Revista lus et Praxis, Año 18, N° 1, 2012, pp. 315 - 346 ISSN 0717 - 2877

Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
"El problema temporal en el inicio de los
procedimientos concursales"
Juan L. Goldenberg Serrano

EL PROBLEMA TEMPORAL EN EL INICIO DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES*

THE TIMING PROBLEM IN THE OPENING OF A BANKRUPTCY PROCEEDING

Juan L. Goldenberg Serrano**

RESUMEN

La definición del momento en que los interesados pueden dar inicio a un procedimiento concursal es un asunto de la mayor trascendencia para su éxito como mecanismo de solución al dilema de la insolvencia. El legislador, tomando en cuenta los diversos intereses involucrados, no sólo debe precisar el o los hechos que desencadenan tal apertura, sino configurar una serie de incentivos (positivos y negativos) para ajustar la decisión del deudor y de los acreedores, a fin de que el concurso no sea abierto cuando ya no existan bienes suficientes para el reparto, como para que tampoco sea utilizado como una herramienta de amenaza y cobro cuando aún no es evidente su utilidad. El presente trabajo pretende dar algunas ideas sobre las razones de este "problema temporal", su magnitud e implicancias, y los medios que se han tenido a la vista para resolverlo en nuestro ordenamiento y en el Derecho comparado.

ABSTRACT

The definition of the moment in which the stakeholders may initiate a bankruptcy proceeding is a matter of great importance for its success as a mechanism for resolving the insolvency dilemma. The lawmaker, considering the different interests that are involved in this issue, not only must specify the fact or facts that trigger such opening, but also must create a series of (positive and negative) incentives to adjust the decision of the debtor and the creditors to ensure that the proceeding is not opened when there are no longer enough assets to be distributed, but it is not used as a threat or collection tool when its utility is not evident. This article aims to give some ideas for the reasons of this "timing problem", its magnitude and implications, and the means that have been considered in order to solve it in our system and in comparative law.

PALABRAS CLAVES
Derecho Concursal, Insolvencia, Apertura del Concurso

KEYWORDS

Bankruptcy Law, Insolvency, Opening of the Insolvency Proceedings

^{*} Trabajo recibido el 27 de enero y aprobado el 20 de abril de 2012.

[&]quot;Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl

1. Introducción

El asunto del que hablamos –planteado formalmente por Jackson como "timing problem" (o "problema temporal")¹– se refiere específicamente al momento en que el legislador estima conveniente que se produzca la apertura de los procedimientos concursales. Se trata, entonces, de una cuestión de política legislativa que debe tener en cuenta los motivos que fundamentan la existencia del concurso (especialmente en comparación con los medios comunes de ejecución forzada de las obligaciones), pero también, y muy particularmente, la determinación estratégica del deudor y los acreedores.

Este tema ha sido analizado en nuestra doctrina principalmente desde la perspectiva de la amplitud y naturaleza jurídica de las "causales de quiebra", en razón de la interpretación del artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio². Mas no queremos profundizar en esta materia, sino en un cuestionamiento previo respecto a las ideas que debe tener en cuenta el legislador al ofrecer el concurso como medio de solución de conflictos (en este caso, de aquél causado por la insolvencia) y sobre la conveniencia de fijar el momento en que éste puede (o debe) tener lugar.

Sobre el particular, creemos que este problema puede ser abordado desde dos perspectivas:

En primer lugar, debemos referirnos a la tardanza en la apertura del concurso. Dado el estigma de la insolvencia, el deudor intentará esquivar el concurso hasta donde sus fuerzas se lo permitan, al tiempo en que éste se transforma en poderosa arma de amenaza por parte de los acreedores para corregir el comportamiento del deudor que se aprecia insolvente. El hecho de anticipar la entrada al concurso tendrá las ventajas de evitar extender la agonía de una empresa que, racionalmente (al menos desde una perspectiva económica), debe

¹ Jackson, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy* Law, Harvard University Press, Cambridge, 1986, pp. 193 – 208.

² Vid., Palma Rogers, Gabriel, Legislación de Quiebras, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1959, pp. 12 – 27; Zalaquett Daher, José, La Causa de Declaratoria de Quiebra, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968, passim; Puelma Accorsi, Álvaro, Curso de Derecho de Quiebras, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, Santiago de Chile, 1971, pp. 46-53; Puga Vial, Juan Esteban, Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, pp. 33-117; Román Rodríguez, Juan Pablo, Instituciones de Derecho Concursal. Las Causales de Quiebra. La Sentencia de Quiebra, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, pp. 7 – 246; Sandoval López, Ricardo, Derecho Comercial. La Insolvencia de la Empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, pp. 35 – 56; Gómez Balmaceda, Rafael y Eyzaguirre Smart, Gonzalo, El Derecho de Quiebras, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, pp. 133 – 169; Contreras Strauch, Osvaldo, Insolvencia y Quiebra, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010, pp. 89 – 114; Baeza Ovalle, José Gonzalo, Derecho Concursal. Procedimiento de Liquidación de Bienes. La Quiebra, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011, pp. 511 – 568.

salir del circuito a fin de que los bienes y servicios de ellas dependiente sean asignados a actividades de mayor valor.

El problema temporal, nos indica Beltrán, busca "anticipar en el tiempo, en beneficio de los acreedores y de la propia empresa, la apertura del concurso que suele abrirse cuando las posibilidades de cobro razonable de los acreedores ordinarios y de conservación de la empresa son ya escasas"³. Evita que, al tiempo de ingresar al concurso, los acreedores se encuentren con una "cáscara vacía", despojada de todo activo de valor, sea por medios legítimos o ilegítimos⁴. Alivia, ya en términos prácticos, la necesidad de revocar una serie de actos realizados en tiempo de los estertores finales del deudor (ahora fallido), mediante el complejo expediente de las acciones paulianas y revocatorias concursales, que precisamente parten de la idea de que ha existido una demora en la apertura del concurso desde que ha tenido lugar la cesación de pagos. En nuestro Derecho, Román declara que "Hay que reconocer que el sistema chileno muestra claramente un desfase temporal en la apertura de los procedimientos concursales respecto a sus síntomas, salvo que se recurra a los convenios extrajudiciales, que han quedado ampliamente liberalizados"⁵.

En segundo término, el problema se plantea cuando hay una anticipación exagerada en el tiempo de la apertura. La creación de mecanismos que permitan el ingreso a concurso podrá llevar a comportamientos estratégicos de las partes que pongan en peligro la lógica del sistema. Los procedimientos concursales deben servir como un medio de clausura, de *ultima ratio*, cuando ha dejado de ser prudente seguir intentando soluciones por vías normales. Si no fuese de este modo, el concurso se transformaría en un mecanismo sumamente invasivo que se resolvería en un sistema adicional de cobro de créditos. Y, peor aún, en un medio de amenaza, sea en contra del deudor (especialmente por las consecuencias del procedimiento), sea en contra de los acreedores (sometiéndolos a las reglas del concurso y prelación de créditos).

El legislador debe moverse en este aspecto con suma cautela, pues el "timing problem" no es una cuestión de fácil solución. Son demasiados los intereses

³ Beltrán, Emilio, "La defectuosa concepción del presupuesto objetivo", en *AA.VV., Los Problemas de la Ley Concursal.* I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (dir. Emilio Beltrán y Pedro Prendes), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 71.

⁴ Señalaba Bisbal, bastante tiempo antes de que entrara en vigencia la Ley Concursal española, que (respecto a la legislación anterior) "se han mostrado los defectos de formulación de nuestro Derecho concursal que conducen a que sólo proporcione un tratamiento de la crisis de la empresa cuando esa crisis es ya irreversible…" (BISBAL, Joaquim, "La insoportable levedad del Derecho concursal", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 214, 1994, pp. 844 y 845).

⁵ Román Rodríguez, Juan Pablo, "Proposiciones de convenio exigidas por el acreedor", Seminario de "Ley de Quiebras – Convenios", celebrado el 14 y 16 de marzo de 2006, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G, Santiago de Chile, 2006, pp. 7 y 8.

implicados –especialmente los intereses generales de la comunidad, manifestados en el eficiente desarrollo de las actividades económicas– como para errar en este punto, aun cuando la cuestión parezca tomarse de modo baladí por ciertas legislaciones, repitiendo normas centenarias que, quizás en otros tiempos, tuvieron algún valor.

El propósito de este artículo es, entonces, dar cuenta de las razones del problema, cuestión que nos reconduce a los intereses involucrados (del deudor, de sus acreedores y de la comunidad en general), como también de las soluciones otorgadas por el Derecho chileno y comparado. Al respecto, las diversas legislaciones han dado cuenta de dos tipos de respuestas, incluso complementarias, que suponen la creación de incentivos y contra-incentivos para que las partes interesadas ajusten sus intereses a la finalidad propia del concurso, al tiempo que se busca la configuración de un presupuesto objetivo que debe cohonestarse con tal finalidad.

2. La apertura tardía del concurso

2.1. Planteamiento del problema

Anticipando la magnitud de este asunto, ya nos indicaba Garrido que "Sin duda alguna, el mayor problema que los procedimientos concursales presentan en la actualidad es la grave insuficiencia patrimonial de la masa activa... nos referimos al hecho de que, en el momento de la apertura del procedimiento, esta insolvencia se encuentra profundamente agravada, hasta el punto de afectar a acreedores situados en lo alto de la escala de privilegios, e incluso, a los propios acreedores de la masa, sin mencionar la tan tradicional como desdichada suerte de los acreedores ordinarios"⁶.

Este aspecto fue expuesto por Jackson a modo de demostrar que los diversos interesados ("stakeholders") tienen razones como para postergar la entrada del deudor en un procedimiento concursal. La más evidente, a su juicio, es la posición de los accionistas y socios de la empresa ("insiders"), en tanto, provistos de un mayor nivel de información respecto a la real posición financiera del deudor, podrán aventurar sus bienes en espera de que –por golpe de suerte– se resuelva su destino. En términos financieros, los socios y accionistas de la sociedad tienen respecto a ellas pasivos no exigibles, de modo que en caso de insolvencia más que probablemente saldrán con las manos vacías. Como señala Jackson, aventurar los bienes del deudor no tiene repercusión alguna

-

⁶ Garrido, José María, "El privilegio del acreedor instante de la quiebra", *Revista de Derecho Mercantil*, N°. 206, 1992, p. 799. Para un análisis económico y comparado de las situaciones de "quiebras sin bienes", *vid*. ΝύῆεΖ ΟΙΕDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás, "La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho", *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, 2011, passim.

a su respecto, por lo que los riesgos pueden ser directamente traspasados en los acreedores, generando un problema de riesgo moral. En consecuencia, los socios y accionistas intentarán dilatar la apertura del concurso⁷.

