup>3</sup> ORREGO, Juan Andrés. Efectos de las obligaciones - La prelación de Créditos. [Apuntes de clases Universidad Finis Terrae]. 2014. pp. 16.

pueden y deben ser regulados de manera distinta, demostrando cómo en otros países (Uruguay, Norteamérica y España), si funciona de manera eficiente. La prelación de créditos como fuente de este sistema de pago de obligaciones y relación deudor – acreedor que da origen a la reorganización en una liquidación en la actualidad, dando además luces de cómo es que en Chile se trata estos créditos subordinados, intentando dilucidar por tanto la importancia de éstos que se pretende regular y los efectos que tiene en nuestra legislación en los días de hoy. Finalmente, el tema principal de este trabajo, los créditos subordinados concluyendo y relacionando todos los demás ítems del mismo, logrando la clara exposición de los argumentos y la comprensión del lector.

En este trabajo se desarrollará la normativa actual de quiebras, dando énfasis a los créditos subordinados, su ausencia y lo que se obtendría de su regulación en nuestra legislación.

## 1. CONCEPTOS ELEMENTALES

En este capítulo se revisarán los conceptos básicos mínimos para la comprensión del presente texto: (1) el principio de la *Par Conditio Creditorum*, (2) la insolvencia y Cesación de pago, (3) la aproximación a los créditos subordinados y su regulación en Chile.

### 1.1 Par Conditio Creditorum

Desde el principio de los tiempos en la formación del derecho, se entendió que el acreedor que no pagaba su obligación, debía responder con sus bienes, su libertad e incluso su vida, y que de haber más de un acreedor debía repartirse en forma equitativa los bienes a fin de que estos pudiesen pagarse de manera igualitaria, y así evitar que el acreedor más diligente se hiciera de los bienes del fallido, es en este escenario donde nace el principio de la *Par Conditio Creditorum*.

La *Par Conditio Creditorum* es una locución latina que significa “igual condición de crédito”<sup>4</sup>. Principio del derecho concursal que consiste en la paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores. Su objeto es satisfacer a prorrata de los derechos de los acreedores, respetando la respectiva posición de preferencia que tengan los mismos en virtud de la ley, como lo es por ejemplo un acreedor hipotecario.

La quiebra, es una situación en la que una persona jurídica o natural posee más pasivos exigibles que activos, por lo que no puede hacer frente a los diversos pagos de sus acreedores. Esto es lo que se conoce jurídicamente como insolvencia, que es distinto al concepto de cesación de pago, ya que puede ser

---

<sup>4</sup> JIMÉNEZ MAÑAS, Dionisio Bernardo. *Par Conditio Creditorum V/S Privilegium*. [en línea] Trabajo Final II Curso Experto Derecho Concursal. Universidad de Alicante [fecha de consulta: 3 de marzo del 2018]. Disponible en: <[http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1854/0330\\_Jimenez.pdf?sequence=1](http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/1854/0330_Jimenez.pdf?sequence=1)>

que teniendo activos suficientes, no tenga la liquidez suficiente para pagar su obligación en ese momento determinado.

Ahora bien, desarrollar el concepto de insolvencia no es menor ya que este es el que permite la aplicación de la normativa concursal. Es más, hay legislaciones como la alemana y la uruguaya que establecen presupuestos de insolvencia para facilitar la aplicación de las leyes concursales y evitar la liquidación de la empresa o persona, dando la posibilidad de acogerse a un convenio de acreedores, situación que se regula hoy en día en nuestra legislación.

## **1.2 La Insolvencia y Cesación de Pago**

Es importante precisar que no existe definición legal de *insolvencia*, sin embargo, la nuestros Tribunales Superiores de Justicia han sostenido que “La insolvencia se produce cuando el individuo se halla incapacitado para pagar una deuda, o cesa en el pago de sus obligaciones por comprometer su patrimonio más allá de sus posibilidades”. La cesación de pago por su parte se entiende como un supuesto inevitable del incumplimiento en que incurre el deudor de sus obligaciones. La relación entre ambos es de género–especie, ya que la insolvencia tiene como antecedente principal la cesación de pago.

El concurso de acreedores pone de manifiesto la función que ha de cumplir el derecho concursal. La finalidad de dicho concurso es la satisfacción de los acreedores del deudor insolvente, es así como un convenio es el instrumento más viable para proteger a dichos acreedores, a sus trabajadores e incluso al mismo fallido.

Se entiende que la insolvencia es un estado en que se encuentra el patrimonio de un deudor. Un estado donde el deudor se encuentra imposibilitado de pagar o de cumplir cierta obligación exigible.

### 1.3 Los Créditos Subordinados

<<Subordinación>> (de sub-y el lat. Ordinare. Ordenar) *Clasificar como inferior en orden respecto de otra u otras cosas*<sup>5</sup>

Los créditos subordinados si bien van a entenderse en su totalidad con la lectura del presente texto, es importante tener cierta proximidad al mismo, es decir, entender que cuando una empresa es insolvente, vale decir, no puede cumplir con la obligación exigible, debe liquidarse. En consecuencia, debe vender sus activos para pagar los pasivos y así terminar con su giro sin deudas pendientes, o al menos la menor cantidad de deudas (obligaciones exigibles).

Es aquí donde la Ley, exactamente el Código Civil, establece un orden conocido y regulado como la *prelación de créditos*, donde el legislador da órdenes con privilegios y preferencias en virtud del cual aquel que liquida su giro debe pagar necesariamente, por ejemplo, las remuneraciones de los trabajadores que debiesen pagarse con preferencia.

La idea de regular los créditos subordinados en palabras básicas, quiere decir que de los cinco ordenes de preferencia establecidos por el legislador, exista un sexto orden que exija pagar solo en esta categoría básicamente las multas moratorias exigiendo así que en los primeros ordenes se pueda exigir solo el pago íntegro de lo que se debe más el interés legal regulado.

---

<sup>5</sup> DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Subordinación* [en línea]. 2018. [fecha de consulta: 23 de abril del 2018]. Disponible en <<http://dle.rae.es/?id=YYZIV6>>

## 2. HISTORIA DE LA LEY DE QUIEBRAS EN EL MUNDO Y CHILE.

En este capítulo se revisará en primer término la historia, en virtud de la cual se originó el sistema o proceso concursal en el mundo. Comenzando con (1) Roma, siendo la cuna de nuestro derecho, pasando luego por (2) la Edad Media, concentrándonos un poco en el (3) el derecho Español, y finalizando con una breve descripción del tema de acuerdo a la (4) historia de Chile.

### 2.1 Roma

La historia de la ley concursal en nuestro país y en el mundo tiene un origen común: Roma. Debido a la importancia de dicho origen, se tratará como la “cuna” del derecho concursal pasando por los distintos periodos más importantes de la historia mundial.

El procedimiento de quiebra aplicado en la actualidad fue desconocido para el derecho romano, sin embargo, es en él donde surgen las instituciones que actualmente rigen al concurso. Sin embargo, si bien se origina en Roma como ya se mencionó, fue fundamental también la doctrina germánica durante la Edad Media.

“En Roma se establecían una serie de acciones en contra de los hechos que daban origen a un procedimiento contencioso, con el objeto de darle eficacia al proceso. Lo que demuestra que el Derecho Romano, era un derecho de acciones, por lo tanto, un derecho subjetivo. Y así se puede observar respecto del cumplimiento del pago y de las fases procesales que eran *legis actionis*, el proceso formulario y el proceso *extra ordinem*”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> SAMPER, Polo. Manual de Derecho Romano, 2º ed. Santiago, Universidad Católica de Chile, 2007. pp. 8-9.

## **2.2 Edad Media**

Respecto a esta etapa de la historia universal, tenemos un primer periodo que va desde la baja Edad Media hasta la Primera Guerra Mundial el cual se caracterizó por contener procedimientos de insolvencia presentes en los diversos sistemas legislativos. Se aprecia aquí la finalidad del procedimiento concursal tenía un carácter mayormente ejecutivo ya que se pretendía la liquidación del patrimonio del deudo sobre el cual se ejercía la ejecución.

Es fundamental tener en cuenta la evolución histórica del comercio dentro de esta época, ya que éste surge como consecuencia de las cruzadas dando origen a los intercambios comerciales entre países europeos, sobre todo Italia. En esta época la situación del deudor comerciante era más severa ya que debía someterse a medidas de carácter personal. Como respuesta a esta situación mayormente gravosa para el deudor, es que surge la necesidad de regular un sistema para dirimir conflictos entre particulares, logrando así la pacífica solución del problema mediante la liquidación del patrimonio del deudor, que se hacía ejecutando colectivamente los bienes pertenecientes al mismo.

De esta situación y nueva necesidad de regulación surge el aprieto de contar con órganos de justicia que permitan garantizar el buen desarrollo de acciones colectivas manteniendo un balance entre los intereses de el o los acreedores y el insolvente. Es así como a finales del siglo XIX surgen los primeros convenios preventivos judiciales, situados en un momento anterior a la quiebra, los que debían ser aprobados por los acreedores bajo el régimen de mayoría para luego ser homologados por el juez. En este periodo ya se observa una modernización del procedimiento romano respecto del tema.

El antecedente de una verdadera ejecución concursal se encuentra en la Italia Medieval con la adopción del secuestro general del patrimonio del deudor, y con el requerimiento hecho de oficio por los acreedores para que demandaran sus créditos en juicio, con el reconocimiento sumario de los créditos por parte del juez de la quiebra y las facilidades para la conclusión de convenios con la mayoría de acreedores.

En contraste con lo recién mencionado, el tratadista Joaquín Rodríguez Rodríguez establece que el origen de la evolución del derecho concursal, como se afirmó anteriormente, tiene su origen en el derecho germánico, afirmando lo siguiente:

“La influencia del derecho Germánico en los ordenamientos legales españoles e italianos de la edad media fue extraordinaria, especialmente en cuanto aportó definitivamente el concepto patrimonial de la obligación, en relación con el cual se concibió la ejecución para la satisfacción directa del acreedor.

También es propio del derecho Germánico la intervención de órganos públicos y de tribunales especiales en los casos de quiebra, así como la *datio in solutum*, tanto voluntaria como *per judicem*”<sup>7</sup>

### **2.3 La quiebra en el Derecho Español.**

Si bien nos hemos estado refiriendo a periodos históricos, España es una columna vertebral en el derecho concursal, de hecho, es uno de los países que tiene mayor cantidad de autores que se refieren a la subordinación de créditos.

