



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

Baeza Ovalle, José Gonzalo

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO CONCURSAL

Revista Chilena de Derecho, vol. 38, núm. 1, abril, 2011, pp. 33-56

Pontificia Universidad Católica de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177019201003>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO CONCURSAL

JURIDICAL NATURE OF THE BANKRUPTCY PROCEEDINGS

JOSÉ GONZALO BAEZA OVALLE*

RESUMEN: En función de proteger un bien jurídico superior –el orden público económico, amenazado por la insolvencia de un deudor–, el legislador ha desarrollado sistemas de estabilización cuya implementación pasan por suspender o terminar garantías constitucionales individuales específicas. La pregunta formulada desde larga data y sin una solución uniforme consiste en determinar la naturaleza jurídica de ese emprendimiento.

Palabras clave: orden público económico, concurso de acreedores, insolvencia.

ABSTRACT: Aimed to protect a higher right –the public economic order, threaten by the insolvency of the debtor–, the legislator has developed a stabilization system which implementation is basically a matter of suspending or terminating specific individual constitutional rights. The question, that has been asked from centuries without an harmonic solution, points to understand the juridical nature of that procedure.

Key words: public economic order, creditors' meeting, insolvency.

1. INTRODUCCIÓN

En torno a la naturaleza de los concursos, existen tantas explicaciones como autores hayan destinado su tiempo para analizarlos, cuestión bastante reiterativa en diversas materias concernientes al derecho comercial como ocurrió, por ejemplo, con el estéril esfuerzo efectuado por entregar algún concepto sobre lo que era el “acto de comercio”.

Difícilmente podrían haber logrado una determinación del género próximo y diferencia específica en una creación que no respondía a otra realidad que no fuera la invención del legislador, ante una coyuntura histórica particular que así lo requería.

De allí que, en ese ámbito y sin ambages, nos pareció atendible utilizar un acercamiento tautológico (inaceptable en cualquiera estructuración conceptual, salvo en esta situación), al acotar que los “actos de comercio” son aquellos que el legislador considera como tales, desde que no hay otro elemento uniforme de comunicación o relación entre ellos.

De una manera parecida al caso de los “actos de comercio”, pensamos que por buscar soluciones trascendentes, siguiendo el sistema habitual de estructurar principios jurídicos en nuestra forma latina de abordar el asunto, son preteridas o pasan desapercibidas cuestiones obvias por resultar poco complejas y, a nuestro modo de ver, demasiado evidentes.

* Abogado, Doctorando en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Profesor de Derecho Comercial en la Universidad Bernardo O'Higgins. Email: baezaabogados@vtr.net.

Atendido lo anterior es que el esfuerzo por elaborar una estructuración conceptual que, no necesariamente guarda relación con las doctrinas procesales tradicionales, de forma alguna da lugar a un emprendimiento inteligente. Más bien estimamos posible alcanzar el éxito manteniendo una rigurosidad formal en el método, sin olvidar etapas o preterir aspectos que, en una primera aproximación, pudieran parecer irrelevantes.

Eso intentaremos efectuar en este trabajo que aborda, de modo por demás resumido dadas las limitaciones de espacio que nos son impuestas, aspectos básicos en cuanto al origen económico e histórico de los concursos y su propósito ideal, para analizar sumariamente las regulaciones chilenas en cuanto a la apertura de los concursos que, desde un inicio, a título de hipótesis, nos parece revelador de su naturaleza.

2. EFECTO MULTIPLICADOR DEL INCUMPLIMIENTO COMERCIAL

Los comerciantes, obedeciendo al devenir propio de su actividad, discurren y continúan discurriendo nuevos instrumentos, mecanismos y actos jurídicos en miras de atender a la finalidad de mejorar las condiciones de facilidad de acceso, seguridad, certeza y eficiencia en el flujo comercial que es el sino de su labor.