Los acreedores –en el otro extremo del espectro de los "stakeholders" – no parecen encontrarse en una situación radicalmente diferente. Si se trata de acreedores valistas, la apertura del concurso podrá implicar un bajo nivel de recuperación de sus créditos, especialmente si el activo de la empresa está gravado con garantías reales o si son importantes los otros créditos que gozan de preferencias legales. Intentarán, en cambio, evitar la apertura del proceso, sea para anticiparse en el cobro individual de sus acreencias o para iniciar negociaciones extrajudiciales que den mayor respiro a los deudores. Los acreedores preferentes, por su parte, no estarán interesados en la apertura del concurso si éste no afecta sus derechos de preferencia. Nada ganan con tal procedimiento, sino complejizar su ejecución. A la inversa, si las reglas del concurso alteran de cierto modo su preferencia, tampoco estarán interesados en la apertura si se desmejora su posición, actuando en tal evento conforme a la misma lógica de los acreedores valistas⁸.

Pero mantener distante la solución concursal puede provocar graves inconvenientes. Al decir de Jackson, el ordenamiento concursal debe resolver las dificultades que provoca el sistema de cobro individual por parte de los acreedores cuando se considera a la masa de acreedores como un grupo⁹. De este modo, la solución concursal se condiciona desde la óptica de la "tragedia de los recursos comunes"¹⁰: la actuación individual y separada de los acreedores no sólo reitera los costos de supervisión, sino que es ineficiente en tanto cada uno de ellos actuará sin considerar los intereses de los demás. Ello ocurrirá

⁷ Respecto a este último punto, se cuestiona la necesidad de crear un incentivo mayor para el propio deudor (o sus socios o accionistas), habida cuenta de que es éste quien goza de un mayor nivel de información sobre la situación desmejorada de la empresa. La solución técnica prevista por Jackson supone otorgar un cierto porcentaje del aumento del valor del activo al deudor, considerando que dicho incremento se ha producido por la oportuna presentación a concurso por parte de aquél. Solución criticada normativamente por Garrido, "El Privilegio", cit. nota n. 6., pp. 803 y 804) en cuanto la formulación de este incentivo serían excesivas: "las fórmulas imprecisas a las que necesariamente habría que recurrir conducirían a la judicialización del cálculo".

⁸ Beltrán Sánchez, Emilio, "El nuevo Derecho Concursal español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIII, 2007, p. 488.

⁹ Jackson, Logic, cit. nota n. 1, p. 10.

¹⁰ Para una explicación de la regulación concursal como forma de solucionar la tragedia de los recursos comunes, vid. Baird, Douglas G. y Jackson, Thomas H., *Cases, Problems and Materials on Bankruptcy, Little Brown, Boston, 1985*, pp. 31-35, y Peinado Gracía, Juan Ignacio, "Cooperación y pillaje en el concurso", *Estudios de Derecho Concursal* (coord. Juan Ignacio Peinado Gracía y Francisco Javier Valenzuela Garach), Marcial Pons, Madrid, 2006, passim.

porque el patrimonio del deudor será asumido como un bien escaso, sin que exista una asignación previa a los acreedores de titularidades exclusivas sobre el mismo. En tal supuesto, cada acreedor perseguirá una fracción de dicho patrimonio, suficiente para el pago de su crédito, logrando su desmembramiento. La solución colectiva surge, entonces, cuando es evidente que cada uno de los bienes considerados por separado probablemente tendrá un menor valor que el del patrimonio en su conjunto, sobre todo cuando se trate de una unidad económica¹¹. Entonces, la concursalidad se impone en los casos en que los acreedores puedan obtener una mejor expectativa de pago que de seguir un procedimiento de ejecución individual¹².

Ahora bien, ya a nivel doctrinario, se han expuesto dos formas de solución a la apertura tardía del concurso, y, en consecuencia, a la necesidad de dar cierre al mismo por insuficiencia de la masa: por una parte, la creación de incentivos para el pronto inicio del concurso, y, por la otra, el perfeccionamiento del presupuesto objetivo de los procedimientos concursales. Estudiaremos separadamente uno y otro mecanismo de respuesta.

2.2. El sistema de incentivos para la pronta apertura del concurso

A estas alturas, parece que la pregunta se traduce en quién realmente desea el concurso. De lo señalado en el acápite anterior, parece que ninguno de los interesados obtiene, en abstracto, ventajas de su apertura. Pero ella es necesaria si consideramos las desventajas generales de mantener las reglas comunes de las obligaciones. Conforme a lo anterior, el legislador normalmente actuará sobre la base de incentivos: querrá que los diversos interesados logren alguna ventaja o eviten algún detrimento mediante la apertura del concurso en tiempo óptimo.

Las fórmulas son variadas, pero, para fines didácticos, preferimos clasificarlas en torno a dos criterios:

- (i) En relación a la inmediatez de los beneficios o sanciones, puede tratarse de incentivos directos o indirectos. Así, serán incentivos directos aquéllos mediante los cuales el legislador ofrece una ventaja o penaliza un actuar, sea del deudor o de un determinado acreedor (o grupo de acreedores), a fin de obtener la pronta apertura del concurso. Por el contrario, serán incentivos indirectos aquéllos por medio de los cuales el legislador cree ofrecer una mejor solución –por medio del concurso– a todos los *stakeholders*.
- (ii) Por su parte, y en relación al tipo de beneficio o sanción, puede tratarse de incentivos *positivos* o *negativos*. De este modo, serán incentivos positivos

¹¹ Jackson, Logic, cit. nota n. 1, pp. 11 y ss.

¹² Jackson, Logic, cit. nota n. 1, p. 21.

aquéllos por los cuales el legislador ofrece una ventaja a quien da pronto inicio al concurso. Mientras tanto, serán incentivos negativos aquéllos mediante los cuales el legislador tipifica una sanción para quien no lo hace.

Nuestro ordenamiento conoce de todos estos incentivos, con mayor o menor magnitud, pero la referencia y explicaciones que siguen deben necesariamente tener en cuenta también soluciones ofrecidas por el Derecho comparado, a fin de propiciar una mejor comprensión del tema.

a. Incentivos directos positivos:

Esta clase de incentivos, ya hemos adelantado, se traducen en el otorgamiento de ciertas ventajas a quienes propician la apertura del procedimiento concursal. Se trata de la herramienta más eficaz que, para estos efectos, puede ofrecer el legislador en cuanto el interesado reconoce una ventaja concreta, que le proporciona un beneficio únicamente a él, en contraposición a los demás interesados. No obstante, veremos, esta clase de medidas debe tomarse con cierta cautela, especialmente si el beneficio llega a ser tal que invite a dar inicio al concurso más temprano que lo verdaderamente conveniente.

Las soluciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico no han escapado de la lógica tradicional de las reglas concursales que le han servido de antecedente, las que usualmente no han reparado en el punto, salvo en las materias que indicaremos. Pero el Derecho comparado ha dado cuenta de otros instrumentos de incentivo –algunos sujetos a sendas críticas–, especialmente en los sistemas en los que ha existido una histórica huida a los procedimientos concursales por partes de los diferentes interesados. Las razones para ello son amplias e históricamente se han referido a la complejidad del proceso, a la oscuridad de las normas aplicables (y la incertidumbre que de ella se derivan) y a los costos involucrados. En estos casos, la tendencia era preferir soluciones completamente extrajudiciales, aun sujetas a los riesgos que ellas suponen¹³.

Entre las soluciones previstas en el Derecho comparado, destaca una ofrecida por el Derecho español, referida a la preferencia del acreedor peticionario (denominado como el "acreedor instante del concurso"). No se refiere este punto a la graduación de los gastos incurridos por este acreedor para que tenga lugar tal apertura, los que ya se han calificado como gastos de la masa (también a modo de incentivo positivo, aunque menor) considerando que el acreedor instante asume una responsabilidad y absorbe todos los gastos de las primeras gestiones judiciales, sin perjuicio de que los resultados de sus gestiones afecten a todos los interesados del concurso. De no existir alguna suerte de preferencia,

¹³ Vid. Goldenberg Serrano, Juan Luis, "Los acuerdos extrajudiciales en la legislación concursal", Revista de Derecho de la Empresa, N°. 20, 2009, passim.

"los acreedores siempre esperarán *a que sea otro* el que inicie el proceso" ¹⁴. En el Derecho español, se ha ido algo más allá: el acreedor instante del concurso goza de un "privilegio general", aunque limitado al veinticinco por ciento de su crédito (artículo 91.6 de la Ley Concursal). Dicha norma evidencia la necesidad del legislador español de promover la utilización del procedimiento concursal en supuestos de insolvencia, especialmente considerando la experiencia previa a la entrada en vigor de Ley Concursal, en que, por la complejidad y falta de unidad normativa, los actores económicos rehuían de aquéllos prefiriendo (a veces, oscuros) acuerdos de composición entre acreedores. O, como intentaba justificar Bisbal, "La función reductora de los costes de transacción en la reasignación de los recursos en los supuestos de insolvencia del deudor, tiene un precio. Y en muchas ocasiones este precio es muy superior al ahorro de costes de transacción que la mediación de los procedimientos concursales produce" ¹⁵.

La justificación económica de este incentivo es la forma en la que Peinado explica el "drama del ojeador", quien es el acreedor que, vigilante, alerta la insolvencia del deudor, y que, en lugar de seguir el instinto del pillaje (ejecución individual), sigue una actitud cooperativa que –en lógica concursal– beneficia al universo de acreedores¹6. Así, Garrido no sólo aprecia un incentivo económico ("eficientismo") en esta solución, sino que le concede una razón de equidad: "el acreedor instante realiza un acto que beneficia al resto de los acreedores; no parece exagerado ni incorrecto que reciba algún tipo de compensación por ello"¹7.