Analizando la historia de la quiebra en la legislación española, es fundamental mencionar el código de las siete partidas, ya que este cuerpo legal es considerado como el primero en regular la quiebra. Las siete partidas resulta ser la primera disposición jurídica que organiza en detalle la quiebra ejerciendo una trascendente influencia en las legislaciones posteriores.

Dentro del derecho español, durante el siglo XVI y finales del XVII existió una obra que contemplaba cuestiones relativas a la quiebra; la Curia Filípica de Juan Hevia Bolaños, publicada en el año 1613, cuyo contenido hacían alusión a los fallidos y a la prelación de créditos. Por otro lado y respecto exclusivamente a la quiebra, tenemos un autor español, el conocido Salgado de Somoza quien logró

---

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Mercantil. México: Editorial Porrúa, 2004. pp. 794.

que el sistema jurídico español tuviera gran influencia en todo el continente Europeo, logrando concebir con precisión el juicio concursal.

Es fundamental precisar que la obra de Salgado y Somoza fue la primera en establecer el concepto y clases de juicios de concurso de acreedores, las características del juicio de concurso, las características de la quiebra como un juicio universal, los créditos subordinados, entre otras inherentes al proceso concursal.

Si bien la obra de Salgado Somoza fue fundamental para dar origen a esta rama del derecho y su regulación, con el paso del tiempo resultó insuficiente para poder solucionar controversias concursales. Uno de los factores más importantes por los cuales surgen dichos conflictos es porque dentro de su obra no se distingue entre comerciantes y no comerciantes que incurrieran en un caso de quiebra, en consecuencia, al concurso se aplicaba por igual a toda clase de deudores. Así es como las Ordenanzas de Bilbao creadas en el año 1737, confirmadas por el Rey Felipe V, comenzaron a llenar varios vacíos dentro de la regulación concursal, como por ejemplo este texto efectivamente distinguía entre comerciantes y no comerciantes, estableciendo que la quiebra se aplicaría solo respecto de comerciantes, además establece las condiciones que debía cumplir el quebrado y así mismo se decretan normas relativas a la ocupación de los bienes, se establecen los efectos que causa la quiebra sobre la persona, sobre los pagos realizados, etc. Por último, sin ahondar demasiado en la historia de este texto, fue con el decreto de Felipe VII y bajo la denominación de Ordenanzas del Consulado de la Universidad de Mercaderes de la Nueva España que fue impresa en los años 1824, 1841 y 1842, correspondiendo en aquel entonces el texto más completo y eficaz en relación al proceso de quiebra, hasta que en 1854 se promulgó el Código Lares.

En 1829 surge el Código de Pedro Sainz de Andino como resultado de la tendencia codificadora existente y con el fin de cubrir las lagunas que tenía las Ordenanzas de Bilbao. Finalmente, en este período de la historia universal, tenemos que en 1885 entra en vigor el Código donde se anexaban además

disposiciones relativas a la Sociedad Anónima en 1951 y de responsabilidad Limitada en 1953.

Bajo el reinado de los Reyes Católicos, Fernando II e Isabel I de Aragón y los propios comerciantes decidieron agruparse en Hermandades o Universidades durante el siglo XV, como resultado del inmenso desarrollo comercial en esta época. En el año 1494 el Rey Fernando II le atribuye a las Universidades el monopolio del comercio de las Indias. Es así como el comercio comienza a tomar aún más importancia por lo que su regulación total era cada vez más necesaria.

## **2.4 Chile**

Chile, un país nuevo, no tuvo gran regulación respecto a las quiebras y en sus primeros tiempos se regía bajo las regulaciones españoles como colonia. Si bien la historia universal es importante, es fundamental entender qué pasó en Chile cuando se empezó a tomar conciencia de que era necesario regular un tema tan importante como lo es el concurso y la quiebra.

Nuestro sistema concursal descansa básicamente en el derecho francés, teniendo como primera luz el código de comercio francés del año 1838, que establecía como causal general de quiebras en su artículo 437: “tout commercant qui cesse ses paiements est en état de fallitie”<sup>8</sup> que más tarde fue traducido en el artículo 1325, hoy derogado, del Código de Comercio Chileno del año 1865 que definía la quiebra como: “el estado de un comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles”

Fue esta misma concepción que se siguió hasta incluso la dictación de la ley 18.175 en virtud de la cual la cesación de pago resulta en un estado económico complejo y general y no solo como un mero incumplimiento, de manera tal que cada vez que se acredite dicho estado, debe declararse la quiebra. Las

---

<sup>8</sup> CAEN-RENAULT, Lyon, Traité de Droit Commercial, Volumen VII. París, Francia: Librairie Cotillon, 1903, pp. 43.

causales de quiebra eran hechos reveladores que autorizaban al juez a someter a quiebra al deudor y que no admite prueba de lato establecimiento en la etapa de pre-quiebra. La idea anterior es totalmente reformada por la ley que la sucede: la Ley N° 20.720

### 3. LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS REGULADA EN EL CODIGO CIVIL

Este capítulo es fundamental para entender éste sexto orden denominado “créditos subordinados”, por lo que a continuación se (1) introducirá respecto de la importancia de tratar este tema, siguiendo con las (2) generalidades, para luego referirnos a su (3) concepto y regulación, dando una aproximación a (4) lo que entiende nuestro Código Civil por Créditos Subordinados y (5) sus efectos en Chile

#### 3.1 Introducción

Este capítulo trata, en virtud de la quiebra de un sujeto fallido y civilmente hablando del derecho de prenda general, la llamada *prelación de crédito*, que es en palabras simples el orden por el cual el acreedor tiene la facultad de perseguir el crédito que le pertenece. Es el legislador, como veremos a continuación, quien taxativamente da un orden establecido en el mismo Código Civil chileno, a aquellos acreedores de perseguir lo suyo.

La importancia de esta institución en lo que hoy es la liquidación es fundamental y muy relevante, puesto que los *créditos subordinados* dicen relación a la prelación para determinar el alcance real de las preferencias en los créditos, dejando fuera, por supuesto, aquellos cobros excesivos o multas moratorias que en Chile se cobran por regla general causando perjuicio a otros acreedores de menor privilegio o preferencia.

Se va a ver también en este capítulo, que nuestro Código Civil en la actualidad, se refiere efectivamente a créditos subordinados o no subordinados, pero que lo hace de forma diferente a nuestra tesis, puesto que no se abarcan todos los puntos de interés o referencias importantes que debiera.

Este capítulo va a abordar generalidades para comprender esta institución, además de concepto, eficacia, regulación normativa y aplicación en la quiebra de un fallido. Se busca que el lector, antes de entrar al tema principal de este texto,

pueda comprender la problemática y la posible solución respecto de los *créditos subordinados* y su regulación en nuestro país.

### **3.2 Generalidades**

En virtud del llamado *Derecho de prenda general* los acreedores pueden perseguir el pago de sus créditos o acreencias sobre todo el patrimonio del obligado o fallido. Es importante mencionar que no se refiere a todos los bienes del patrimonio, ya que ciertos cuerpos legales como el Código Civil o el Código del Procedimiento Civil enumeran cuidadosamente aquellos bienes inembargables que, como bien lo dice su nombre, son bienes que no pueden ser retenidos o confiscados por nadie.

Si hay varios acreedores respecto de un solo deudor, cabe preguntarse cómo y en qué orden van a concurrir para perseguir sus créditos o acreencia, y es aquí donde cobra importancia la *prelación de créditos*. En principio, todos los acreedores tienen derecho a ser pagados en igualdad de condiciones. Es el artículo 2469 de nuestro Código Civil el que consagra el principio de *Par Conditio Creditorum*, que le da en primera instancia el mismo trato a todos los acreedores, cualquiera sea la naturaleza de su créditos o la fecha en que se haya originado la obligación, todos tienen igual derecho a concurrir a la distribución de los bienes del deudor para ser pagados totalmente si son bienes suficiente o parcial o a prorrata si no lo fueren.

Como es de imaginarse, este principio consagrado en el Código Civil Chileno acuña ciertas excepciones siendo aquellos que no están obligados a someterse a esta regla y pueden ser pagados con anterioridad a otros acreedores siendo éstos titulares de un crédito que goza de preferencia.

Sin embargo, ¿cuáles son estas causales de preferencia? A continuación se articula una respuesta de acuerdo al artículo 2470 del Código Civil.

“Art. 2470. Las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Estas causas de preferencia son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieran por cesión, subrogación o de otra manera”.

Como bien lo expresa el artículo del Código Civil, el *privilegio* y la *hipoteca* son los únicos créditos que en caso de concurrencia de acreedores (más de un acreedores, respecto de un deudor) gozan de preferencia para su pago con antelación de los demás acreedores. Es de preguntarse ahora: ¿qué es una preferencia? “Es la aptitud de que gozan ciertos créditos por disposición de la ley, para ser cobrados antes que otros, sobre los bienes del deudor en general, o sobre alguno de ellos en particular”.<sup>9</sup>

### 3.3 Concepto y regulación

Además del concepto y de su regulación en nuestro Código Civil, también va a explicarse qué es la prelación de créditos de acuerdo a la ley. Según el profesor de Derecho Civil, Juan Andrés Orrego se entiende por Prolación de Créditos: “El conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor”<sup>10</sup>

En cuanto a Regulación, nuestro Código Civil trata la *Prelación de Créditos* entre los artículos 2465 y 2491. El cuerpo legal alude principalmente a *privilegios* y *preferencias*, donde doctrinariamente surge la duda de si ambos son tratados como sinónimos o como conceptos totalmente distintos. Es así como la doctrina en principio determina que el privilegio atiende a su *cualidad* y la preferencia a la *fecha*. Se determina finalmente que ambos términos se engloban dentro de *preferencias*.

Es importante mencionar que la regulación de dichos créditos en el Código Civil Chileno se aplica siempre que exista *conurrencia de acreedores*, es decir, que participe más de un acreedor persiguiendo su acreencia, respecto de un deudor y que para que estemos frente a la prelación de créditos no es requisito fundamental estar frente a un sujeto fallido o a la quiebra de una empresa, persona natural o jurídica.

---

<sup>9</sup> ORREGO, Juan Andrés. Efectos de las obligaciones - La prelación de Créditos. [Apuntes de clases Universidad Finis Terrae]. 2014. pp. 16.