Ese sistema de flujo o circulación de bienes y servicios, que por medio de la utilización de mecanismos nuevos, no tan nuevos y definitivamente antiguos, persigue ser más eficiente y seguro para las transacciones, tambalea iniciando un camino de crisis y debilidad creciente, toda vez que uno o más comerciantes, en quienes sus acreedores depositaron la confianza que cumplirían sus obligaciones en tiempo y forma, dejan de hacerlo, sin importar la razón que los lleve a adoptar tal línea de comportamiento, cuyo no es el punto, por ahora.

En esta situación podríamos encontrarnos en el caso, utilizando los términos de Carlos Concha Gutiérrez¹, que el deudor no quiera, o sencillamente no pueda atender el cumplimiento de su obligación, evento que hace manifiesta su insolvencia.

Para los fines de este estudio, no reviste mayor importancia las causas y eventuales responsabilidades que determinaron o pudieron determinar el o los incumplimientos de los cuales venimos hablando. Más bien son interesantes las derivaciones objetivas que pueden provocar, en el ámbito micro y macroeconómico, los susodichos incumplimientos.

Esas derivaciones podríamos inscribirlas, para el propósito de su análisis y atendiendo a que dan lugar a un mecanismo similar aun cuando en dirección diversa, a lo que en el ámbito económico es conocido como efecto multiplicación de la inversión.

Ese fenómeno se hace consistir en lo que ocurre con una unidad de valor destinada a la inversión, de la cual deriva un porcentaje para solventar el factor remuneración o trabajo, en general, constituyendo dicho incremento retributivo un elemento que repercute en la demanda y, por ende, presionando la oferta, usualmente da lugar a la creación de nuevos incentivos para invertir determinado, en un grado no menor, por el juego o distribución de la propensión marginal al consumo y al ahorro, respectivamente, que

¹ CONCHA (1971) p. 9.

varían dependiendo del nivel de ingreso del agente económico y mercado en que se encuentre inserto.

El esfuerzo destinado a crear más y mejores emprendimientos para sustentar el hacer comercial, permite estructurar una realidad económica que podemos inscribirla y entenderla como **un círculo virtuoso**, desde que nuestra preocupación central en el contexto descrito pasará por incrementar los bienes en miras de arribar a un alto grado de satisfacción de las necesidades de las personas y, en último término, generar más riqueza, beneficiando a toda la sociedad.

Algo parecido pero, como advertíamos, en sentido inverso, acontece en el universo que ocupa nuestra observación, toda vez que eventos como la cesación de pagos, los incumplimientos y eventuales insolvencias, son avatares que forman parte de la trama económica y juego comercial, cuya consecuencia más perniciosa consiste en que pueden arrastrar a otros agentes que participan en ese juego del mercado a una situación financiera difícil similar a la del primero que contrajo la enfermedad, por exponerlo de un modo más próximo a nuestra vida cotidiana.

De esta manera, el contrapunto natural de esa figura que nos embeleza, que hicimos consistir en el efecto multiplicador de la inversión, quedará conformado por **un círculo vicioso**, traducido en el resentimiento o paralización del impulso inspirador de la inversión, como un subproducto de los hechos explicados que, bajo estos respectos, obviamente dan lugar al surgimiento de un fenómeno de connotación negativa.

Consideramos sencillo concebir, bajo el esquema descrito, que al enfrentar una paralización productiva de la inversión o capacidad instalada, inexorablemente, el mercado mostrará una tendencia creciente hacia una caída en la ocupación. Esa reacción conlleva un regreso considerable del monto general de las remuneraciones de todos aquellos que estaban aplicados al esfuerzo creador de riqueza, traducido en la producción de bienes y prestación de servicios, ahora detenido, reducido o, al menos, entrabado. De esto último, sobreviene consecuentemente, una disminución progresiva de la demanda, para concluir, finalmente, en la gestación de un desincentivo para alentar nuevas inversiones, impulsado por la baja perspectiva y seguridad ofrecida por el medio económico.