Pero este modo de incentivo puede ser criticable, especialmente si se toman en cuenta las desventajas de dar apertura anticipada al concurso (a las que nos referiremos más adelante), dejando al deudor y a los acreedores pocos espacios para intentar llegar a cualquier suerte de acuerdo que lo haga innecesario. Cualquier acreedor valista, por la misma aplicación de la teoría de los juegos, terminará requiriendo la apertura del concurso (como estrategia dominante) a efectos de obtener él (y no otro acreedor) una preferencia que puede transformarse en la más eficiente fórmula de protección del crédito, cuando éste no fue objeto de la garantía al tiempo de su negociación. Adicionalmente, Bermejo critica el contrasentido que implica conceder esta clase de beneficios si se considera que no son los acreedores los sujetos más indicados para revelar la información acerca

¹⁴ Garrido, "El privilegio", cit. nota n. 6, p. 805.

¹⁵ Bisbal, "La insoportable", cit. nota n. 4, p. 847.

¹⁶ PEINADO, "Cooperación", cit. nota n. 10. *Vid.* también BERMEJO, Nuria, *Créditos y Quiebra*, Civitas, Madrid, 2002, p. 267, quien asume el privilegio como "un premio que se concede a aquellos acreedores que revelen información acerca de la situación patrimonial del deudor, instando la declaración de concurso en beneficio de los demás".

¹⁷ Garrido, "El privilegio", cit. nota n. 6, p. 813.

de la situación patrimonial del deudor, sino este último, y es a éste a quien se le debe incentivar para aliviar los problemas de asimetría informativa¹⁸.

La solución intermedia, que es la finalmente prevista por el ordenamiento español, consiste en otorgar preferencia al crédito del acreedor instante, pero limitada en cuanto a su monto. De este modo, los acreedores igualmente deberán moderar su estrategia considerando, por una parte, la posibilidad de satisfacción de la porción que resultará preferente, y, por la otra, el destino de la porción valista de su crédito.

En nuestro ordenamiento jurídico, nos parece que existen dos incentivos positivos específicos para el acreedor instante del concurso, aunque en diferentes magnitudes:

El primero, de menor entidad, se refiere a la posibilidad de que el acreedor peticionario señale el nombre del síndico titular y del síndico suplente en la solicitud de quiebra (y, conforme al artículo 44 del Libro IV del Código de Comercio, "sólo a ellos el tribunal deberá designar en la sentencia que declare la quiebra"), incentivo que no se traduce en una ventaja radical frente a los demás acreedores, sino en lo que se refiere a la confianza que el acreedor peticionario puede tener en un síndico en relación a otros. Recuérdese, además, que se trata de una designación provisoria, que deberá ser ratificada (o no) en la primera junta de acreedores (artículo 108 del Libro IV del Código de Comercio).

El segundo incentivo es bastante más relevante, pero muy controvertido por nuestra doctrina. Y se refiere a la posibilidad que ofrece nuestro ordenamiento jurídico de que el deudor evite la declaración de quiebra mediante la consignación de fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra (artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio)¹⁹. Al amparo de la ley N° 4.558, se trataba ésta de una forma de poner término a la quiebra, aunque en términos algo diferentes al sistema actual en

¹⁸ Bermejo, *Créditos*, cit. nota n. 16, p. 267.

¹⁹ En el sistema español, una norma similar (artículo 19.2 de la Ley Concursal) admite que el deudor consigne el importe del crédito del acreedor instante. No obstante, y a fin de evitar la utilización de este mecanismo como un medio expedito de cobro (de amenaza, más bien), el I Congreso de los Jueces en lo Mercantil (de diciembre de 2004) aprobó una recomendación por la cual: "En lo relativo al destino de la consignación efectuada por el deudor cuando, una vez formulada la oposición y convocados a vista, el acreedor desiste, se entendió mayoritariamente que sólo puede ser entregada al acreedor cuando se dicte acto de desestimación de la solicitud o no declaración de concurso, lo que implica que si de las actuaciones resulta la existencia de otros posibles acreedores, habrá de dárseles el trámite de audiencia para realizar las alegaciones que prevé el art. 19.3 de la Ley Concursal. Porque si finalmente se declara el concurso, esa consignación debería integrar la masa activa del concurso, sometida a la 'par conditio creditorum', y no ser entregada al acreedor que se ha adelantado a los demás al pedir la declaración de concurso necesario" (Citada por Antón, Javier, "Los problemas en la declaración del concurso necesario", en *AA.VV., Los Problemas de la Ley Concursal*. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (dir. Emilio Beltrán y Pedro Prendes), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 101).

que la consignación no produce su alzamiento, sino que evita su declaración. Norma que el citado autor justificaba en una inadecuada comprensión de la premisa del *rebuc sic standibus*, que sólo hubiese admitido un alzamiento de la declaración de quiebra si hubiese llegado a ser cierto que, con motivo de la consignación, se demostrase ser efectivo que el deudor no se encontraba en un verdadero supuesto de insolvencia²⁰.

Una circunstancia como tal admite que el propio Zalaquett estime que tal alzamiento "es una institución que envuelve un error conceptual monstruoso, y contribuye determinadamente a que la quiebra se utilice como un medio de presión contra el deudor y degenere con frecuencia en una simple defensa individual de la actuación jurídica. Constituye una ruptura del principio de igualdad de los acreedores porque permite que uno o algunos obtengan un pago íntegro de sus créditos en perjuicio de los demás"²¹. La doctrina, en general, ha rechazado esta posibilidad de evitar la declaración del concurso²².

Esta suerte de incentivos, más allá de las críticas conceptuales antes esbozadas, peca de llevar el problema temporal al otro extremo, propiciando una apertura temprana del concurso, especialmente para convertir la antesala de la quiebra en un medio de amenaza y mecanismo de cobro individual de pesos²³. Pero, como también explica Silva Bascuñán, el acreedor está jugando con un arma de doble filo, porque si no logra su objetivo de pago anticipado, no podrá detener el procedimiento, y el tribunal se verá constreñido a declarar la quiebra si la causal está lo suficientemente acreditada. Y, declarada ésta, se someterá, conjuntamente a los demás acreedores del deudor, a las reglas del concurso para el pago de sus créditos²⁴.

b. Incentivos directos negativos:

Siguiendo los criterios de clasificación antes indicados, los incentivos directos negativos constituyen sanciones impuestas por el legislador a quienes no han solicitado el pronto inicio del proceso concursal cuando éste tenía razón de ser, esto es, cuando ya se había manifestado su presupuesto objetivo. Esta clase de incentivos pueden resultar en igualmente eficaces a los directos positivos, pero

²⁰ ZALAQUETT, Causales, cit. nota n.2, pp. 148 - 150.

²¹ ZALAQUETT, Causales, cit. nota n. 2, pp. 156 y 157.

²² Vid., por todos, Gómez Balmaceda y Eyzaguirre, *Derecho de Quiebras*, cit. nota n. 2, p. 178.

²³ Vid., particularmente, Silva Bascuñán, Alejandro, "La quiebra como juicio de cobro de pesos", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LV, 1958, pp. 5 – 8. Aunque obsérvese que pese a que el autor estima que, aunque controvertido, "la razón de la ley no deja de ser sólida. Es muy probable que la cesación de pagos no corresponda a una efectiva insolvencia, sino que a un mero accidente ocurrido a un patrimonio saneado, o a precipitación del acreedor peticionario; y es lógico que el deudor desee librarse en forma inmediata de sus deplorables efectos".

²⁴ Silva Bascuñán, "La quiebra", cit. nota n. 23, p. 4.

su intensidad debe ser considerada por el legislador a efectos de: (i) no anticipar innecesariamente la apertura del concurso; y (ii) no imprimir al deudor de un estigma tal que rehúya a su declaración por medios ruinosos o incremente el riesgo de fuga, entre otros.

Incentivo común de muchos ordenamientos jurídicos es el que consiste en imponer al deudor que se encuentra en un supuesto de cesación de pagos la carga de dar pronto inicio al procedimiento concursal. El sustento de estas normas se revela en el hecho de que es el propio deudor quien tiene el mayor acervo de información que le permite conocer su situación financiera, y, pese a no ser el más interesado en el inicio del concurso, debe optar por este como medida inevitable para esquivar las sanciones previstas en el ordenamiento²⁵.

La lógica de los incentivos para compensar el esfuerzo cooperativo del deudor (a primera vista, causante de la insolvencia) no parece permitir la creación de beneficios (como incentivos directos positivos), sino sólo medios para evitar un trato desfavorable. Ello, a menos que se modifique el planteamiento punitivo del Derecho concursal a un sistema más benévolo²⁶, como ligeramente puede apreciarse en nuestro ordenamiento con las reformas impulsadas en materia de convenios por parte de la ley N° 20.073. De este modo, se admite que, en lugar de solicitar la declaración de su propia quiebra (que seguirá un procedimiento más expedito dada su eficacia confesoria), el deudor puede proponer la celebración de un convenio judicial preventivo, evitando –por de pronto– la calificación del concurso (artículo 176 del Libro IV del Código de Comercio).

En el sistema chileno, tal carga se encuentra recogida en el artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio, aun cuando se refiere únicamente al deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola²⁷. En cualquier caso, su sustento jurídico parece encontrarse en que "si se tolerase que una persona en estado de cesación de pagos dilatare indefinidamente su declara-

²⁵ Peinado, "Cooperación", cit. nota n. 10, p. 33.

²⁶ Peinado, "Cooperación", cit. nota n. 10, p. 34.

²⁷ Dicho deber provoca, como afirma Contreras, *Insolvencia*, cit. nota n. 2, p. 91, que "... respecto al deudor calificado la ley opta por el concepto objetivo de la cesación de pagos", por cuanto se requiere de un hecho específico que dé el puntapié del cómputo del plazo para que el deudor calificado presente la correspondiente solicitud de quiebra ante los tribunales. Y en este mismo sentido debe leerse la jurisprudencia que sólo admite la solicitud de quiebra por el deudor no calificado, al resolver que "Luego, si bien la quiebra puede ser declarada a instancia de un deudor calificado –comerciante, industrial, minero o agricultor– o común, esto es, que no desarrolla ninguno de estos cometidos, es requisito sine qua non para su procedencia que medie una obligación de naturaleza mercantil incumplida, de manera tal que si la relación jurídica que constituye su antecedente causal es civil, el presupuesto no concurre..." (Sentencia de la Corte Suprema, de 20 de junio de 2011, bajo el Rol Nº 8489-2010, que rechaza recurso de casación en el fondo y confirma la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción relativa a los requisitos para que el deudor solicite su propia quiebra, disponible en la base de datos LegalPublishing bajo el número 49349).

ción de quiebra, para seguir consumiendo su patrimonio, aparte de consagrar como legítimo el daño a los acreedores, importaría alentar un grave atentado a la inexcusable buena fe que ha de existir, de modo que el deudor no agrave el mal estado de sus negocios, ni se transforme en árbitro de intereses ajenos"28.