<sup>10</sup> ORREGO, Juan Andrés. Efectos de las obligaciones - La prelación de Créditos. [Apuntes de clases Universidad Finis Terrae]. 2014. pp. 16.

Para dar a entender mejor el tema de las preferencias, es fundamental explicar ciertas características de éstas, para así lograr una comprensión total, antes de profundizar en su utilidad, eficacia y efectos. Es así como dichas *preferencias* tienen como primera característica el hecho de que son de **derecho estricto**, esto quiere decir que tienen como única fuente la ley. Lo anterior implica que ni las partes ni el juez ni el testador, si lo hubiera, pueden conferir preferencia a un crédito que no lo tenga por expreso mandato de la ley. Esto se entiende principalmente del artículo 2488 de nuestro Código Civil que dice: “La ley no reconoce otras causas de preferencia que las indicadas en los artículos precedentes”.

Sin embargo, es el artículo 2489 del mismo cuerpo legal el que contempla la posibilidad de que los particulares establezcan preferencias entre los créditos de la cuarta clase donde se distingue entre los créditos subordinados y no subordinados. Fundamental parece explicar y aclarar que dicha mención a los créditos subordinados, nada o poco tiene que ver con la tesis de este trabajo puesto que, si bien son tratados con el mismo nombre, su aplicación es bastante distinta.

Por otra parte, independiente de lo restrictiva de la primera norma citada o la excepción de la segunda norma citada, nada impide, sin embargo, que el titular del crédito pueda renunciar a su preferencia ya que esta misma está establecida en su exclusivo interés. Es así como el artículo 2470 inciso 2, establece que las causas de preferencias son inherentes a los créditos por lo que pasan a cualquier sujeto que los adquiera a cualquier título.

Otra norma importante respecto a la regulación de esta *prelación de créditos* es el artículo 2475 en cuanto, porque las normas sobre este tema en el Código Civil Chileno son de aplicación general, como ya se ha explicado, pero sin perjuicio de eso, puede haber normas como el artículo recién mencionado que prevalezcan frente al Código Civil por ser de carácter especial.

Sin embargo, ¿cuál sería la prelación de créditos? Si bien ya se dio un concepto básico de lo que se entiende por *Prelación de créditos*, es muy importante para su comprensión ahondar en el tema, explicando *que tipos de*

*preferencias existen.* Podemos encontrarnos con preferencias **generales** y preferencias **especiales**. La primera es la que afecta a todos los bienes del deudor, de cualquier naturaleza. Son de esta naturaleza las preferencias de primera y cuarta clase. La segunda aquella que afecta solo a determinados bienes del deudor, correspondiendo a aquellas preferencias de segunda y tercera clase. Entendiéndose así que la preferencia que emana del crédito de acreedor prendario o del hipotecario, solo pueden hacerse efectivas en los bienes sujetos a dicha preferencia.

Al tener claros los tipos de preferencia, corresponde establecer la enumeración y orden de la *prelación de créditos*. El Código Civil Chileno, con el fin de proteger a aquellos acreedores que gozan de preferencia, divide los créditos en cinco clases, de las cuales las cuatro primeras gozan de preferencia siendo el último y quinto orden créditos ordinarios, comunes o no preferidos.

La primera clase de créditos son aquellos originados por la insolvencia, enfermedad o muerte del deudor, aquellos que tienen un carácter laboral o cuyo titular es el fisco. Es importante mencionar como características principales de esta clase de créditos que son personales, es decir no pasan a terceros acreedores, además son de carácter general es decir afectan todos los bienes del deudor. Además, lógicamente se pagan con preferencia a todos los demás créditos del deudor. Se encuentran enumerados en el artículo 346 de la ley 20.720, el cual introduce modificaciones a nuestro Código Civil, y son los siguientes;

1) Reemplázase el número 1º del artículo 1496, por el siguiente:

"1º Al deudor que tenga dicha calidad en un procedimiento concursal de liquidación, o se encuentre en notoria insolvencia y no tenga la calidad de deudor en un procedimiento concursal de reorganización;"

2) Sustitúyese, en el número 2º del artículo 1617, la expresión "quiebra fraudulenta", por la frase "cualquiera de los delitos señalados en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal".

3) Reemplázase el número 6º del artículo 2163, por el siguiente:

"6º. Por tener la calidad de deudor en un procedimiento concursal de liquidación, el mandante o el mandatario;"

4) Sustitúyese el artículo 2472 por el que sigue:

"Art. 2472. La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores;
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;
3. Los gastos de enfermedad del deudor.

Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;

4. Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del deudor, los gastos de administración del procedimiento concursal de liquidación, de realización del activo y los préstamos contratados por el liquidador para los efectos mencionados.

5. Las remuneraciones de los trabajadores, las asignaciones familiares, la indemnización establecida en el número 2 del artículo 163 bis del Código del Trabajo con un límite de noventa unidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere, y las cotizaciones adeudadas a las instituciones de seguridad social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin;

6. Los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso cuarto del artículo 42 del decreto ley N° 3.500, de 1980;

7. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses;

8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales remuneracionales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de once años. Por el exceso, si lo hubiere, se

considerarán valistas.

Asimismo, la indemnización establecida en el párrafo segundo del número 4 del artículo 163 bis del Código del Trabajo estará sujeta a los mismos límites precedentemente señalados.

Para efectos del cálculo del pago de la preferencia establecida en este número, los límites máximos indicados en los párrafos primero y segundo serán determinados de forma independiente;

9. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.".

La Segunda clase de créditos se refiere a los enumerados en el artículo 2474 del Código Civil y tienen como principales características que son de carácter especial, es decir, se hacen efectivos sobre los bienes específicos del deudor. Además, pueden pagarse antes de haberse extinguido totalmente los créditos de primera clase y, por último, si los bienes resultan insuficientes para cobrar la totalidad de los créditos, el monto impago constituye un crédito valista, es decir de quinta clase, concurriendo con los demás acreedores a prorrata. Dichos créditos son los siguientes:

- 1) El crédito del posadero sobre los efectos del deudor introducidos por este en la posada, mientras permanezcan ella y hasta concurrencia de lo que deba por alojamiento, expensas y daños con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.
- 2) El crédito del acarreador o empresario de transporte sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder, o en el de sus agentes o dependientes, hasta la concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños con tal que dichos efectos sean de propiedad del deudor.
- 3) El acreedor prendario sobre la prenda. Se refiere a prenda civil como especial, así como la prenda comercial.

La Tercera clase de créditos está establecida en los artículos 4477 y 4480 del Código Civil Chileno y tienen como principales características que constituyen una preferencia especial. Solo los créditos de la primera clase pueden preferir a los

créditos hipotecarios, los censos y retenciones legales debidamente inscritos, prefiriere en el orden de la fecha en que se hubieren inscrito. Además, estos pueden pagarse antes de haberse extinguido totalmente los créditos de la primera clase. Los créditos de tercera clase son los siguientes:

- 1) Los créditos hipotecarios
- 2) Los créditos del censalista
- 3) Los créditos del acreedor en cuyo favor ha operado el derecho legal de retención, declarado judicialmente e inscrito en el registro competente.

La Cuarta clase de créditos se caracterizan por preferir indistintamente unos a otros según las fechas de sus causas, establecidos en el artículo 2481 de nuestro Código Civil el cual enumera los siguientes:

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

Por último, tenemos los créditos de Quinta clase siendo aquellos que no gozan de preferencia alguna. Se conocen como créditos *valistas*, *comunes* o *quirografarios*, este último concepto propio del derecho comparado. Además de no gozar preferencia alguna, se entienden comprendidos en esta clase los saldos de

los créditos de la segunda y tercera clase que no alcanzaron a cubrirse con el producto de los bienes afectos a dichos créditos preferentes, esto se entiende por ser preferencias de carácter especial y no general como los créditos de primera y de cuarta clase.

Nuestro Código Civil hace una distinción respecto a esta quinta clase de créditos que pareciera ser bastante pertinente al tema central de esta tesis, pero que, no obstante, no lo es. Esta distinción es entre **créditos subordinados** o **créditos no subordinados**. Los créditos **no subordinados** se pagan a prorrata sobre el sobrante de los bienes del deudor, sin consideración a su fecha. En cambio, los créditos **subordinados**, son aquellos que se pagaran después de los créditos no subordinados.

### **3.4 Los créditos subordinados en el Código Civil Chileno**

Nuestro Código Civil en su artículo 2489 define los *Créditos Subordinados* como: “un acto o contrato en virtud del cual uno o más acreedores de la quinta clase aceptan postergar, en forma total o parcial, el pago de sus acreencias a favor de otro u otros créditos de dicha clase, presentes o futuros. La subordinación también podrá ser establecida unilateralmente por el deudor en sus emisiones de sus títulos de créditos. En este caso, la subordinación será irrevocable, al igual que la subordinación del acreedor que acepte subordinarse”.

En Chile, la subordinación de un crédito es un acto solemne, ya que debe constar por escritura pública o por instrumento privado suscrito ante Notario Público y protocolizado. El término anticipado de la subordinación cuando esta no sea irrevocable debe hacer de la misma forma. La subordinación comprende el capital y los intereses del crédito a menos que se exprese lo contrario. La subordinación de un crédito, establecida por un acreedor será oponible al deudor en los siguientes casos:

- a) Si el deudor ha concurrido al acto o contrato por el cual se estableció la subordinación.

- b) Si el deudor acepta el acto de subordinación con posterioridad, o
- c) Si el deudor es notificado del acto de subordinación por un ministro de fe con exhibición del instrumento.

Si el deudor obligado a la subordinación no la respeta, pagando a un acreedor subordinado y no al acreedor a cuyo favor había operado la subordinación, este último tiene acción tanto en contra del deudor para exigir indemnización de perjuicios, como del acreedor que recibió el pago para recibir el reembolso de lo que hubiera recibido.

Tomando en cuenta que el acreedor subordinado no podrá cobrar su crédito mientras se encuentre vigente la subordinación, el tiempo por el cual se prolongue esta no será computado para los efectos de la prescripción de las acciones de cobro de crédito. Se entiende esto, puesto que el acreedor no puede exigir el pago de su crédito a un deudor que, a su vez, debe pagar primero a otro acreedor, el no subordinado.