En ese contexto creemos justificado hablar del afloramiento de un **"círculo vicioso"** que origina un claro incentivo para no invertir e incluso puede alcanzar los extremos de generar un incentivo para desinvertir, afectando la capacidad productiva instalada.

El resultado de esta secuencia causal queda traducido en una progresión acelerada que, para conservar la consistencia expositiva, consideramos pertinente bautizar como el **"efecto multiplicador del incumplimiento comercial"**, que inspiró el título de este capítulo.

El escenario de inestabilidad resultante de una cadena de incumplimientos como el descrito conduce a los agentes económicos a propender hacia el retiro de su inversión en los mercados que exhiben semejantes inestabilidades o debilidades, optando por alternativas que privilegien la liquidez por sobre la inmovilidad de los activos, en términos que sostengan una situación que les permita escapar, con la mayor rapidez, de ese escenario en el evento de encarar un colapso mayor.

Lo expuesto recibió su aplicación y demostración práctica más dolorosa en todas y cada una de las recesiones mundiales severas, como la de 1920, también la de 1930, invariablemente caracterizadas con las "corridas bancarias" y, la más cercana en el tiempo, la crisis financiera mundial desatada en el año 2008, que fue denominada "*subprime*".

Este último desequilibrio financiero fue atribuido, en lo inmediato, al incumplimiento de obligaciones asumidas por los deudores hipotecarios en Estados Unidos de América, unido a lo que bien podríamos denominar engaño financiero, traducido en la transferencia de esos créditos hipotecarios con una calificación de solvencia de esos deudores que no correspondía a la realidad, hecho conocido por los cedentes y acreedores originarios, vale decir, las instituciones financieras que estuvieron dispuestas a llevar adelante las operaciones crediticias e incentivadas en esa determinación por malas políticas de la autoridad monetaria de ese país del Norte.

Como tratamos un fenómeno reciente que incluso todavía estamos viviendo en sus postreras consecuencia, pagando el precio correspondiente por cierto, no consideramos útil y menos prudente explayarnos sobre el tema.

Un análisis tan cercano podría hacernos caer en la tentación de abordar el análisis con falta de objetividad o apresuramiento de juicios, aun cuando, por necesidad expositiva, adelantamos varias aseveraciones, sucumbiendo a la tentación de opinar.

Eso no obsta a que podamos efectuar una observación objetiva del problema en cuanto evidencia la realidad de nuestra percepción respecto a la "*cesación de pagos*", asumido como un elemento gatillante de fenómenos económicos de mayor entidad y extrema gravedad, que pueden desatar, como ocurrió en la especie, una recesión en la economía mundial.

El escenario descrito, consideramos necesario decirlo, es ciertamente indeseado para la sociedad, por lo cual, los sistemas económicos y jurídicos de la mayoría de los países desarrollados contemplan mecanismos de equilibrio o estabilización destinados a ser utilizados en aquellas situaciones en que surgen los círculos viciosos más allá de una cuestión coyuntural, amenazando con instalarse permanentemente en la dinámica del mercado, no siendo la quiebra el mecanismo más idóneo para evitar esas situaciones, como revisaremos, apoyándonos en la legislación francesa, desde que constituyó la fuente original del Código de Comercio de 1865.

3. ACERCAMIENTO A LA CONTINGENCIA JURÍDICA. EL DERECHO CONCURSAL CHILENO

En este punto habremos de detenernos en el tratamiento jurídico dado por el legislador chileno a los concursos.

En el Mensaje que introdujo el Código de Comercio chileno de 1865, ya eran adelantadas las bases de los conceptos que ocuparon las líneas precedentes², en cuanto a

² En el sentido indicado el Mensaje explicaba que las quiebras constituían las materias más difíciles, graves e importantes de cuantas abrazaba la legislación mercantil, no obstante lo cual, había sido descuidada existiendo una dispersión de textos regulatorios contenidos en la ley civil y comercial a la vez, de 8 de

que en los procedimientos concursales, en ese entonces se hablaba solo de "quiebras", quedan comprometidos una triple línea de intereses: los de la sociedad, los de los acreedores y los del deudor. Incluso este último es protegido, no solo en su patrimonio, sino también en el evento que el concurso lo arroje a un estado de necesidad, consagrando en su favor, el derecho de alimentos³.