El plazo de guince días para solicitar la guiebra (contado desde la fecha en que ha cesado en el pago de una obligación mercantil) da lugar a lo que Román refiere como "quiebra subsanable", en tanto se le estaría concediendo al deudor un plazo legal para sanear la situación producida o solicitar al tribunal la quiebra²⁹. Aun así, el propio autor explica que dicho término no se concibe como un plazo de gracia, dado que aún se permite a los acreedores la apertura del concurso por cualquiera de las causales previstas en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio³⁰. A nuestro juicio, el ordenamiento no puede suponer una inmediatez en la actividad del deudor. No puede obligarle a lo imposible, como sería la solicitud instantánea de su propia quiebra, sobre todo si se consideran los antecedentes que debe presentar para tales efectos al tribunal (artículo 42 del Libro IV del Código de Comercio), lo que implicaría una necesaria "calificación criminal" de dicho concurso. Ello especialmente si se consideran las sanciones (incentivos negativos) previstos por la propia ley a quien, encontrándose en el supuesto del artículo 41, incumple el deber de solicitar su propia quiebra: la presunción de la quiebra culpable (artículo 219, número 4) y la pérdida del derecho de alimentos (artículo 60).

Ahora bien, desde la perspectiva de los acreedores, el incentivo directo negativo se referirá, esencialmente, al riesgo de prescripción de las acciones paulianas y revocatorias concursales. Conforme a la reforma introducida por la ley Nº 20.073, las referidas acciones, intentadas en el procedimiento de quiebra, prescriben en el plazo de dos años contados desde la fecha del acto o contrato, término aún breve, pero no tanto al extremo del plazo de un año que regulaba la norma anterior (y aún lo hace el artículo 2468 del Código Civil). Lo interesante a este respecto es que el incentivo directo negativo, consistente en la prescripción de dichas acciones, es contrapuesto –a partir de la ley Nº 20.073– con un incentivo positivo, como es la suspensión del plazo, a favor de los acreedores, por el lapso de otros dos años desde la fecha de la resolución que declara la quiebra (artículo 80 del Libro IV del Código de Comercio). En resumen, conocida la ruina patrimonial del deudor, y la eventual eficacia de las acciones revocatorias intentadas, los acreedores podrán estar incentivados (positivamente) a solicitar la quiebra del deudor, de modo de poder ejercer las

²⁸ Gómez Balmaceda y Eyzaguirre, *Derecho de Quiebras*, cit. nota n. 2, p. 125.

²⁹ Román, *Instituciones*, cit. nota n. 2, p. 128.

³⁰ Román, *Instituciones*, cit. nota n. 2, pp. 128 y 129.

citadas acciones³¹, y así también, evitar que tenga lugar la sanción (a modo de incentivo negativo) que importa su prescripción.

c. Incentivos indirectos:

La idea de los incentivos indirectos se vinculan necesariamente con una de las finalidades últimas (al menos desde la perspectiva económica) del concurso, como es dejar a los acreedores (en conjunto) en una mejor posición que aquélla que les correspondería de sujetarse a la lógica de la ejecución individual. Ello se comportará de manera diferente en un escenario de quiebra que en uno de convenio, como se explica a continuación, dada la diferente finalidad específica de cada uno.

En cualquier caso, parece necesario advertir que los incentivos indirectos parecen más difusos para los *stakeholders*, que en este caso se centran mayormente en el grupo de acreedores. Al no referirse a un resultado que recaiga directamente en ninguno de ellos, sino en la generalidad de los involucrados, la medición de su eficacia dependerá de la construcción del sistema concursal como medio de reducción de costos de transacción (y ejecución) y de incremento de valor de la masa activa.

(i) La regla de distribución proporcional como incentivo para la apertura de la quiebra

Sobre este punto, la jurisprudencia ha indicado que "El derecho de quiebra según este principio [de la *par condicio creditorum*] está al servicio de una finalidad primaria cual es dar satisfacción a los acreedores distribuyendo entre ellos el producto de la realización de los bienes bajo una ley de igualdad"³². La regla de distribución proporcional –erróneamente enunciada, a nuestro juicio, como *par condicio creditorum*– explica las razones por las que un acreedor valista puede encontrarse más propenso a solicitar la apertura del concurso, que a seguir un modelo de ejecución singular. Esta regla funciona a modo de incentivo en tanto, por su intermedio, los acreedores se asegurarían de la

³¹ Considérese especialmente que nuestra Corte Suprema ha fallado que "Las acciones revocatorias concursales son para el juicio de quiebra una efectiva cuestión accesoria que por su naturaleza requiere pronunciamiento especial del tribunal. En efecto, nace la acción en razón de actuaciones y resoluciones dictadas dentro del juicio de quiebra, actúa como sujeto activo el síndico de la quiebra en razón de la propia naturaleza y finalidad del cargo, o bien un acreedores interesado que, por su gestión, de resultar útil, tiene derecho a honorario y a ser indemnizado con bienes de la quiebra…" (Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 7 de julio de 2003, Rol Nº 1.423-2002, que acoge recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago respecto al abandono del procedimiento en el ejercicio de las acciones revocatorias, disponible en la base de datos LegalPublishing bajo el número 26738).

³² Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 16 de marzo de 2011, Rol Nº 5.775-2010, que acoge recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, relativa a la exclusión de acreedores en los convenios judiciales, disponible en la base de datos LegalPublishing bajo el número 48183.

participación en las resultas de la liquidación (aunque sujetas a la regla de la proporcionalidad) ante la alternativa de llegar demasiado tarde como para no obtener nada en un procedimiento de ejecución.

Jackson y Scott parten de la base que cada acreedor buscará la mayor satisfacción de su crédito, pero que –habida cuenta las reglas de prelación– tal interés se manifestará de modos diferentes según la posición que cada acreedor ocupe en la escala de pagos³³. Si los acreedores valistas saben que sus créditos tendrán escasas posibilidades de solución, estarán motivados a iniciar un procedimiento colectivo dado que –al menos en la lógica económica– esta solución está abocada a la maximización del cobro de todos los acreedores³⁴.

Para estos efectos, debemos suponer también que todos los acreedores han sido conscientes del valor de sus créditos conforme a su orden de prelación, de manera que ya han internalizado el riesgo de insolvencia, al menos de acuerdo a los términos y condiciones en los que el crédito fue contraído³⁵. Así, el acreedor valista debe haber internalizado el mayor riesgo que supone la falta de preferencia de sus créditos, probablemente manifestado mediante una mayor tasa de interés, un menor plazo para el pago de la obligación y menores costos de transacción y de supervisión de las actividades del deudor y los demás acreedores. Aceptando el menor valor a su crédito, lo lógico será considerar que este acreedor estará dispuesto a diluir su participación en las resultas del procedimiento si ello implica que, eventualmente, podrá tener derecho a un residuo.

La regla de proporcionalidad resulta entonces en una suerte de seguro, en que el riesgo a cubrir es la insolvencia del deudor y la prima es la pérdida proporcional del valor de su crédito. Por ello, la racionalidad económica indica que los acreedores ordinarios preferirán una regla de distribución proporcional en cuanto ésta supone una dilución del riesgo de insolvencia³⁶. Éstos deberían optar por saber que tendrán la oportunidad de participar en el concurso, con

³³ Jackson, Thomas H. y Scott, Robert E., "On the nature of bankruptcy: An essay on bankruptcy sharing and the creditors' bargain", *Virginia Law Review*, Vol. 75, N° 2, Symposium on the Law and Economics of Bargaining, 1989, p. 160.

³⁴ Aunque esta lógica puede ser desestimada para el caso que el acreedor ordinario conozca de antemano que el grueso de la masa activa del concurso se encuentra sujeta a garantías reales y/o que los créditos privilegiados son de tal entidad que no quede espacio para el pago de los créditos ordinarios. En este caso, salvo por el otorgamiento de la preferencia del acreedor instante del concurso (artículo 91.6 LC), no habrán mayores motivaciones para la solución concursal. De hecho, Beltrán Sánchez, Emilio, "La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores", *Anuario de Derecho Concursal*, 2007, N° 11, p. 31, ya da cuenta de que las soluciones propuestas por el legislador español para aumentar el escaso grado de satisfacción de los acreedores (la poda a los privilegios y la creación de la categoría de los créditos subordinados) no ha dado los frutos esperados.

³⁵ Jackson y Scott, "On the nature", cit. nota n. 33, pp. 160 y ss.

³⁶ Vid. Jackson, Logic, cit. nota n. 1, pp. 30 y 31, y Bisbal, "Insoportable", cit. nota n. 4, p. 853.

su crédito tal y como fue originalmente concebido, sin necesidad de incurrir en grandes gastos de supervisión, aunque conozcan de antemano que no serán los primeros en llegar a la meta, pero que tampoco serán arrancados fuera de la pista.

(ii) La regla de no discriminación como incentivo a la solución concordataria

La liquidación del patrimonio –aun a modo de unidad económica– puede resultar en una solución indeseable para los *stakeholders*. El deudor la evitará en los casos en que crea que el estado de insolvencia es una cuestión reversible, pero especialmente a efectos de evitar la persecución criminal. Los acreedores –especialmente los valistas– pueden no verse satisfechos con la medida de protección que supone la regla de distribución patrimonial en cuanto el pago en "moneda de quiebra" puede ser insignificante.

En el modelo anterior a la ley Nº 20.073, la iniciativa de las proposiciones de convenio judicial preventivo era dejada a la discreción única del deudor. Los acreedores, ante un supuesto de insolvencia, sólo podían instar el inicio del concurso a modo de liquidación del activo. Esta situación desconocía las ventajas de la solución concordataria para todos los interesados, probablemente en tanto se basaba en la idea del convenio como alivio de la posición del deudor. Así, el "nuevo" artículo 172 del Libro IV del Código de Comercio dispone que "... el acreedor que se encuentre en alguno de los casos previstos en los números 1 y 2 del artículo 43, podrá solicitar al tribunal competente que ordene al deudor, o a la sucesión del deudor formular proposiciones de convenio judicial preventivo dentro del plazo de 30 días contado desde la notificación efectuada en la forma prevista en el inciso final del artículo 45. La no presentación del convenio dentro de plazo acarreará, necesariamente, la quiebra del deudor y el tribunal la declarará de oficio". Más allá de ciertas deficiencias técnicas de la norma (no es el acreedor, sino el deudor en que se encuentra en los casos previstos en los citados números del artículo 43), su finalidad es permitir a los acreedores solicitar el pronto inicio de un procedimiento concursal que no se traduzca necesariamente en la quiebra. "Con ello -agrega Román- obliga al deudor a abrir su contabilidad, a ser intervenido durante el lapso de duración de este procedimiento y presentar una estrategia de cómo enfrentará la crisis de la empresa"³⁷.