Siguiendo con la quinta clase de créditos (ver punto 3.3) y la subordinación ya referida, se puede dar las siguientes características:

- 1) La subordinación es un acto jurídico que puede emanar tanto del deudor como del acreedor. Cuando emana del acreedor, es un acto jurídico que puede ser unilateral o bilateral y se le conoce como subordinación sobreviniente, pues en el origen el crédito no era subordinado. Cuando emana del deudor, la subordinación es originaria, puesto que opera en la emisión de un título de crédito.
- 2) La subordinación puede ser total o parcial. Va a ser total cuando ninguna parte del crédito podrá cobrarse sino una vez pagado otro crédito que se designa. Va a ser parcial cuando podrá cobrarse una parte del crédito y el saldo solo una vez que se pague otro crédito que se designe.
- 3) La subordinación debe operar respecto de uno o más créditos determinados

- 4) La subordinación puede operar respecto de créditos presentes o futuros. Pero deben quedar determinados al momento de la subordinación.
- 5) La subordinación es irrevocable, cuando se establece unilateralmente sea por el deudor o el acreedor.
- 6) La subordinación y la terminación anticipada de este son actos solemnes. Esta podrá terminar anticipadamente cuando el origen sea convencional, concurriendo las mismas partes.
- 7) La subordinación es obligatoria para el deudor que obviamente haya tenido conocimiento de la misma.
- 8) La subordinación será inherente al crédito, de manera que si se transfiere o transmite, el adquirente deberá respetarla, so pena de reembolsar lo que se pague por el deudor.
- 9) La subordinación suspende el cómputo de la prescripción de las acciones de cobro del crédito.

### **3.5 Sus efectos en la la antigua ley de quiebra**

Habiendo definido en qué consiste la prelación de créditos y qué es lo que se entiende dentro de la última clase de créditos por subordinación, podemos entrar al estudio -si bien no en profundidad- de lo que antiguamente era el procedimiento de una quiebra en Chile. Se incluye aquí la prelación de créditos que es bastante importante al momento del concurso de acreedores.

Es importante definir el concepto concurso, concepto original acuñado por el jurista español Francisco de Salgado y Somoza que el en año 1560 escribió la obra máxima del derecho concursal, plenamente vigente hasta estos días denominada "El laberinto de los créditos". El concurso reúne las formas de ejecución colectiva, como son los convenios de salvataje, la quiebra y el abandono de bienes.

Cuando se hablaba de la declaración de quiebra en nuestro país, previamente debemos de hablar del cobro judicial individual. Como bien lo dice el propio nombre, se trata del cobro forzado de las deudas o créditos impagos de un

deudor fallido, por un acreedor. Este cobro judicial era un procedimiento individual, por lo mismo, el juicio pertinente tenía lugar exclusivamente entre ellos y no podía afectar ni aprovechar a terceros. Distinto era el caso de los procedimientos concursales que eran procedimientos colectivos, en los cuales el deudor se enfrentaba judicialmente a todos sus acreedores en un solo juicio.

Otra alternativa dentro de los concursos eran los convenios judiciales preventivos, en el cual cualquier persona natural o jurídica que advierta la imposibilidad de enfrentar el servicio de su pasivo, podía presentarse judicialmente ofreciendo a sus acreedores, una forma de pago que el deudor estima posible, manteniendo la administración de sus negocios, aunque sujeta a la intervención de un síndico de quiebras o de una comisión de acreedores. Los acreedores notificados de la proposición por aviso publicado en el Diario Oficial, debían presentarse como tales para asistir a la junta de acreedores y votar por la aceptación o rechazo de las proposiciones. Para aceptarse se requería 2/3 de los acreedores valistas presentes en la junta. Si dichas proposiciones fuesen rechazadas, por ejemplo, por falta de quórum, el tribunal debería declarar al deudor en quiebra. Acreedores preferentes, prendarios o hipotecarios no estaban obligados por convenio y ejecutaban sus créditos en forma individual.

Respecto a la quiebra, esta era declarada por el tribunal a solicitud del propio deudor o de un acreedor. Procedía su declaración cuando el deudor comerciante cesaba en el pago de una obligación de carácter mercantil cuyo título sea ejecutivo y si no es comerciante o la obligación no tiene el carácter de mercantil, cuando cesaba en el pago de a lo menos 3 obligaciones distintas con título ejecutivo y teniendo dos o más ejecuciones iniciadas, no hubiere en ellas respondido al pago. También correspondía la declaración de quiebra, del deudor que se fugaba del país o se ocultaba cerrando sus oficinas o establecimientos, sin dejar administrador con poder bastante. ¿Cuál era objetivo o propósito de la quiebra? En síntesis, el propósito era venta de todos los bienes del fallido, para que, con su producto, se pudiese pagar a todos sus acreedores a prorrata de sus créditos, y de acuerdo con las normas de la prelación de créditos. En este sentido

involucraba y afectaba tanto a valistas como preferentes prendarios y o hipotecarios. Sin embargo, para ellos era indispensable verificar el crédito respectivo en la quiebra, sin lo cual el acreedor no sería considerado.

En dicha etapa era donde cobra su mayor importancia la *prelación de créditos*, como ya se ha explicado. En primer lugar se pagaban los créditos preferentes que son en general el fisco, y los trabajadores hasta cierto monto, y lógicamente los gastos de la quiebra. Hipotecarios y prendarios se pagaban con el producto de la venta de los bienes afectos a sus hipotecas o prendas respectivamente. Si sobraba el excedente iba directamente a los valistas o quinta clase, si llegase a faltar, los acreedores que no pudieron pagarse pasaban a ser valistas por el saldo. Ahora bien, si con los bienes no prendados o hipotecados, no alcanzaba para los preferentes hipotecarios o prendarios estos debían concurrir a prorratas con lo obtenido de sus hipotecas o prendas respectivamente hasta el pago total de los preferentes. Usualmente los bienes existentes no llegan a cubrir sino las deudas preferentes y las garantizadas quedando por regla general impagos los valistas, que suelen ser el grueso de los proveedores, cuya única recuperación podría ser la del I.V.A.

Es fundamental hacer un alcance respecto de la forma de verificar, que normalmente no se tiene en cuenta y es el hecho que de acuerdo al artículo 67 y 68 del Libro IV del Código de Comercio, solo se debe verificar el capital, con reajustes e intereses, ya que se trata de una norma de derecho estricto y por ende de acuerdo a este principio, a nuestro juicio, siguiendo una interpretación armónica donde no se pueden verificar los intereses penales, multas u otras situaciones que excedan lo expresamente autorizado por la ley. Además, se cometía el error de verificar el crédito con todos los agregados, lo que es improcedente y debe impugnarse por el síndico, el fallido o cualquier acreedor

Igualmente, en este período los acreedores que tributaban con IVA debían alegar la preferencia del artículo 29 de la Ley 18.591, que les permitía recuperar dicho impuesto, de inmediato, una vez cumplidos los requisitos establecidos, sin esperar el reparto a los demás acreedores. Concluyendo con este capítulo, se

puede visualizar que, primero, el procedimiento de quiebra en Chile, ya derogado, era engorroso. Tomando en cuenta el tema del capítulo *la prelación de créditos* se puede observar que, si bien es una norma jurídica bastante convincente, tiene ciertos errores sustanciales en cuanto a la concurrencia de acreedores, que podrán entenderse aún mejor terminando el próximo capítulo del texto, donde se explica exhaustivamente el tema principal de la tesis y por qué tiene tan derecha relación con la prelación de créditos establecida en el Código Civil de manera taxativa. Se entiende entonces, por qué Francisco de Salgado y Somoza habló “del laberinto de los créditos” (*Labyrinthus creditorum*) hace quinientos años.

#### **4. LA LEY DE REORGANIZACION Y LIQUIDACION DE EMPRESAS Y PERSONAS, N° 20.720.**

En este capítulo se procederá a exponer y explicar qué es esta nueva Ley concursal, denominada Ley de Reorganización y liquidación de empresas y personas, comenzando por (1) los sujetos en el procedimiento de reorganización y liquidación, siguiendo con (2) una breve explicación de dicha ley y acercamiento a conceptos y principios que basan dicha reforma.

##### **4.1 Sujetos en el procedimiento de Reorganización y Liquidación de empresas y personas**

Es primordial comenzar por exponer quienes son los sujetos de esta nueva relación concursal, (4.1.1) el Tribunal competente, (4.1.2) El veedor y liquidador y sus funciones, (4.1.3) Las juntas de acreedores y (4.1.4) La Superintendencia.

###### *4.1.1 El Tribunal competente:*

En razón al estado excepcional que genera el procedimiento concursal en la empresa deudora, es fundamental la intervención del órgano jurisdiccional, ante el cual se desarrolla el procedimiento. Este órgano tiene el deber de dictar la

resolución una vez cumplidos los presupuestos legales, que crea el estado jurídico de la empresa deudora y sus acreedores.

El rol del tribunal competente consiste básicamente y esencialmente en resolver lo debatido en el juicio concursal. En el procedimiento judicial de liquidación le corresponde conocer de los juicios acumulados, de la liquidación del pasivo, de las acciones revocatorias concursales, de las acciones resolutorias, reivindicatorias, del ejercicio del derecho legal de retención, tercerías de dominio, incidentes y en general todo lo que se relaciona con este procedimiento. Sabiendo esto basta con mencionar que los Tribunales competentes son los Juzgados de Letras correspondientes al domicilio del deudor.

#### *4.1.2 El veedor y liquidador, y sus funciones:*

Es importante mencionar que en la Ley 18.175 no existía el término de veedor. Dicha función la cumplían síndicos de carácter privados que se designaban de una nómina nacional integrada por personas legalmente investidas como tales, por autoridad competente. El órgano encargado de supervigilar la óptima realización de sus funciones era la Fiscalía Nacional de Quiebras, que más tarde paso a llamarse Superintendencia de Quiebras.

Al veedor lo define la ley 20.720 en su artículo 2 como: “Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es propiciar los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de acuerdos de reorganización judicial y resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del deudor, de acuerdo en los establecido en esta ley”

El cargo de veedor lo nombra la Superintendencia y recae en personas que integran la nómina de veedores formada por la ya mencionada entidad fiscalizadora. Los requisitos para poder ser parte de esa nómina y eventualmente veedor establecidos en el artículo 13 de la ley y dichos requisitos son (1) contar

con título profesional de contador auditor o de alguna profesión de a lo menos diez semestres de duración otorgado por alguna Universidad del Estado o reconocida por el mismo, o por la Corte Suprema; (2) Contar con a lo menos cinco años de ejercicio de la profesión que haga valer; (3) Aprobar el examen para veedores que exige la Ley Concursal; (4) No estar afecto a las prohibiciones que establece el Artículo 17 de la misma ley y; (5) Otorgar en tiempo y forma la garantía del fiel desempeño de la función.