Pero no solo asume esos respectos los acercamientos conceptuales del Mensaje. También incursiona en los alcances de la definición entregada de la quiebra señalando que no fue construida sobre la base de la descomposición de los elementos de este "hecho complejo, sino mediante la estimación jurídica del hecho material de la cesación de pagos, signo característico de la pérdida absoluta del crédito que causa necesariamente la muerte comercial del negociante; y de este modo se precave el peligro de extraviar la conciencia del juez de comercio, sometiendo a su apreciación meros síntomas o circunstancias sobre cuyo alcance e importancia pudiera equivocarse fácilmente".

El criterio práctico de Gabriel Ocampo al abordar los concursos queda en evidencia al señalar que carece de utilidad crear un estado medio entre solvencia e insolvencia denominada "suspensión de pago" (léase nuestra actual "cesación de pago", concepto recogido y derivado del Code de Commerce de 1830) ya que para determinar si el deudor es efectivamente insolvente sería necesario consumir la venta de todos los objetos que integran su activo, lo que produciría los mismos resultados que la quiebra, por lo cual concluye que basta la cesación de pagos para proceder a la apertura del concurso a menos que los acreedores, por unanimidad, otorguen esperas al deudor común, dejando claro que no lo aplica al comerciante.

Esos conceptos remiten a los artículos 1325 del Código de Comercio (1865) en cuanto dispone: "Quiebra es el *estado* del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles".

En el Code de Commerce francés de 1830 que, posiblemente, tuvo a la vista Gabriel Ocampo para redactar el chileno, con las modificaciones de 1838 a que hace alusión, las regulaciones concursales ocupan el Libro Tercero y en el artículo 660, también utiliza la expresión "*estado de quiebra*" para indicar la situación en que queda un

febrero de 1837, en el capítulo 17 de la Ordenanza de Bilbao, en el Título 32, Libro 11 de la Novísima Recopilación y en otras leyes que contenían los antiguos códigos. Así todo, afirma, que el conocimiento más superficial de todas esas disposiciones bastaba para "convencerse profundamente de su absoluta insuficiencia para proteger eficazmente a los acreedores y al comercio en general contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen las quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor, en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquellas comprometen".

³ Siguiendo esa dirección el Mensaje aclaraba que ese estado de cosas reclamaba urgentemente el abandono de una legislación compuesta de elementos heterogéneos, introduciendo una nueva que fuera capaz de dar sólidas garantías al comerciante de buena fe, prevenir el fraude y "asegurar la persecución y castigo de los que, abusando de la confianza del comercio, buscan la riqueza en el despojo de los que se la han dispensado imprudentemente".

Más adelante hace una expresión de confianza en el buen funcionamiento de la ley francesa de 8 de junio de 1838, que ya exhibía más de 30 años de aplicación, esperando que su implementación lograra disminuir "el número de quiebras, dificultando el buen éxito de las maquinaciones dolosas que, a la aproximación del momento fatal, sugiere la perspectiva de la miseria, o el punible deseo de enriquecerse con la fortuna ajena".

comerciante al "*cesar en el pago*" de una obligación, dado que la simetría entre ambos textos resulta más que evidente.

El artículo 1325 es complementado por el 1326 del Código de Comercio (1865) al preceptuar que "La mera suspensión de pagos no constituye el *estado de quiebra* cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común".

Aclara, finalmente, en el artículo 1327 del Código de Comercio (1865) que "Para constituir el *estado de quiebra* no es menester que la cesación de pagos sea general".