Ahora bien, el incentivo de la entrada en esta clase de concurso ya no se refiere a la aplicación de una regla de distribución proporcional. En este supuesto tiene lugar la regla de la no discriminación contemplada en el inciso segundo del artículo 178 del Libro IV del Código de Comercio: "El convenio será uno

-

³⁷ Román, "Proposiciones", cit. nota n. 5, p. 8.

y el mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario...". Al respecto, Puga ha observado que esta norma implica, por una parte, que el convenio deber ser uno para todos los acreedores, no pudiendo un mismo deudor proponer varios convenios a sus acreedores, a la vez que significa que el convenio no puede discriminar entre ellos, a menos que se cuente con la unanimidad³⁸.

La norma funcionará como un medio de protección a los acreedores que, insertos en la lógica del concurso, no podrán ver desmejoradas sus posibilidades de cobro en beneficio de otros acreedores. El incentivo indirecto se refiere en este punto a que el concurso igualará las posibilidades de satisfacción de los acreedores valistas, de modo similar al funcionamiento de la regla de distribución proporcional. Cabe advertir, no obstante, que otros sistemas (hoy por hoy, en términos crecientes) admiten discriminaciones entre grupos de acreedores, en razón de caracteres comunes, de modo de admitir un tratamiento diferenciado entre ellos. En estos casos, el incentivo permanecerá, aunque más limitado, a la identidad de sacrificio entre los acreedores que forman parte del mismo grupo³⁹.

2.3. El perfeccionamiento del presupuesto objetivo del concurso

Una solución alternativa a los mecanismos de incentivos, aunque también complementaria, se refiere a la modificación (o, al menos, una aclaración) del presupuesto objetivo del concurso.

Al respecto, un primer problema que enfrenta el legislador se refiere a la amplitud del concepto de "cesación de pagos"⁴⁰. La teoría que acoge una visión amplia de tal presupuesto aboga porque no se requiera de un incumplimiento material de las obligaciones del deudor para aquellos casos en los que es evidente que la regularidad de los pagos está siendo obtenida artificialmente⁴¹. En nuestro sistema, el problema más grave redundará en la configuración de la causal contemplada en el número 1 del artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, que produce ciertos inconvenientes:

³⁸ Puga Vial, Juan Esteban, *Derecho Concursal. El Convenio de Acreedores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 180.

³⁹ En relación al paradigmático Derecho norteamericano, vid. WARREN, Elizabeth, Chapter 11: Reorganizing American Business, Aspen Publishers, Nueva York, 2008, pp. 149-152.

⁴⁰ Vid., especialmente, Zalaquett, Causales, cit. nota n. 2, passim, y Puga, Derecho Concursal, cit. nota n. 2, pp. 33-69.

⁴¹ Vid., especialmente, Puga, Derecho Concursal, cit. nota n. 2, p. 54 y siguientes; y Sandoval, Derecho Comercial, cit. nota n. 2, pp. 42-44.

- (i) Esta causal restringida puede derivar en comportamientos estratégicos de los acreedores, especialmente si se considera que parte de nuestra doctrina estima que, ocurrido el incumplimiento, el acreedor gozaría paralelamente de dos acciones para resguardar su interés⁴²: la acción personal derivada de la obligación incumplida, como tutela individual que persigue el cumplimiento compulsivo de ésta mediante la ejecución de ciertos bienes del deudor; y la acción de petición de quiebra, como tutela colectiva, que buscaría la liquidación de todos los activos del deudor para proveer al pago de todas sus deudas. Acciones que, conforme concluyen Salas y Oberg, serían compatibles en cuanto no existiría una identidad de cosa pedida, en tanto la acción individual busca la obtención –mediante apremios– del cumplimiento de la prestación adeudada, mientras la acción de petición de quiebra buscaría "activar la organización legal, colectiva y general de los acreedores, que tiende, mediante una serie de providencias administrativas y judiciales, a la liquidación y a la satisfacción en pie de igualdad, de sus respectivos créditos sobre el patrimonio del deudor"⁴³.
- (ii) La interpretación material del concepto de "cesación de pagos" implicaría impedir la apertura del concurso a pesar de que estemos frente a casos en los que la crisis financiera del deudor fuese lo suficientemente alarmante, aun cuando no se haya verificado tal "cesación de pagos" en términos de incumplimientos efectivos. Al respecto, la jurisprudencia ha seguido un criterio más bien materialista en la lectura de este precepto, fallando que: "En parte alguna la norma transcrita precedentemente exige, para declarar la quiebra de un deudor comerciante, que el incumplimiento de la obligación que motiva la solicitud obedezca a la imposibilidad del deudor de poder hacerle frente o que el cese en el pago deba tener su origen en un estado generalizado de insolvencia o que sea necesario más de un incumplimiento. Por el contrario, el precepto es en extremo riguroso con los deudores que ejercen actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas y se contenta con el cese en el pago de una sola y única obligación, por oposición al deudor común, respecto del cual el Nº 2 del mismo artículo 41 exige tres o más títulos ejecutivos vencidos y provenientes de obligaciones diversas, con ejecuciones ya iniciadas"44.

⁴² Salas V., Julio y Oberg Y. Héctor, "Acción Ejecutiva y Acción de Petición de Quiebra (Compatibilidad e incompatibilidad de su ejercicio)", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, Nº 182, 1987, p. 11.

⁴³ Salas y Oberg, "Acción", cit. nota no. 42, p. 13, citando en este último aspecto a Humberto Navarrini

⁴⁴ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de septiembre de 2010, bajo el Rol Nº 3.653-2010, que acoge recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, relativa a la aplicación del artículo 43, número 1, del Libro IV del Código de Comercio, disponible en la base de datos LegalPublishing bajo el número 47038.

(iii) La entrada al concurso, al menos respecto a los acreedores que ejercen una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, parece haberse facilitado en términos bastante amplios, bastando el "cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante". Su justificación se resumiría en que, dada la importancia económica de las actividades desarrolladas por esta clase de deudor, cualquier incumplimiento de una obligación indubitada sería suficiente como para iniciar la marcha del concurso, dando pie a una interpretación materialista de la cesación de pagos⁴⁵.

El problema temporal se presenta en cuanto ello puede implicar una anticipación innecesaria del procedimiento concursal si el incumplimiento de que da cuenta la causal no supone realmente una situación real de insolvencia. Recuérdese, como lo hace Sandoval, que "Las defensas colectivas, por la gravedad que revisten, sólo pueden aplicarse para la protección de intereses mayores, en subsidio y ante la insuficiencia de las tutelas individuales" 46.

Bien podrá sostenerse que el ordenamiento jurídico ordena al tribunal cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas (artículo 45, inciso primero), admitirá la consignación por parte del deudor de fondos suficientes para el pago de los créditos que hayan servido de base a la solicitud (artículo 45, inciso segundo) y que siempre cabe la posibilidad de recurrir de la sentencia que declara la quiebra del deudor por medio del denominado recurso especial de reposición (artículos 56 y siguientes). Pero la cuestión permanece cierta por los estigmas de la quiebra, como también por la posición estratégica de los acreedores.

Como ya advertía Varela, una interpretación material de la cesación de pagos en relación al ahora artículo 43, número 1, del Libro IV del Código de Comercio (posición que, por cierto, rechaza), lleva al "vicioso camino de forzar al deudor a pagar lo que no debe que siguen algunos acreedores desaprensivos, generalmente usureros, mediante la amenaza de la quiebra"⁴⁷. O, como agrega Puga, que "la conjunción de la causal del N° 1 del art. 43 de la ley con el instituto de la consignación preventiva de quiebra establecido en el art. 45 inc. 2°, ha llevado a la utilización de la quiebra sustituyéndola a la cobranza individual, por ser un medio de presión más idóneo y eficaz para obtener el pago que la ejecución singular"⁴⁸.

_

⁴⁵ Sandoval, *Derecho Comercial*, cit. nota n. 2, p. 37, y Contreras, *Insolvencia*, cit. nota n. 2, pp. 58 y 59.

⁴⁶ Sandoval, *Derecho Comercial*, cit. nota n. 2, p. 37.

⁴⁷ Varela Varela, Raúl, "De la insolvencia del deudor y de la legitimación del demandante para accionar, como presupuestos necesarios de la declaración de quiebra", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXVI, 1969, pp.153 y 154.

⁴⁸ Puga, *Derecho Concursal*, cit. nota n. 2, p. 91.

Una segunda cuestión se refiere a la calificación jurídica que se le otorgue a las denominadas "causales de guiebra" previstas en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio. En este sentido, ha tendido a prevalecer la idea de los "hechos reveladores", en la que el legislador acepta la mera comprobación de ciertos antecedentes de hecho (causales de guiebra) como para provocar la apertura del concurso, dada la dificultad básica de la prueba directa de la insolvencia⁴⁹. Eso sí, la doctrina ha llegado a un cierto consenso en determinar que las causales de quiebra se han propuesto como medios de prueba indirectos del estado insolvente del deudor, una manera de posibilitar la apertura del concurso ante la asimetría informativa⁵⁰. Como indica Román, "Es imposible para un extraño a la empresa aquilatar un estado de insolvencia o que la empresa enfrentará una crisis..."51. Estas causales no son sino, entonces, una forma de alivio para el acreedor que pretende la declaración de quiebra del deudor en tanto los hechos en que ellas se basan serían lo suficientemente graves y convincentes como para hacer presumir, al menos, que el deudor estaría atravesando un periodo de dificultades financieras.

Cabe indicar, en todo caso, que se ha indicado que se trata el nuestro de un modelo que destaca por su rigidez, en tanto sólo admite a los acreedores dar inicio al procedimiento concursal por medio de las circunstancias de que da cuenta el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, sin que se admita prueba de otros aspectos que puedan dar cuenta de la insolvencia del deudor⁵². Crítica esencial propuesta por Zalaquett, al tratarlo como un defecto de técnica legislativa que puede llevar a una equivocada interpretación del sistema⁵³, como también de Puga al señalar que "La indicación de hechos reveladores (o causales) nunca debe ser taxativa"⁵⁴.