La función principal del veedor es propiciar los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, facilitando, como se mencionó, la proposición y negociación del acuerdo. Con el objeto de realizar sus funciones, el veedor puede citar al deudor y a sus acreedores en cualquier momento a partir de la publicación de la resolución de reorganización hasta la fecha en que deba acompañar al tribunal competente el informe sobre la propuesta de un acuerdo de reorganización judicial, con el propósito de facilitar la insolvencia, el conflicto entre las partes y propiciar la celebración del acuerdo antes señalado.

Ahora, respecto de los liquidadores la ley los define como: “Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencias y Reemprendimiento cuya misión principal es realizar el activo del deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo a lo establecido en esta ley”

La Superintendencia forma una nómina de liquidadores, de igual forma que respecto a los veedores, integrada por personas naturales nombradas en ese cargo por la Superintendencia, como entidad fiscalizadora. Los requisitos para poder ser nombrado liquidador son: (1) Contar con título profesional de contador auditor o de alguna profesión de a lo menos diez semestres de duración otorgado por alguna Universidad del Estado o reconocida por el mismo, o por la Corte Suprema; (2) Contar con a lo menos cinco años de ejercicio de la profesión que haga valer; (3) Aprobar el examen para liquidadores que exige la Ley Concursal; (4) No estar afecto a las prohibiciones que establece el Artículo 17 de la misma ley y; (5) Otorgar en tiempo y forma la garantía del fiel desempeño de la función.

A diferencia del veedor, existe responsabilidad civil que recae sobre el liquidador alcanzando hasta la culpa levísima haciéndose efectiva cuando corresponda, en juicio sumario, una vez presentada la cuenta final de administración, sin perjuicio de la responsabilidad legal en la que puede incurrir.

Respecto al objeto o deberes del liquidador, son en general los mismos que tiene el veedor, a diferencia que este representa judicial y extrajudicialmente los intereses generales de los acreedores y los derechos del deudor en cuanto pueden interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquellos y de este determinadas por ley. Respecto a esta representación es importante mencionar que el liquidador representa a los acreedores en su conjunto y no a ninguno de ellos en particular.

#### *4.1.3 La junta de acreedores.*

Con el pronunciamiento de la resolución de liquidación, se da a lugar la formación del colectivo de acreedores. Se trata de una reunión de acreedores que permite que la mayoría de ellos pueda imponer su criterio a la minoría. En otras palabras, la junta de acreedores es el órgano donde los mismos expresan su voluntad en relación a sus intereses y con los fines del procedimiento concursal. Se reconocen tres tipos de juntas de acreedores, según la materia que les corresponde conocer y decidir:

- a. Junta para deliberar y decidir sobre acuerdos de reorganización.
- b. Junta constitutiva, que es la primera junta de acreedores en la cual el órgano colectivo se organiza y la cual la ley le concede una competencia propia.
- c. Juntas ordinarias y extraordinarias, que conocen de las materias propias de la administración y realización del activo, reuniéndose periódicamente o cuando lo requieren los intereses de los acreedores.

Las juntas se entienden como un órgano colegiado, las cuales se reúnen previa convocatoria en la forma y términos legales. La presencia de un número de acreedores es indispensable para que la reunión tenga lugar, la asistencia además debe ser representativa del pasivo comprometido en el procedimiento concursal. Las decisiones se adoptan por mayoría numérica de acreedores. Asimismo, es importante mencionar además que la intervención de esta junta se extiende durante todo el procedimiento concursal teniendo carácter resolutivo. La junta asume la administración propiamente tal de los bienes, adoptando acuerdos al respecto y decide la realización de los bienes ratificando la competencia normal del liquidador e sindico o bien otorgándole facultades extraordinarias según las necesidades del caso y particularidades de la liquidación.

Como se puede observar la junta de acreedores es bastante importante e incluso la ley en su artículo 182 establece que dichas juntas son públicas y el liquidador puede disponer que, por razones de seguridad y previa autorización judicial, se celebren sesiones con presencia limitada de público general. Las siguientes personas tienen derecho a voz en las juntas de acreedores: (1) Todos los acreedores que hayan verificado sus créditos, tengan o no derecho a voto; (2) El liquidador; (3) El deudor bajo apercibimiento concursal; y (4) El superintendente de insolvencia y emprendimiento, o quien éste designe.

#### *4.1.4 La superintendencia:*

Es importante mencionar que la Ley 20.720 sobre procedimientos concursales crea la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento como servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, entidad a la que le corresponde supervigilar y fiscalizar las actuaciones de los veedores, liquidadores, martilleros concursales, administradores de la continuación de actividades económicas del deudor, asesores económicos de

insolvencia y en general a toda persona que por ley quede sujeta a su supervigilancia y fiscalización.<sup>11</sup>

#### **4.2 La Ley 20.720**

Según el autor Juan Esteban Puga<sup>12</sup> la ley 20.720 realiza cambios muy superficiales a la ley 18.175, así como el añadir un régimen concursal además de la empresa para el consumidor. Si bien el hecho de incluir al consumidor como persona natural es algo importante, esta ley no parece ser una respuesta adecuada al fenómeno de la insolvencia en Chile, ya que la misma toma como único factor el hecho de que el proceso de quiebra en Chile es muy largo, tomando poco en serio el hecho de que en nuestro país aproximadamente un 7% de las insolvencias que ameritan un procedimiento concursal acuden al régimen concursal formal. Además, no consagra para nada el principio de la conservación de la empresa, fundado en la idea de Caen-Renault<sup>13</sup>, referido a que es preferible conservar la empresa a liquidarla, priorizando así la reorganización de esta. ¿Por qué esta idea de priorizar la reorganización siempre es errada? Precisamente porque un procedimiento concursal que se basta a sí mismo debe dar la posibilidad de aplicar cualquiera de las dos posibilidades en relación a la optimización del activo del deudor, y no priorizar la protección de este ya que esto significaría necesariamente costos para el acreedor.<sup>14</sup>

La promulgación de la Ley N° 20.720, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 2013, entra en vigencia el 10 de octubre del año 2014, vino a sustituir el régimen concursal previsto por el Libro IV del Código de Comercio, respecto de las quiebras y la Ley N° 18.175, Orgánica de la Superintendencia de Quiebras, por

---

<sup>11</sup> SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, Reorganización y liquidación de empresas y personas. 7° ed. Santiago, Chile: Editorial Jurídica. 2014. pp. 341. ISBN: 978-956-10-2312-3

<sup>12</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal. Los delitos concursales. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

<sup>13</sup> CAEN-RENAULT, Lyon. Traité de Droit Commercial, Volumen VII. París, Francia: Librairie Cotillon, 1903, pp. 43

<sup>14</sup> PUGA VIAL, Juan Esteban. Derecho concursal. Los delitos concursales. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2014. pp. 9-11.

una normativa que establece la reorganización y liquidación de empresas y personas, perfeccionando así el rol de la Superintendencia.

El objeto de la Ley 20.720 es básicamente establecer el régimen general de los procedimientos concursales destinados a reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una empresa deudora y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una persona deudora. Logrando con esta nueva normativa la remodelación del antiguo sistema, por ejemplo, respecto del procedimiento de renegociación judicial, que equivale al convenio judicial preventivo.

Como se mencionó anteriormente, hay ciertos principios básicos que no están ausentes en la Ley 20.720, como lo es la *par conditio creditorum*, que se expresa mayoritariamente en relación a los efectos de la resolución de la liquidación de la siguiente manera:

(a) En la suspensión del derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al deudor, buscando así la igualdad en el ejercicio de defensa individual de los acreedores, como lo es el juicio ejecutivo, ante la insolvencia del deudor.

(b) La exigibilidad anticipada y reajustabilidad de todas las obligaciones dinerarias a plazo, para que los acreedores puedan verificar en el procedimiento concursal de liquidación y percibir el valor actual de las mismas. En virtud del cual los acreedores de crédito no vencido se equiparán con los acreedores de créditos exigibles, pudiendo comparecer en igualdad de condiciones, en el procedimiento concursal de liquidación, para verificar sus acreencias, las que se pagarán según su valor actual, con los reajustes e intereses que les correspondan. Es importante que este punto en particular se mantenga presente en la memoria, puesto que es uno de los artículos más importantes de este trabajo, ya que demuestra con claridad cuál es la problemática de esta reforma y que es básicamente la ausencia de regulación de los créditos subordinados en la misma.

(c) La prohibición de disponer de los bienes comprendidos en el desasimio y de pagar a cualquier acreedor en perjuicio de los demás, protegiendo por igual a todos los acreedores.

(d) Las acciones de revocabilidad objetiva y subjetiva o acciones de reintegración del patrimonio en los procedimientos de reorganización o de liquidación que pueden ejercerse por los acreedores, por el veedor o por el liquidador.

(e) La prohibición de compensar deudas y acreencias con el deudor después que se dicta la resolución de liquidación, impidiendo así que ciertos acreedores se vean favorecidos con la compensación, que implica un pago de sus obligaciones sin atenerse a los resultados del procedimiento concursal de liquidación.

(f) La fijación irrevocable de los derechos de los acreedores evitando que cambien la naturaleza de los créditos de manera que el acreedor valista siga siendo quirografario y que el preferente conserve su calidad de tal.

## **5. DERECHO COMPARADO**

En este capítulo se profundizará en el Derecho comparado, observando qué sucede en las regulaciones concursales de otros países, con el fin de entender por qué se debieran regular de distinta forma los créditos subordinados en nuestra legislación. Lo primero que se presentará es una leve (1) introducción de la importancia de este capítulo, siguiendo con la (2) clasificación de los créditos subordinados en el derecho comparado, profundizando luego con la (3) legislación Española, (4) legislación de E.E.U.U., (5) legislación Uruguay y finalmente una breve (6) conclusión, dando fin a este capítulo.