La universalidad propia del concurso la describe señalando que "La quiebra es la personificación del conjunto jurídico de los bienes y deudas del comerciante fallido; y comprende por consiguiente todo cuanto compone su activo y todos sus créditos pasivos, sea que estos provengan de un acto de comercio, sea que nazca de una causa puramente civil".

De esta forma previene en el artículo 1328 del Código de Comercio (1865) que "La quiebra *es un estado indivisible*; i por consiguiente, abraza la universalidad de los bienes i deudas del fallido".

Ahora bien, los problemas surgen a partir de la modificación introducida por la ley 4558 al Código de Comercio chileno al cambiar la expresión "estado de quiebra" por "juicio de quiebra", pretendiendo asignarle un carácter más procesal a las regulaciones concursales, pero utilizando mal e inoportunamente los términos.

Concretamente dispuso: "Artículo 1° El **juicio de quiebra** tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas en los casos y en la forma determinados por la ley".

Obviamente, la quiebra, como lo expresa el Code de Commerce de 1830, es un "estado" no un juicio.

Lamentablemente, los problemas de la legislación concursal chilena surgen desde el instante que intenta separar aguas con su fuente, el Code de Commerce francés, al extremo que en una evolución mucho más atendible que la chilena, el Libro Tercero del Code centra su atención en dos vías y no solo en la posibilidad de liquidar los bienes del deudor fallido.

A partir de las modificaciones introducidas por la ley N° 67-563 de 13 de julio de 1967⁴, al Libro Tercero del Code de Commerce, todavía queda más claro que solicitar la apertura del concurso constituía una obligación impuesta a quien cese en el cumplimiento de sus obligaciones, a partir del artículo 1° que la extiende tanto a comerciantes como a los que no lo son, sean personas naturales o jurídicas. La expresión utilizada por ese cuerpo legal para detonar esa obligación es, específicamente, la "*cesación en el pago de sus obligaciones*"⁵.

⁴ Más adelante revisaremos el Code de Commerce actual, que fue modificado en los años 2004 y 2006, para adecuarlo a la Directriz Europea sobre Concursos, dejando en evidencia un desarrollo acusado de la apreciación y connotación que amerita la actividad empresarial y comercial, como fuente de riqueza y de trabajo, cuestión que no se divisa, ni remotamente, en la legislación concursal chilena vigente.

⁵ El artículo 1° establece exactamente lo siguiente: "Tout commerçant, toute personne morale de droit privé, même non commerçant, qui cesse ses paiements, doit, dans les quinze jours, en faire la déclaration en vue de l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens".

El concurso es abierto con dos propósitos alternativos: le "*règlement judiciaire*" o la "*liquidations de biens*".

El artículo 2° del Libro Tercero del Code de Commerce también aclara que el concurso puede ser abierto, igualmente, a petición de un acreedor e incluso el tribunal puede declararlo de oficio para, finalmente, contemplar en el artículo 3° de ese Libro, la posibilidad de abrir el concurso respecto de un comerciante que ha fallecido en cesación de pagos dentro del año siguiente a su deceso, sea por la declaración de un heredero o la solicitud de un acreedor.

Bajo ningún punto de vista el Code de Commerce califica de "*juicio*" al procedimiento para declarar la quiebra o, más propiamente dicho, decretar la apertura del concurso.

La inadecuación de los términos empleados a partir de la ley 4558, del 4 de febrero de 1929, que introduce la expresión "*juicio*" para aludir al procedimiento puesto en marcha en aras de provocar la apertura del concurso, ha traído aparejadas consecuencias lamentables en la debida inteligencia de esas regulaciones legales.

Analizaremos este tema en los puntos siguientes, separando los dos aspectos que, a nuestro modo de ver, quedan involucrados en el asunto:

Primero, bajo el punto de vista procesal positivo chileno únicamente, pues en el marco doctrinario existe tal diversidad de criterios como igualmente una cantidad importante de errores conceptuales, que difícilmente podríamos resolver este emprendimiento en el espacio asignado para ese efecto, dado que nos obliga a tratar cada uno de ellos con la atención que el leal esfuerzo realizado por cada autor para estructurarlo ha requerido.