⁴⁹ Vid. especialmente, Sandoval, Derecho Comercial, cit. nota n. 2, pp. 41 y 42.

⁵⁰ Agréguese la opinión de Moya Plaza, Wildo, "Algunas consideraciones sobre el estado de insolvencia frente a los procedimientos concursales", *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, No. 5, 2001, p. 116, para quien "... nuestra legislación elude intencionalmente una definición sobre el particular; ello se puede observar en nuestra Ley de Quiebras N° 18,175, que no define el concepto en estudio [la insolvencia], restringiéndose a enumerar las causales que pueden fundar la declaratoria de quiebra de una persona, las que no necesariamente coincidirán con el estado de insolvencia químicamente puro".

⁵¹ Román, *Instituciones*, cit. nota n. 2, p. 68.

⁵² Ello a diferencia de otros sistemas, como el italiano, en que la causa objetiva de la quiebra (fallimento) es el estado de impotencia patrimonial manifestado por incumplimientos y otros hechos exteriores.

⁵³ ZALAQUETT, *Causales*, cit. nota n. 2, p. 153, quien añade un listado de críticas al sistema de apertura de la quiebra en nuestro ordenamiento jurídico, tales como la concurrencia indiferenciada de hechos reveladores determinantes y de otros que no lo son, la limitación de los hechos reveladores, los defectos en la redacción de ciertas causales, la insuficiente regulación del papel del juez y la ruptura del principio de igualdad de los acreedores (pp. 154 – 157).

⁵⁴ Puga, *Derecho Concursal*, cit. nota n. 2, p. 91.

Sobre el particular, nuestra jurisprudencia ha sido vacilante en torno al concepto de cesación de pagos, aunque últimamente parezca más proclive a aceptar una teoría amplia en la que las "causales de quiebra" son realmente "hechos reveladores", aunque en *numerus clausus*. Al respecto, ha señalado "Para algunos la causa de la quiebra es la situación de impotencia de pagar, que en forma generalizada y permanente afecta el patrimonio del deudor, lo que va más allá del incumplimiento de las obligaciones, si se considera el carácter de defensa colectiva que la quiebra involucra, ella no puede ser aplicada sino en los casos en que efectivamente se presenta una situación patrimonial crítica, en la que existen diversos intereses que proteger, y no por el hecho del simple incumplimiento de parte del deudor, ante lo cual bastaría el ejercicio de las defensas individuales. La ley 18.175 siguió a la 4.558 en cuanto para ella la cesación de pagos es la causa de la quiebra. En efecto, la ley vigente fija hechos reveladores absolutos y taxativos para acreditar la existencia de cesación de pagos"55.

La existencia de un numerus clausus de hechos reveladores se presenta también en el sistema español actualmente vigente. Hay quienes lo estiman conveniente, tanto por ofrecer la certeza jurídica de que el acreedor sólo puede fundamentar su solicitud en alguno de los hechos reveladores tipificados por el legislador, como un medio para evitar ejercicios abusivos para llevar a la apertura forzada del concurso⁵⁶.

Las soluciones a estas cuestiones por parte del Derecho comparado son bastante amplias, e incluso en algunos ordenamientos se pretende evitar el concurso (o, en su caso, propiciar su pronta apertura), mediante la creación de ciertos mecanismos de alerta. Damos cuenta de algunos de ellos a continuación:

(i) La ampliación del presupuesto objetivo del concurso

En el ordenamiento italiano, el presupuesto objetivo está configurado lisa y llanamente por la insolvencia, en términos que el artículo 5º de la Legge Fallimentare dispone: "El empresario que se encuentra en estado de insolvencia es declarado fallido. El estado de insolvencia se manifiesta con incumplimientos u otros factores exteriores, los cuales demuestran que el deudor ya no se encuentra en situación de satisfacer regularmente sus obligaciones propias"⁵⁷.

La Corte de Casación italiana ha definido más puntualmente la insolvencia como el estado de impotencia funcional y no transitoria de satisfacer las obligaciones contraídas por la empresa y se expresa, según una tipicidad deducible

⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema, de fecha 9 de marzo de 2011, bajo el Rol Nº 8.057-2010, disponible en la base de datos LegalPublishing bajo el número 48207.

⁵⁶ Antón, "Los problemas", cit. nota n. 19, p. 89.

⁵⁷ Traducción del autor.

de los datos de la experiencia económica, en la incapacidad de producir bienes con suficientes márgenes de rentabilidad para dar cobertura a las exigencias de la empresa y, entre estas, en primer lugar, a la extinción de la deuda; y en la imposibilidad de recurrir al crédito en condiciones normales y sin estar constreñido a efectuar una reducción patrimonial⁵⁸.

El elemento a destacar de esta solución se refiere no sólo a la aceptación de una noción muy amplia de la noción de insolvencia –y la superación de todo el debate doctrinal en torno a la idea de la cesación de pagos⁵⁹– sino también a la radical separación entre el presupuesto objetivo y los medios para comprobar su existencia. Como indica Fiale, la insolvencia sólo adquiere relevancia jurídica cuando se manifiesta externamente, de modo tal que el procedimiento concursal no se inicia por la sola existencia de tal estado, sino por su manifestación⁶⁰. El propio ordenamiento italiano da carta abierta a los acreedores para comprobar ante los tribunales de la existencia de tal insolvencia, aunque el propio artículo 5º de la *Legge Fallimentare* antes citado haga referencia específica a los incumplimientos por parte del empresario.

Ahora bien, y sin perjuicio del extenso debate sobre este punto en el Derecho chileno, hay un nuevo ingrediente que cabe considerar en nuestro ordenamiento jurídico: el artículo undécimo de la Ley N° 20.416, de 3 de febrero de 2010, que Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño, regula todo un sistema de reorganización o cierre de micro y pequeñas empresas en crisis. A este respecto, por el momento sólo nos interesa hacer referencia al presupuesto objetivo que da lugar a la aplicación de tal normativa, referido al estado de insolvencia del deudor (artículo 2º)61. Huyendo de la nomenclatura utilizada por el Libro IV del Código de Comercio, el legislador prefiere atender expresamente a la teoría amplia de la cesación de pagos, entendiendo por "estado de insolvencia", la "imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones".

No debe acreditarse, entonces, la existencia de incumplimientos, sino únicamente la imposibilidad de pago, cualquiera sea su causa. Pero obsérvese que la iniciativa del procedimiento especial se entrega únicamente al deudor, a quien se le exige la presentación de un requerimiento acompañado de uno o más

⁵⁸ Sentencia de la Corte de Casación de 28 de junio de 1985 (N° 3.877).

⁵⁹ Aunque Sandoval, *Derecho Comercial*, cit. nota n. 2, p. 41, advierta que "No es esencialmente diferente el sistema italiano de la insolvencia del sistema francés de la cesación de pagos, conforme a la interpretación o teoría amplia, por cuanto en ambas la causa de la quiebra es un estado general: estado patrimonial".

⁶⁰ Fiale, Aldo, *Diritto Fallimentare*, Edizione Giuridiche Simone, Nápoles, 2010, p. 76.

⁶¹ Alguna referencia adicional debe hacerse a la idea de insolvencia planteada por el artículo 79 del Decreto con Fuerza de Ley N° 251, sobre Compañías de Seguros, aun cuando éste no otorgue un concepto acabado de la misma. Vid. Román, Instituciones, cit. nota n. 2, p. 121.

antecedentes que acrediten que se encuentra en una situación de insolvencia (artículo 16). A diferencia de un supuesto de insolvencia potencial, sin embargo, este procedimiento parece tener el carácter de obligatorio (el propio artículo 16 utiliza la palabra "deberá"), y sólo de este modo se suspende el inicio del plazo previsto en el artículo 41 del Libro IV del Código de Comercio.

(ii) La apertura del procedimiento en virtud de una "insolvencia inminente"

Una de las innovaciones de la *InsolvenzOrdnung* alemana de 1994 fue la introducción del concepto de la insolvencia inminente (§18 *InsO*), a efectos de permitir al deudor solicitar anticipadamente la apertura del concurso, y así, en la lógica, evitar la ocurrencia de sus perniciosas consecuencias acudiendo a la solución concursal. Para estos efectos, existirá amenaza de insolvencia (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*) cuando el deudor estime que no estará en condiciones para cumplir con sus obligaciones de pago a su vencimiento.

Esta técnica es replicada, en cierto modo, por el Derecho español, a modo que el artículo 2.3 LC dispone que "Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones".

En ambos casos, se trata de una solución sólo abierta para situaciones de concurso voluntario. La justificación, indica Pulgar, se encontraría en que nadie conoce mejor la situación económica del deudor que él mismo, de forma que, en un ejercicio de autoexamen, puede detectar la inminencia de la insolvencia⁶². Nos parece, conjuntamente con lo anterior, que el análisis debe ser un poco más profundo dado que tal justificación puede desvirtuar –en el extremo– todo supuesto de concurso necesario ante la imposibilidad de los acreedores de tener un conocimiento real y completo de la situación económica del deudor.

Creemos, entonces, que posibilitar la apertura del concurso basado en la inminencia de un estado patrimonial insolvente no puede ser dejado en manos de los acreedores, puesto que ello implicaría ofrecer a éstos una herramienta de presión en tiempos en los que el deudor aún puede buscar medios alternativos de solución (preventiva) de su situación patrimonial. Ello justifica también que la apertura del concurso basada en una insolvencia inminente no se presente como una carga para el deudor, sino como una mera facultad. El deudor sólo barajará el inicio del concurso para el caso que estime que no existen otras

_

⁶² PULGAR, Juana, *La Declaración del Concurso de Acreedores*, La Ley – Actualidad, Madrid, 2005, p. 381.

alternativas viables (probablemente por medio de acuerdos extrajudiciales o de modificaciones en su estrategia de negocios), pero probablemente no será naturalmente proclive a la solución concursal por la radicalidad de sus efectos y por la posible pérdida de la administración de su negocio.

En el ordenamiento chileno, esta posibilidad sólo ha encontrado expresión en el procedimiento especial de reorganización de micro y pequeñas empresas en crisis tratado en la referida ley Nº 20.416, al disponer que "Si la persona a la que se le aplica esta ley estimare fundadamente que dentro de los tres meses siguientes pudiese encontrarse en estado de insolvencia, podrá someterse voluntariamente a los procedimientos que se establecen en los artículos siguientes..." (artículo 2º, inciso segundo).