## **5.1 Introducción**

A fin de poder comprender la importancia de los créditos subordinados y, debido a la insuficiente regulación que nuestra actual legislación les otorga, el derecho comparado nos resulta útil como una referencia en el tema. En el contexto internacional los créditos subordinados, desde su desarrollo inicial por el derecho anglosajón, toman cada vez más importancia. Sin embargo, para este estudio hemos elegido tres legislaciones de países que a nuestro juicio son las más importantes, debido a la trascendencia que tienen al permitirnos conocer las distintas tendencias actualmente en boga.

En este orden de ideas la ley española es la que, legislativamente hablando, ha desarrollado el concepto más amplio, perfeccionándolo permanente. Las más de las veces adoptando el mismo desarrollo jurisprudencial, a propósito de la crisis económica que se desata desde el año 2007. Por otro lado, en el ámbito doctrinario, desde la fecha de dictación de la Ley Concursal en el año 2003, ha existido una ferviente actividad de los distintos autores para dar la adecuada interpretación y solución legal a situaciones prácticas que se han ido presentando, las que por lo demás han sido agrupadas por la jurisprudencia y que posteriormente han sido recogidas por el legislador en una actividad legislativa incesante, que ha llevado a los créditos subordinados a un nivel que no tiene comparación. En Estados Unidos la situación de los créditos subordinados tiene un desarrollo del concepto muy restringido, pero no deja de ser importante ya que en parte tiene un concepto muy cercano al contemplado en la ley chilena. Finalmente nos remitiremos a la legislación concursal uruguaya, que es una Ley de reciente data (año 2008), muy bien redactada, novedosa en ciertas materias, especialmente en el hecho de considerar las realidades regionales, que pese a ser un país pequeño, reconoce la realidad de los lugares apartados.

## **5.2 Clasificación Créditos Subordinados en el Derecho Comparado.**

Como cuestión previa diremos que se pueden adoptar varios criterios al momento de establecer cuál o cuáles serán los créditos que el legislador reconozca como subordinados y a continuación se presenta una primera clasificación.

1) Según su Criterio Más o Menos Restringido:

1.1) Criterio amplio: En este caso citamos la LC Española.

1.2) Criterio restringido: Uruguay

1.3) Criterio ultra restringido: Chile y Argentina

1.1) En el primer caso de criterio amplio tenemos:

a) Por razón de su tardía comunicación.

b) Por pacto contractual: Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinación respecto a todos los demás créditos contra el deudor. En este caso estamos ante un contrato en el cual acreedor y deudor pactan la subordinación de pago de determinado crédito. Aquí nos encontramos con la figura que regula el artículo 2489 del Código Civil chileno, que en su oportunidad analizaremos y que nos señala esta posibilidad de pactar la subordinación de uno o más créditos ya sean de manera bilateral e incluso unilateral.

c) Por su carácter accesorio (intereses): Los créditos por interés y reajustes excesivos: Creemos que se debe limitar al máximo el cobro de estos anexos e incluso eliminarlos, siguiendo el espíritu de esta ponencia, que va en derecho favor de los acreedores ordinarios y que pasen a ser subordinados.

d) Por su naturaleza sancionatoria (los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias): Es también nuestra postura que estas

multas y sanciones se conviertan en créditos subordinados. Esto por un asunto de mera lógica: recordemos que instituciones públicas como el Servicio de Impuestos Internos, Inspección del Trabajo, multas de AFPS, y cláusulas moratorias contractuales entre otros, tienen preferencia de pago respecto de sus créditos. Si a esto agregamos también las multas a sus privilegios, se rompería la *par condicio creditorum*, puesto que estos acreedores dejarían casi en la indefensión a los acreedores de peor derecho que ellos. Aplicando esta figura se recobra en parte el equilibrio entre los diversos acreedores; quienes de esta manera tendrán más posibilidades de recuperar sus créditos impagos.

- e) Por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso): No se distingue entre personas naturales y jurídicas, pero parecería ser más propio tomar una postura menos tajante, porque presume siempre una mala fe y puede ser negativo ya que son una fuente real de financiamiento. De esta forma, esta figura solo debería gravar a los créditos relativos a personas jurídicas solamente, pero con ciertas limitaciones tal como debió corregirlo la legislación española, como se verá en el análisis que efectuamos en un capítulo aparte de este trabajo.
  
- f) Por limitación legal (50% créditos tributarios España).
  
- g) Los que son comunicados fuera de plazo y aceptados por la administración concursal.
  
- h) Aquellos que sean incluido por el juez en la lista de acreedores que por rescisión concursal y en sentencia se declaren de mala fe

o los que los acreedores obstaculicen su cumplimiento. Esta última figura se explica porque, a pesar de la revocación de estos actos, la obligación del fallido no desaparece, por lo tanto también este acreedor puede hacer efectivo su crédito sobre la masa de la quiebra, pero no puede hacerlo en las mismas condiciones que los otros acreedores.

- 1.2) En el segundo caso tenemos el artículo 111 de la Ley Concursal uruguaya que contempla en sus numerales 4 y 5 del listado general.

Artículo 111: Son créditos subordinados:

- a) las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza.
- b) los créditos de personas especialmente relacionados con el deudor.

- 1.3) En el caso extremo tenemos que solo se consideran subordinados por política legislativa.

Lo anterior nos indica que los créditos subordinados dependen de una situación de política legislativa, más que el seguir los principios generales que rigen la institución de los créditos en la legislación comparada, que como ya hemos dicho reiteradamente van en interés de los acreedores ordinarios. Partiremos nuestro análisis observando la legislación española, en la cual se inspiró nuestra legislación nacional, la que tiene algunos pasajes increíblemente similares, por no decir idénticos.

### **5.3 Legislación Española**

La nueva ley concursal española entró vigencia el 1 de septiembre de 2004, modificando totalmente el derecho vigente hasta esa fecha. En esta nueva ley los créditos subordinados contemplados en el art. 93 (en su texto primigenio), no solo son innovadores sino que original y muy amplio, superando a todas las legislaciones como exponemos a continuación, lo que como hemos señalado no se ha mantenido estático en el tiempo, recogiendo tanto las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias, que la han llevado a un sitio insuperable, como pasamos a desarrollar.

Un primer punto por analizar son la clasificación de créditos reconocidos. Las diferencias en la regulación de la clasificación de los créditos con respecto al antiguo sistema no son menores, ya que los privilegios y preferencias se ven reducidos considerablemente en razón al concurso. Aún así, estos pueden mantenerse cuando se ejecutan de manera singular en razón a las tercerías de mejor derecho. Aquí, el principio de igualdad para el tratamiento de los acreedores constituye la regla general del concurso, por lo que las excepciones son muy escasas y debidamente justificadas.

Las nociones citadas escasean en nuestra doctrina nacional, donde pareciera no existir un interés en desarrollar jurisprudencia alguna respecto a estos créditos, lo que es lógico en vista de la gran importancia que como vimos poseen. Los créditos de los acreedores pueden ser clasificados en alguna de las siguientes categorías. Según esta clasificación, destacamos la última que será la única sobre la cual referiremos comentario:

*a) Créditos Privilegiados*

“Uno de los méritos del legislador concursal ha sido el de haber hecho descender considerablemente el número de privilegios crediticios, así como el de haber limitado, aunque solo en el caso de concurso, el número de fuentes legales de procedencia de los privilegios, eliminando, de esta forma, la complejidad y dispersión que caracterizaban a nuestro antiguo sistema de prelación de créditos. Son ejemplos de créditos con privilegio general los siguientes; las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el

concurado en cumplimiento de una obligación legal; los créditos tributarios y demás de Derecho público; los créditos por responsabilidad civil extracontractual, etc. No obstante, la reducción de los privilegios no es tan drástica como pudiera parecer ya que, algunos de los créditos que antes eran privilegiados han pasado a ser créditos contra la masa, aparte de estos han aumentado en su número. En consecuencia, tenemos nuestras dudas de que la Ley Concursal vaya a suponer una mejora considerable de la posición de los acreedores ordinarios, pese a que este parece ser el designio del legislador concursal<sup>15</sup>.

Aquí corresponde hacer una distinción a la clasificación de los créditos privilegiados en el Código Civil español, ya que en materia concursal son dos los tipos:

a.1) créditos con privilegio especial, en caso de afectar solo a ciertos bienes o derechos del fallido.

a.2) créditos con privilegio general, en caso de afectar a todo el patrimonio del fallido

En lo que respecta a las características propias de los créditos privilegiados, a quienes le corresponda pueden: ser parte de la administración del concurso u aceptar anticipadamente el convenio y adherirse a este. Tienen así, derecho de asistir y voto en las juntas de acreedores no quedando vinculados al convenio, en el en caso de ser aprobado a no ser que su voto haya sido favorable.

En el evento de ser titulares de un crédito especialmente privilegiado, de haber liquidación, adquieren el derecho a satisfacerse con preferencia a los que posean créditos ordinarios y subordinados. Cabe mencionar que los acreedores especialmente privilegiados pueden pagarse con cargo a la masa y sin la necesidad de realizar los bienes afectos por esta. Además, los privilegios que se establecen en la Ley Concursal tienen también las características que todo

---

<sup>15</sup> GIRALT, Robert y ROIG, Marta, *Graduación de los créditos a los acreedores* [en línea] . 2005 [fecha de consulta 13 de diciembre 2017] Disponible en: <http://www.buigas.com/es/library/101>

privilegio crediticio posee, esto es: tienen origen legal; son accesorios al crédito al cual se refieren y se tramitan; .son de interpretación estricta

Contrario a la regla general anteriormente mencionada, los privilegios no abarcan los intereses de toda clase de créditos. Esto solo sucederá para los que posean garantía real y hasta donde dicha garantía abarque.

#### *b) Créditos Ordinarios*

“Los créditos ordinarios son todos aquellos que no merecen la calificación de crédito privilegiado ni la de subordinado o que, directamente, sean calificados en la Ley Concursal como créditos ordinarios.

La calificación de un crédito como ordinario conlleva que su titular pueda formar parte de la administración concursal. Asimismo, se aplican con respecto a estos créditos las limitaciones cuantitativas y temporales previstas para la quita y espera; los acreedores ordinarios pueden adherirse a propuestas de convenio; son los créditos ordinarios los relevantes a la hora de determinar la correcta constitución de la junta de acreedores, la aprobación de un convenio; el acreedor ordinario está vinculado por el convenio y los créditos ordinarios solo son preferentes a los créditos subordinados”<sup>16</sup>.

#### *c) Créditos Subordinados*

“Los créditos subordinados constituyen una categoría novedosa en nuestro ordenamiento concursal que merecen quedar postergados tras los ordinarios, por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionaría (multas) o por la condición personal de sus titulares (personas especialmente relacionadas con el concursado o partes de mala fe en actos perjudiciales para el concurso). Además de ser postergados a todos los demás actos en caso de liquidación, los titulares de créditos

---

<sup>16</sup> GIRALT, Robert y ROIG, Marta, *Graduación de los créditos a los acreedores* [en línea] . 2005 [fecha de consulta 13 de diciembre 2017] Disponible en: <http://www.buigas.com/es/library/101>

subordinados no pueden formar parte de la administración concursal, no tienen derecho de voto en la junta de acreedores, están vinculados por el contenido del convenio aunque no votaran a favor, quedan afectadas por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los créditos ordinarios y verán extinguidas las garantías de cualquier clase de que fuera titular, viéndose, en su caso, obligado a la restitución posesoria y exponiendo sea que las garantías sean convenientemente canceladas”.<sup>17</sup>

En el caso del derecho español, debemos entender cuáles son para ellos los créditos subordinados, los cuales en cierta medida son los mismos que estudiamos en su momento, definidos de la siguiente forma: “Son el último peldaño dentro de la ordenación de deudas concursales. El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios y se efectuará por el orden establecido en el artículo 92 LCon y, en su caso, a prorrata dentro de cada número (art. 158 LCon).<sup>18</sup>

Para la legislación española, las principales consecuencias de declarar un crédito como subordinado, es el hecho que quedan fuera del orden de preferencia tradicional. Crean una nueva categoría que es independiente, vale decir, tiene sus propias reglas, pero que tiene el mérito de: favorecer realmente a los acreedores valistas, que no ven afectado sus créditos al no tener la carga de los créditos que se subordinan; y es más ágil el procedimiento, especialmente al ser considerado subordinado un crédito verificado fuera del plazo, al no existir la verificación extraordinaria.-

En una somera comparación con nuestra novel legislación, estamos muy lejos en esta materia, especialmente al crear una innecesaria confusión con denominación *créditos pospuestos o postergados*, pero que al final caen dentro

---

<sup>17</sup> GIRALT, Robert y ROIG, Marta, *Graduación de los créditos a los acreedores* [en línea] . 2005 [fecha de consulta 13 de diciembre 2017] Disponible en: <<http://www.buigas.com/es/library/101>>

<sup>18</sup> GARCÍA ESCOBAR, Gabriel A. *El tratamiento de los créditos concursales y el principio par conditio creditorum* [en línea]. Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia [fecha de consulta: 13 de diciembre 2017]. Disponible en: <[https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos\\_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf](https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_el-tratamiento-de-los-creditos.pdf)>

del orden de los acreedores valistas, que ven en definitiva afectada ya su escasa posibilidad de recuperar su crédito.

#### **5.4 Legislación de E.E.U.U.**

En este país encontraremos dos grandes áreas o pilares fundamentales de dicha legislación, que a continuación se describen:

“El primero es la rehabilitación del deudor y el segundo es el tratamiento igualitario a los acreedores de una misma clase. La ley americana distingue entre los individuos o personas naturales y las corporaciones o personas jurídicas. Respecto de los primeros busca darle una oportunidad al “honesto pero desafortunado individuo” para que pueda salir de la quiebra y gozar libremente de sus ingresos futuros. El denominado fresh start gobierna la legislación de quiebra en lo que a personas naturales se refiere. En cuanto a las corporaciones o personas jurídicas, el Chapter 11 del Bankruptcy Code es evidentemente una oportunidad muy favorable para que la empresa en problemas financieros tenga un respiro y logre salir a flote o al menos lo intente. En un caso de chapter 11, los acreedores miraran más a los ingresos futuros del deudor que a los bienes que este posee al iniciarse el procedimiento”.<sup>19</sup>

En este sistema se ve un trato más justo al fallido, dado que se distingue si el acreedor es persona natural o jurídica:

“El sistema pro deudor del chapter 11, no obstante, ha sido objeto de fuertes críticas por prestarse para abusos, siendo extremadamente favorable a los deudores y perjudiciales para los acreedores. Además, se ha criticado que las empresas en proceso de reorganización tienen una situación de ventaja respecto de sus competidores, lo cual empuja a las otras compañías del rubro a la quiebra,

---

<sup>19</sup> BONILLA, Claudio, “et al”. *Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras* [en línea]. Documentos de Trabajo 191, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile. [fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en <<https://ideas.repec.org/p/edj/ceauch/191.html>>

como ocurrió en el pasado con las empresas de telecomunicaciones y podría repetirse ahora con las aerolíneas.”<sup>20</sup>

A pesar de las buenas intenciones que acarrea esta diferenciación, en el párrafo anterior se aclara el hecho que ni el sistema más bueno es infalible, ya que está sujeto a las malas prácticas de las mismas personas las cuales pueden echar a perder hasta el mejor sistema. En analogía con nuestro tema debemos mencionar la prelación de créditos que existe en Estados Unidos y su relación con la figura que es objeto de nuestra investigación.

Originalmente en E.E.U.U eran los tribunales quienes se encargaban de la subordinación de los créditos en el procedimiento de quiebra, esto por ser en su origen, una figura financiera. En dichos orígenes la sección 65-A de la Ley de Quiebra Norteamericana, la cual fuera modificada en 1978, establecía que “pagos en un porcentaje igual serán declarados y pagados a todos los créditos admitidos (a la quiebra), excepto para aquellos que gozan de privilegio o garantía especial.”<sup>21</sup>

Dicha norma de la derogada ley repite el principio general de distribución entre los distintos acreedores quirografarios presentes en el Derecho Civil. Ahora bien, en el procedimiento concursal, el tratamiento era diverso ya que se solicitaba al tribunal no aplicar dicho principio a porcentajes iguales o a prorrata tanto para los acreedores subordinados ni los primarios, dando paso así a una distribución en relación con el convenio de subordinación. Es así como la Jurisprudencia de E.E.U.U se inclinó casi en su totalidad a hacer valer los convenios de subordinación, siendo estos una excepción a lo establecido en la sección 65-A, siempre y cuando dichos convenios no afectaran el orden público.

De esta manera, conforme hemos clasificados los créditos subordinados, el norteamericano es el más restringido de todos ya que solo se limita a los que las

---

<sup>18</sup> BONILLA, Claudio, “et al”. *Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras* [en línea]. Documentos de Trabajo 191, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile. [fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en < <https://ideas.repec.org/p/edj/ceauch/191.html> >

<sup>19</sup> BONILLA, Claudio, “et al”. *Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras* [en línea]. Documentos de Trabajo 191, Centro de Economía Aplicada, Universidad de Chile. [fecha de consulta: 10 de marzo de 2017]. Disponible en < <https://ideas.repec.org/p/edj/ceauch/191.html> >

partes les den esa categoría, con la limitación “siempre que dichos convenios no violaran el orden público o las prioridades (inclusive los privilegios) consagrados en la propia Ley”. Esto lo hace similar a la nacional.

He aquí la figura de los créditos subordinados en sus orígenes. Como se puede apreciar estos nacen del *common law*, es decir, en la práctica de los tribunales norteamericanos como una manera de darle mayor aplicación al viejo y fundamental principio de la *par conditio creditorum*, el cual nos señala que entre todos los acreedores deber haber igualdad, y la posibilidad de concurrir en términos más o menos iguales al pago de sus acreencias.

### **5.5 Legislación Uruguaya.**

La ley 18.387 Uruguay del 2008 nos permite tener una visión más reciente acerca de qué es lo que en estos momentos debemos entender como la vanguardia en cuanto a leyes concursales. Es así como la ley establece en su artículo 187 lo siguiente:

#### ***Artículo 187: (Pago de créditos subordinados)***

“El pago de los créditos subordinados no se realiza hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos quirografarios”.<sup>22</sup>

El pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 111 y los comprendidos en cada numeral concurrirán a prorrata.

---

<sup>20</sup> Ley N° 18.387, URUGUAY. Ley de Concurso y Reorganización Empresarial. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2008.

Es satisfactorio ver que en una ley tan actual se considera ya de plano y sin necesidad de tanta interpretación, la figura de los créditos subordinados. Es así como el artículo 111 relativo a los créditos subordinados dispone:

**Artículo 44: (Créditos subordinados)**

Se consideran créditos subordinados, a todos los efectos concursales<sup>23</sup>:

- 1) Las multas y demás sanciones pecuniarias, de cualquier naturaleza.
- 2) Los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor.

Para profundizar, corresponde hacer mención quienes son personas especialmente relacionadas con el deudor, cuestión que el artículo 112 lo establece de la siguiente:

- 1) En el caso de las personas físicas:
  - A) El cónyuge o el concubino o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.
  - B) Los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor o de cualquiera de las personas comprendidas en el literal A) que antecede.
  - C) Los cónyuges o concubinos de los ascendientes, descendientes y hermanos del deudor.
  - D) Las personas que hubieran convivido con el deudor en los últimos dos

---

<sup>21</sup> Ley N° 18.387, URUGUAY. Ley de Concurso y Reorganización Empresarial. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2008.

años, salvo que sean titulares de créditos de naturaleza salarial.

2) En el caso de las personas jurídicas:

A) Los socios ilimitadamente responsables y los socios y accionistas limitadamente responsables, que sean titulares de más del 20% (veinte por ciento) del capital social.

B) Los administradores de derecho o de hecho y los liquidadores, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

C) Las sociedades que formen parte de un mismo grupo de sociedades. Se entenderá que existe un grupo de sociedades cuando una sociedad se encuentre sometida al poder de dirección de otra o cuando varias sociedades resulten sometidas al poder de dirección de una misma persona física o jurídica o de varias personas que actúen sistemáticamente en concierto.

3) También tendrán esta consideración los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes originariamente a las personas especialmente relacionadas con el deudor, que hubieran sido adquiridos en los dos años anteriores a la declaración de concurso.

Cabe destacar aquí que, para todos los efectos, se dispuso que aquellos acreedores con calidad de subordinados quedan relegados hasta que los acreedores quirografarios queden totalmente cubiertos. Esto los pone en la situación de no poder pedir la compensación total o parcial si esta no ha operado con antelación en base al decreto de admisión del concurso.