La situación de insolvencia potencial, a diferencia del estado actual al que se refiere el primer inciso de la citada norma, queda nuevamente entregada a la iniciativa exclusiva del deudor, pero también se agrega el carácter facultativo de su ejercicio. En otras palabras, el deudor que atisba la posibilidad de insolvencia puede emprender medidas diferentes para su solución, o someterse voluntariamente a este procedimiento especial. Ahora bien, elegido éste, agrega la propia norma, se considerará irrevocable para todos los efectos legales.

(iii) Los sistemas de alertas

Se trata de una solución planteada con bastante insistencia en el ordenamiento francés, especialmente a partir del denominado "Informe Sudreau", de 1975, que terminó plasmándose en la ley de 14 de marzo de 1984, en que se quiebra la tendencia del derecho concursal a efectos de poner especial atención en la necesidad de crear un derecho de prevención de la insolvencia.

Un sistema de alertas, nos advierte Román, debe ser fruto de información adecuada, de manera de poder adoptar medidas correctivas antes de que las dificultades se transformen en crisis⁶³. Pero, precisamente por ello, y en respeto del secreto que normalmente rige la gestión comercial, la configuración de esta clase de medidas debe construirse sobre una estructura bastante compleja de órganos encargados de supervigilar las cuentas y actividad del deudor. Por ello, la legislación francesa no inserta los mecanismos de alerta internos en el marco de los procedimientos concursales, sino, dado su carácter preventivo, en sede de regulación del funcionamiento de las sociedades mercantiles (Libro II, Título III del Capítulo IV del Código de Comercio)⁶⁴.

⁶³ Román, "Proposiciones", cit. nota n. 5, p. 6.

⁶⁴ Para una explicación general de este mecanismo, *vid*. Cabello Sanhueza, Soledad, "Sistemas de prevención de crisis en empresas concesionarias de obras públicas", en *AA.VV., Salvamento de las Empresas en Crisis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 241-246.

Una primera idea supone entregar la generación de esta alerta a quienes se encuentran en posición de conocer la existencia de la inminencia de los problemas financieros (auditores de cuenta). Se pretende instaurar, en definitiva, un sistema interno que genere un diagnóstico de la situación de la empresa (y, en razón de éste un movimiento a la solución), normalmente dirigido a los órganos encargados de la gestión de la sociedad (artículo L. 234-1 del Código de Comercio francés)⁶⁵. Sin embargo, el carácter necesariamente interno de la alerta ha sido modificado en el sistema francés a partir de las leyes de 10 de junio de 1994 y de 26 de julio de 2005, en razón de la necesidad de informar al Presidente del Tribunal de Comercio, tanto de los acuerdos tomados por el consejo de administración o el consejo de supervisión (en razón de la alerta del auditor de cuentas) como de los resultados de la asamblea general, si el auditor de cuentas compruebe que los acuerdos tomados no permiten asegurar la continuidad de la gestión⁶⁶.

Una segunda idea se refiere al presupuesto objetivo que puede dar lugar a una alerta. El referido Capítulo IV se refiere continuamente a la noción de los "hechos que puedan comprometer la continuidad de la explotación", sin dar mayores luces sobre su contenido. En cualquier caso, debemos asumir que estamos en una sede preconcursal, de modo que no debe esperarse estar en una situación de cesación de pagos, pero se ha pretendido crear un concepto lo suficientemente amplio (no necesariamente contable) a fin de que el auditor de cuentas considere que existan antecedentes que puedan hacer razonablemente prever la existencia de un desequilibrio financiero que ponga en riesgo el valor del going concern de la empresa⁶⁷.

En nuestro Derecho, no parecen haber sistemas de alerta a supuestos de potencial insolvencia para la generalidad de los deudores. Un régimen particular existe respecto a ciertas sociedades especiales que, por su magnitud, requieren de una mayor estabilidad financiera. En estos términos deben leerse

⁶⁵ La legislación francesa ha creado otros mecanismos de alerta, iniciados por el comité de empresa o los delegados del personal (artículo L. 432-5 del Código del Trabajo francés), cuando se conocen hechos que, por su naturaleza, pueden afectar de modo preocupante la situación económica de la empresa; y de los asociados en una sociedad de responsabilidad limitada, quienes, dos veces por cada ejercicio, pueden plantear por escrito preguntas al gerente sobre cualquier hecho que pueda comprometer la continuidad de la explotación, cuya respuesta debe ser notificada al auditor de cuentas (artículo L. 225 – 36 del Código de Comercio francés).

⁶⁶ Asimismo, el artículo L. 611-2 del Código Comercio francés, ya en el marco de las reglas de prevención de las dificultades de la empresa, confiere al presidente del Tribunal de Comercio la facultad de convocar a los dirigentes de una sociedad mercantil, una agrupación de interés económico o una empresa individual, comercial o artesanal, cuando de un acto, documento o procedimiento se desprendiera que está atravesando dificultades susceptibles de comprometer la continuidad de la explotación.

⁶⁷ JACQUEMONT, André, *Droit des Enterprises en Difficulté*, LexisNexis, Paris, 2009, p. 35.

las normas del Decreto con Fuerza de Ley N° 3, que fija el texto de la Ley General de Bancos⁶⁸, y el Decreto con Fuerza de Ley N° 251, de 1931, sobre Compañías de Seguros⁶⁹.

Pero no podemos estimar como tales las reglas del artículo 101 de la Ley Nº 18.046, sobre Sociedades Anónimas. Dicho artículo sólo supone el deber del directorio de la sociedad que ha cesado en el pago de una o más de sus obligaciones (o que ha sido declarada en quiebra por resolución ejecutoriada) de citar a junta de accionistas para informar ampliamente sobre la situación legal, económica y financiera de la sociedad. Este deber de información se extenderá a dar cuenta de la cesación de pagos a la Superintendencia, en caso de tratarse de una sociedad anónima abierta, deber que, en este caso, se radica en el gerente y, sólo a su falta, en el Directorio.

De la redacción de la norma aparece de manifiesto que se trata de información que se da sobre hechos consumados, y, particularmente respecto a las sociedades anónimas abiertas, la comunicación a la Superintendencia de Valores y Seguros ya no está dirigida –como en el sistema imperante con anterioridad a la ley N° 18.046– a obtener un pronunciamiento sobre la solvencia de las empresas y, de ningún modo, a consagrar un régimen preventivo⁷⁰.

3. La apertura temprana del concurso

3.1. Planteamiento del problema

A la inversa de lo que ocurre con la apertura tardía del procedimiento concursal, la cuestión sobre los problemas de un inicio temprano no ha tenido un interés mayor por parte de la doctrina comparada. Hay en ello una descompensación evidente (que necesariamente se traslada a la extensión del presente artículo en lo que a ella se refiere), probablemente justificada en que, en los hechos, son escasas las situaciones en las que el deudor o los acreedores se apresuran en dar inicio al concurso (atendidas las circunstancias ya explicadas en el epígrafe anterior). Ello dependerá, nuevamente, de la forma en que se configura la causa y procedimiento de entrada al concurso, y de si estos elementos se asocian necesariamente a una situación de incapacidad objetiva de pagos.

Sobre el particular, cabe aclarar al menos dos aspectos: en primer término, que la anticipación a la apertura normalmente se producirá por la laxitud

⁶⁸ Bajo el Título XV, denominado "Medidas para Regularizar la Situación de los Bancos y su Liquidación Forzosa". Vid. Puga, *Derecho Concursal*, cit. nota n. 2, pp. 93-112.

⁶⁹ Normativa que no sólo reacciona en supuestos de insolvencia, sino previamente en casos de déficit patrimonial (artículos 65 a 67), déficit de inversiones o sobreendeudamiento (artículos 68 a 71), o ambos (artículos 72 y 74). *Vid.* Román, *Instituciones*, cit. nota n. 2, pp. 118 – 121.

⁷⁰ Puga, *Derecho Concursal*, cit. nota n. 2, p. 118.

legislativa en solucionar los problemas de la apertura tardía. Sea porque se han creado incentivos demasiados poderosos a las partes involucradas (que preferirán la vía concursal por las ventajas que de ella obtienen), sea porque el presupuesto objetivo se ha ampliado de tal modo que cualquier alerta, por mínima que sea, puede dar origen a la solución colectiva.

En segundo término, ello es probablemente un error por parte del legislador en cuanto la solución concursal sólo debe presentarse, en lógica económica, cuando por medio de la colectivización de los intereses se logra un mejor resultado que mediante la ejecución individual (normalmente relativo a la protección de la empresa o protección del "going concern"), y, ya desde la lógica jurídica, como recurso de última ratio, a fin de no liquidar innecesariamente una unidad económica o, con igual importancia, no someter al deudor a una estigmatización innecesaria producto del concurso.

Así, las repercusiones de los procedimientos concursales son tan vastas –tanto legalmente como en los hechos– que no parecen existir justificaciones suficientes como para abrir las puertas del concurso a cualquier situación de incumplimiento (o potencial incumplimiento) de las obligaciones. Recuérdese a este respecto que, pese a los intentos del legislador, el estigma de la insolvencia es una realidad, de manera que propiciar aperturas de concurso antes de tiempo puede terminar por hundir la reputación comercial del deudor cuando ello aún no es necesario.

3.2. Soluciones para evitar la apertura temprana del concurso

Conjuntamente con la idea de no generar supuestos jurídicos o incentivos demasiado amplios como para promover la apertura de los procedimientos concursales, nuestro legislador parece centrarse en este aspecto mediante la creación de sistemas de desincentivos para los acreedores. Usualmente no será el deudor quien desee promover el inicio de las soluciones colectivas (al menos en nuestro sistema, en que tan escasos incentivos se le otorgan para ello), sino los acreedores que podrán utilizar la amenaza del ejercicio de las acciones concursales a efectos de presionar un determinado comportamiento por parte del deudor.

En nuestro ordenamiento jurídico, son al menos dos las herramientas a las que echa mano el legislador para estos efectos: (a) la responsabilidad del acreedor instante del concurso, y (b) la exigencia de boletas de garantía o vale vista.

a. La responsabilidad del acreedor peticionario del concurso

Al respecto, el inciso tercero del artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, dispone que "Si la solicitud fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste

ha procedido culpable o dolosamente"⁷¹. Obsérvese que la acción de indemnización de perjuicios derivada del ejercicio doloso o culpable de la acción de petición de quiebra sólo parece tener lugar para el caso en que la solicitud sea rechazada⁷².