Como podemos ver, la normativa de subordinación de la legislación Uruguaya que se consignan en el art. 111 en relación con el art.112 es de un carácter restringido que, no obstante su contenido en conjunto con las presunciones absolutas de insolvencia del art. 5ª, permite dejar fuera de los créditos verificables normalmente, las multas y demás sanciones pecuniarias de cualquier naturaleza, con los limita dejando solo los créditos originales, y dejando fuera incluso los intereses moratorios.-

Respecto de los créditos con personas especialmente relacionadas con el deudor, se presenta en parte el problema que se ha discutido en la legislación española y en la actual nacional, en el sentido que con esto se limita una fuente de financiamiento natural como lo es la familia.

### **5.6 Legislación nacional.**

Como bien se ha planteado a lo largo de este trabajo, escaso es el tratamiento que nuestra legislación le da a los créditos subordinados o pospuestos. En la nueva ley 20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento el artículo 241 en la prelación de créditos establece lo siguiente:

*Artículo 241.- Orden de prelación. Los acreedores serán pagados de conformidad a lo dispuesto en el Título XLI del Libro IV del Código Civil y, en el caso de los acreedores valistas, con pleno respeto a la subordinación de créditos establecida en la referida normativa. Para su eficacia, la subordinación deberá ser alegada al momento de la verificación del crédito por parte del acreedor beneficiario o bien notificarse al Liquidador, si se establece en una fecha posterior.*

*Los créditos de la primera clase señalados en el artículo 2472 del Código Civil preferirán a todo otro crédito con privilegio establecido por leyes especiales.*

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

Es propicio resaltar que dicha ley no establece un tratamiento per se de los créditos legalmente pospuestos, a la vez que es muy mezquina al buscar un punto de concordancia con la subordinación voluntaria que nuestro Código Civil establece en su artículo 2489, pero en lo que si comulga es que degradan dichos créditos en la escala de prelación.

Corresponde también mencionar el artículo 63, pero el cual no hace más que preestablecer lo que luego zanja el 241:

*“Artículo 63.- Posposición del pago a acreedores Personas Relacionadas. Los acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos no se encuentren debidamente documentados 90 días antes del inicio del Procedimiento Concursal de Reorganización, quedarán pospuestos en el pago de sus créditos, hasta que se paguen íntegramente los créditos de los demás acreedores a los que les afectará el Acuerdo de Reorganización Judicial. Sin perjuicio de lo anterior, el Acuerdo podrá hacer aplicable la referida posposición a otros acreedores Personas Relacionadas con el Deudor, cuyos créditos se encuentren debidamente documentados, previo informe fundado del Veedor. Esta posposición no regirá respecto de los créditos que se originen en virtud de los artículos 72 y 73. Tampoco regirá respecto de los créditos que se originen en virtud del artículo 74, en la medida que se autorice por los acreedores que representen más del 50% del pasivo del Deudor.”*

Correcto es decir que dicha ley no establece un tratamiento per se de los créditos legalmente pospuestos, a la vez que es muy mezquina al buscar un punto de concordancia con la subordinación voluntaria que nuestro Código Civil establece en su artículo 2489, pero en lo que si comulga es que degradan dichos créditos en la escala de prelación.

A nuestro parecer, la norma no busca más que tratar de impedir que se altere el pasivo través de créditos relacionados que no hayan sido justificados.

### **5.7 Síntesis.**

En base a lo recién expuesto, podemos concluir que, dependiendo de la legislación, y principalmente de su criterio, se da un trato de los privilegios y su extensión, los acreedores valistas, cuentan con distintas posibilidades de cobro ante un caso de insolvencia.

Es fácil percatarse que el tema tiene mayor peso en materia concursal, ejemplo claro es España, donde crea una categoría nueva independiente y extensa para los créditos subordinados, lo cual le otorga una serie de virtudes en pos de la *par conditio creditorum*, que lamentablemente en nuestro el legislador no ha considerado. En el caso norteamericano de *common law*, si bien existen similitudes con la nuestra, la importancia que se le da a que todos los acreedores tengan una misma posición (*par conditio creditorium*) y su posibilidad de concurrir a la verificación, demuestra porque nuestra legislación nacional debería darle mayor importancia al tema.

Si bien en la legislación chilena hay una concordancia con la uruguaya en cuanto a las personas relacionadas con el deudor, estos últimos se preocuparon de que la materia fuera de fácil interpretación, pero la nuestra sigue siendo poco sólida jurisprudencialmente, ya que aparte de la escasa regulación, la legislación es a su vez confusa o ambigua.

## **6. CONCLUSIÓN**

A lo largo de esta tesis hemos podido desarrollar el motivo por el cual es fundamental regular en nuestro país los créditos subordinados de forma distinta a cómo se hace en la actualidad, incluso tomando en cuenta la reforma de hace unos pocos años. Es importante entender que la regulación de los créditos subordinados, más que algo meramente legal, tiene que ver con beneficiar tanto el

deudor como a él o los acreedores y entregar una repartición justa y equitativa de los activos que se obtengan de parte del deudor.

Es así como, observando la historia del derecho comercial y la normativa en distintos países que finalmente nos debiesen inspirar, nos damos cuenta de que existe un vacío importante y tomando en cuenta los beneficios que como país y ciudadanos-emprendedores nos traería esta nueva regulación.

La protección al acreedor valista, que hoy está absolutamente desválido, no es un tema menor y debe ser tratado con la mayor acuciosidad, pues este acreedor es parte importante del engranaje que mueve al comercio en cualquier país. Tal como mencionamos en las primeras páginas de este trabajo, desde los inicios del desarrollo del de derecho concursal por Francisco de Salgado y Somoza en la Edad Media, la prelación de créditos ya se visualizaba como un tema absolutamente complejo, tanto es así que titula su libro como “El laberinto de los créditos”. El tiempo le dio la razón a este preclaro jurista, cuya vigencia lo demuestra no solo la actual legislación concursal española, sino que todos los estudios de las universidades europeas. Efectivamente, la prelación de créditos es un laberinto, por el cual la doctrina y las legislaciones han navegado por un mar tormentoso y lo seguirán haciendo en la medida que no se establezca un límite a los privilegios en perjuicio de los acreedores valistas.

Se han creado privilegios en exceso por las diversas legislaciones, en perjuicio del acreedor valista, de forma tal que la mayoría de las veces se le trata mal, como si se lo quisiera castigar por haber apoyado de alguna forma al insolvente o fallido, en circunstancia que este acreedor es parte importante del

motor de la economía, dado que es él quien da el crédito comercial, tan necesario para el desarrollo del comercio.

La extensión de los privilegios entonces, solo pueden ser morigerados a través de la moderna institución de los créditos subordinados, en el entendido además que los privilegios deben ser solo eso, privilegios, entendidos e interpretados en forma absolutamente forma restrictiva e incluso deben de considerar un límite.

El Derecho comparado nos entrega un nutrido desarrollo, donde mencionamos ejemplos como España con una legislación absolutamente casuística y extensiva, tanto que dentro de los créditos subordinados hay un orden de prelación, lo mismo que algunos países de Europa, pasando por Uruguay con un desarrollo más moderado y los EEUU, muy escueto. Así entonces, la institución de los créditos subordinados es claro reflejo de legislaciones que se han preocupado de la circunstancia que los acreedores valistas, no se encuentren en una situación de total desamparo, y por qué no decirlo, de injusticia, ante la extensión de los privilegios, al momento de querer hacerse de parte los bienes del fallido, para así lograr obtener el pago parte de los créditos que tenían a su favor.

La nueva ley de insolvencia y emprendimiento en nuestro país es muy limitada en cuanto a la extensión de los créditos subordinados se trata, mostrando nuevamente la precariedad del tema de los acreedores valistas en nuestra legislación. La legislación nacional recurrió al modelo norteamericano, a pesar de

que es el que menos desarrollo tiene sobre este importante principio de derecho concursal.

A lo largo de este estudio, hemos podido visualizar cómo el legislador en Chile a través del tiempo fue introduciendo privilegios que dejaron al acreedor valista casi sin ninguna posibilidad de cobro. El abuso por parte de los privilegiados en lo que refiere a acreditar sus créditos unido al poco desarrollo del derecho concursal, hasta el día de hoy limita la posibilidad de recupero por el acreedor valista.

Es la verdad que, desde la universidad, no se da la real relevancia a tan importante materia y poco se ve desarrollos académicos en este sentido. Este abandono ha llevado a un trato displicente a los tribunales y la propia entidad reguladora, en el sentido de ser más proactivos en desarrollar el concepto de la *par conditio* y limitar el abuso de los acreedores privilegiados.

Ya en los confines de este estudio, diremos que el solo hecho de aplicar en forma estricta el principio que los privilegios son de aplicación restrictiva, tendríamos como resultado que los intereses corrientes y penales, las multas de la administración y por qué no decir los reajustes, no serían parte del privilegio y pasar a formar parte de la masa sin privilegios. En España incluso la administración fiscal tiene un límite para verificar los impuestos, lo que no deja de ser interesante, a la luz de los que hemos estado desarrollando a lo largo de este estudio.

El trato al acreedor valista no debe ser en ningún caso el que hoy se le da, porque el también necesita justicia, más cuando se tratan de pequeños acreedores de la categoría Pyme, quienes usualmente ante una quiebra o una declaración de insolvencia quedan en una posición muy desmedrada económicamente, que las más de las veces el mismo pasa a ser un deudor insolvente.

Por lo anterior, consideramos necesario un desarrollo de esta disciplina del derecho, única forma de crear conciencia en la importancia de no dejar de lado al acreedor valista, porque este merece tanto respeto como el principal privilegiado, como motor de la economía y porque el también tiene que pagar a sus trabajadores, leyes sociales, impuestos y los créditos para financiarse. Ese finalmente es el espíritu que mueve a la institución de los créditos subordinados, un límite a los privilegios para nuevamente equiparar a todos los acreedores.

Dicho esto, finalmente diremos con toda autoridad que no cabe duda que Chile se ha quedado atrás en la materia de llevar justicia entre toda la gama de los acreedores de primero a quinto orden de prelación, al no otorgar un reconocimiento de los créditos subordinados en toda su extensión al modo español, que para esos memoristas es la legislación por excelencia, no para imitarla, pero si para tenerla como norte a seguir, que guíe la mano y la mente de los estudiosos, con el fin de crear conciencia que el pequeño comerciante, industrial y agricultor debe en caso de una insolvencia, tener una posibilidad de recuperar parte de su crédito.