El tenor literal genera una inquietud interpretativa puesta de manifiesto por Gómez Pinto y, luego, por Gómez Balmaceda y Eyzaguirre, al declarar que esta acción de perjuicios tendrá lugar para el caso en que la quiebra, habiendo sido declarada, resulta finalmente revocada (entendemos, mediante el expediente del denominado "recurso de reposición especial" del que tratan los artículos 56 y siguientes del Libro IV del Código de Comercio)⁷³. La argumentación de los referidos autores se basa principalmente en fundamentos históricos (de la comparación con la norma prevista en el artículo 1.351, inciso quinto, del Código de Comercio original)⁷⁴ y del hecho de que los efectos nocivos del concurso (el estigma de la quiebra) sólo se producirían a consecuencia de la sentencia de declaratoria de quiebra (especialmente si se considera el consenso sobre la ausencia de una quiebra virtual en nuestro ordenamiento).

Sobre el particular, nos parece que dicha interpretación parece restringir el alcance de esta acción. Al respecto, creemos que es posible concebir la existencia de perjuicios al deudor por el sólo hecho de la solicitud, incluso en el caso de que esta sea rechazada y la quiebra nunca sea declarada, aunque debamos coincidir con los citados autores en que los efectos más cruciales y definitorios de esta clase de concurso nacen de la declaratoria de quiebra. Pero el problema se mantiene en cuanto al estigma: el sólo hecho de la solicitud de quiebra, aunque finalmente desechada, podrá encender las alarmas del resto de los acreedores y podrá dejar al deudor en medio de un círculo vicioso del que tardará en salir. Imagínense simplemente las dificultades en conseguir financiamiento si se conoce la sola existencia de una solicitud de quiebra.

⁷¹ Para una revisión de soluciones comparadas sobre este punto, vid. Gómez Pinto, Rafael , "El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el Derecho comparado", *Actualidad Jurídica*, 2003, N° 7, pp. 138-140.

⁷² En comparación, el sistema español ofrece una solución de responsabilidad objetiva, sirviendo como "auténtico factor disuasorio para el solicitante del concurso pues, al contrario de lo que ocurre con las costas, su exigencia nace automáticamente con la sola petición del deudor…" *Vid.* ΑΝΤΌΝ, "Los problemas", cit. nota n. 19, p. 106.

⁷³ GÓMEZ PINTO, "El juicio", cit. nota n. 71, pp.141 – 142, y GÓMEZ BALMACEDA y Eyzaguirre, *Derecho de Quiebras*, cit. nota n. 2, pp. 202-204.

⁷⁴ Norma que disponía lo siguiente: "Desechada la solicitud de quiebra, el deudor podrá demandar indemnización de daños y perjuicios al acreedor que hubiere provocado la declaración de quiebra, probando que éste ha procedido culpable o dolosamente".

Esta circunstancia de hecho debe ser de alguna manera apoyada por el texto legal: la norma original del artículo 1.351 del Código de Comercio efectivamente se refería a la declaratoria de quiebra, pero sólo a efectos de referirse al acreedor que hubiese instado a ella (el "acreedor peticionario"), sin exigir que la quiebra hubiese sido declarada, sino sólo que se hubiese desechado la solicitud. Por su parte, la ubicación del artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio (que, dicho sea de paso, eliminó toda referencia a la resolución que declara la quiebra) se encuentra en el contexto de los trámites previos a tal declaración, y no a lo que ocurre una vez se haya dictado la correspondiente resolución que, habida cuenta de la reposición especial, deja sin efectos la declaratoria de quiebra.

b. La exigencia de boleta bancaria o vale vista

Esta exigencia se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 44 del Libro IV del Código de Comercio, de modo que, para la procedencia del ejercicio de la acción, el acreedor peticionario debe acompañar a la solicitud vale vista o boleta bancaria a la orden del tribunal por una suma equivalente a cien unidades de fomento.

La razón de ser de dicha exigencia, nos indica la propia norma, es subvenir a los gastos iniciales de la quiebra. Sin embargo, parece que, en su raíz, se encuentra la idea de que sólo los acreedores titulares créditos de determinada envergadura e importancia puedan dar inicio al procedimiento de ejecución colectiva⁷⁵. Ello porque la suma parece antojadiza, y no refleja necesariamente la entidad de los gastos iniciales, que variarán según sea el tipo de deudor, y porque aun cuando el propio legislador le otorgue a este nuevo crédito la preferencia establecida en el número 4 del artículo 2472 del Código Civil, ello no parece ser garantía suficiente para el acreedor instante.

Puga es aún más extremo en su juicio sobre este requisito, al señalar que "Esta exigencia es un atentado contra los fines de la quiebra, una impudicia jurídica"⁷⁶. Y en ello estamos de acuerdo en tanto el propio legislador parece olvidar que del ejercicio de la acción de quiebra trasunta un interés colectivo (se trata, como se señala frecuentemente, de una tutela colectiva), de modo que no parecen haber suficientes argumentos como para cargar al acreedor peticionario con este requisito, que logrará inhibir la puesta en marcha del concurso, aunque parezca conveniente su inicio. Sólo se entiende como un sistema de desincentivo, pero cabe preguntarse si es el adecuado.

⁷⁵ Obsérvese además que este requisito sólo se plantea a título de la solicitud de quiebra, y no es extensivo a la solicitud del acreedor a efectos que el deudor presente proposiciones de convenio judicial preventivo, en los términos del artículo 172 del Libro IV del Código de Comercio.

⁷⁶ Puga, *Derecho Concursal*, cit. nota n. 2, p. 267.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN, Javier, "Los problemas en la declaración del concurso necesario", en AA.VV., Los Problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (dir. Emilio Beltrán y Pedro Prendes), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 79-111.
- BAEZA OVALLE, José Gonzalo, *Derecho Concursal. Procedimiento de Liquidación de Bienes. La Quiebra*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2011.
- BAIRD, Douglas G. y JACKSON, Thomas H., Cases, Problems and Materials on Bankruptcy, Little Brown, Boston, 1985.
- Beltrán Sánchez, Emilio, "El nuevo Derecho Concursal español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIII, 2007, pp. 464-490.
- _____, "La regularidad en el cumplimiento de las obligaciones, el estado de insolvencia y la función del concurso de acreedores", *Anuario de Derecho Concursal*, N° 11, 2007, pp. 29-52.
- ______, "La defectuosa concepción del presupuesto objetivo", en AA.VV., Los Problemas de la Ley Concursal. I Congreso Español de Derecho de la Insolvencia (dir. Emilio Beltrán y Pedro Prendes), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 69 -78.
- Bermejo, Nuria, Créditos y Quiebra, Civitas, Madrid, 2002.
- Bisbal, Joaquim, "La insoportable levedad del Derecho concursal", Revista de Derecho Mercantil, N° 214, 1994, pp. 843-872.
- Cabello Sanhueza, Soledad, "Sistemas de prevención de crisis en empresas concesionarias de obras públicas", en *AA.VV., Salvamento de las Empresas en Crisis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 231-271.
- Contreras Strauch, Osvaldo, *Insolvencia y Quiebra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.
- FIALE, Aldo, Diritto Fallimentare, Edizione Giuridiche Simone, Nápoles, 2010.
- Garrido, José María, "El privilegio del acreedor instante de la quiebra", Revista de Derecho Mercantil, N° 206, 1992, pp. 799-818.
- Goldenberg Serrano, Juan Luis, "Los acuerdos extrajudiciales en la legislación concursal", *Revista de Derecho de la Empresa*, Nº 20, 2009, pp. 73-100.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, *El Derecho de Quiebras*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011.
- Góмеz Pinto, Rafael, "El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el Derecho comparado", *Actualidad Jurídica*, N° 7, 2003, pp. 129-146.
- Jackson, Thomas H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

- Jackson, Thomas H. y Scott, Robert E., "On the nature of bankruptcy: An essay on bankruptcy sharing and the creditors' bargain", *Virginia Law Review*, Vol. 75, N° 2, Symposium on the Law and Economics of Bargaining, 1989, pp. 155-204.
- JACQUEMONT, André, *Droit des Enterprises en Difficulté*, LexisNexis, París, 2009.
- Moya Plaza, Wildo, "Algunas consideraciones sobre el estado de insolvencia frente a los procedimientos concursales", Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, 2001, N° 5, pp. 115-128.
- Núñez OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás, "La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho", *lus et Praxis*, Año 17, Nº 1, 2011, pp. 139-176.
- Palma Rogers, Gabriel, *Legislación de Quiebras*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1959.
- Peinado Gracía, Juan Ignacio, "Cooperación y pillaje en el concurso", *Estudios de Derecho Concursal* (coord. Juan Ignacio Peinado Gracia y Francisco Javier Valenzuela Garach), Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 13-39.
- Puelma Accorsi, Álvaro, *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971, pp. 46-53.
- Puga Vial, Juan Esteban, *Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.
- ______, *Derecho Concursal. El Convenio de Acreedores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- Pulgar, Juana, *La Declaración del Concurso de Acreedores*, La Ley Actualidad, Madrid, 2005.
- ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo, "Proposiciones de convenio exigidas por el acreedor", Seminario de "Ley de Quiebras Convenios", celebrado el 14 y 16 de marzo de 2006, organizado por el Colegio de Abogados de Chile A.G, Santiago de Chile, 2006.
- ______, Instituciones de Derecho Concursal. Las Causales de Quiebra. La Sentencia de Quiebra, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.
- Salas V., Julio y Oberg Y. Héctor, "Acción Ejecutiva y Acción de Petición de Quiebra (Compatibilidad e incompatibilidad de su ejercicio)", Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nº 182, 1987, pp. 7-16.
- Sandoval López, Ricardo, *Derecho Comercial. La Insolvencia de la Empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- Silva Bascuñán, Alejandro, "La quiebra como juicio de cobro de pesos", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LV, 1958, pp. 1-12.

- Varela Varela, Raúl, "De la insolvencia del deudor y de la legitimación del demandante para accionar, como presupuestos necesarios de la declaración de quiebra", Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXVI, 1969, pp.149 y 158.
- Warren, Elizabeth, *Chapter 11: Reorganizing American Business*, Aspen Publishers, Nueva York, 2008.
- ZALAQUETT DAHER, José, *La Causa de Declaratoria de Quiebra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968.