Segundo, su aspecto sustantivo, en otras palabras, los derechos comprometidos en la solicitud y como consecuencia de la apertura del concurso.

Con todo, digamos que **Rafael Azerrad**⁶, siguiendo a Joaquín Garrigués asimila "derecho concursal" a "derecho de quiebras".

En ese sentido enseña que "el derecho de quiebras es el conjunto de normas que regulan el procedimiento colectivo de ejecución, basado en los principios de universalidad de juicio y de comunidad de pérdidas".

Francisco García Martínez⁷ postula que la quiebra, desde el punto de vista jurídico, es el conjunto de normas legales que regulan el fenómeno económico de la insolvencia patrimonial.

Con lo cual alcanza un concepto bastante más amplio, que solo es exacto en función al propósito de esas regulaciones y mecanismos ideados para alcanzarlo, explicando a continuación que "esta institución se organiza en miras al propio interés del deudor, acreedores y generales de la sociedad", dejando claro el múltiple destino del procedimiento.

El sentido exacto de esta normativa, vistas así las cosas, pasa por proteger a todos los interesados en la liquidación o continuación de giro, según el caso, tal como lo

⁶ AZERRAD (1979) p. 10.

⁷ GARCÍA (1967) p. 180, Tomo I.

consigna acertadamente, el Mensaje del Código de Comercio redactado por Gabriel Ocampo, como tuvimos ocasión de revisar.

Su finalidad consiste entonces, en la organización general y colectiva de acreedores, a efectos de integrar el patrimonio del insolvente, liquidarlo y repartirlo según el principio fundamental de la **par conditio omnium creditorum**, salvo causa legítima de prelación.

Por su lado, Santiago C. Farsi y Marcelo Gebhardt⁸ acudiendo a Salvatore Satta, explican que la concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis de la empresa, vale decir, la insatisfacción de los acreedores, sea reparada mediante una regulación de todas las relaciones, y no solamente esto sino, además, con un trato igualitario de ellas (*par conditio omnium creditorum*) salvo las causas legítimas de prelación, es decir, que las relaciones concurren al concurso como desiguales.

Desde el punto de vista del deudor, la concursabilidad determina que la regulación alcance a todos sus bienes embargables, porque de ellos el deudor debe extraer los medios para librarse de las deudas.

Junto a esa apreciación, Saúl Argeri⁹ apunta con razón que por eso, dentro de la sistemática legal argentina como de otras legislaciones análogas, el proceso concursal se caracteriza por su unidad, lo que implica universalidad y tiene sostén en el trato con que deben ser medidos los acreedores.

Igualmente, Santiago C. Farsi y Marcelo Gebhardt¹⁰ acotan que la experiencia demostró que era posible llegar al mismo resultado, solucionar las acreencias del deudor, sin la quiebra de este último, sí podía concertarse con este y los acreedores un acuerdo o concordato por el cual difirieran la fecha de los pagos o establecieran quitas.

Esa solución no podía ser condenada al fracaso por la oposición de una minoría e incluso, un solo acreedor, por lo cual surgió el convenio preventivo que determinó los recaudos por los cuales era posible llegar a la solución indicada.

David Supino¹¹, profesor ordinario de la Real Universidad de Pisa, en los años 40, vierte ideas muy aclaratorias al respecto, al enseñar que por la seguridad de las transacciones en general y, en particular, el interés del comercio, las leyes de los varios Estados dictan reglas especiales para el caso que el deudor comerciante se encuentre en la imposibilidad de hacer frente a sus propias obligaciones. **Estas reglas tienden a conservar a los acreedores sus derechos sobre el patrimonio del deudor, y a repartir equitativamente entre ellos el mismo, mediante un procedimiento colectivo que se llama procedimiento de quiebra (fallimento, del latín fallere), o de concurso.**

En Georges Ripert¹² no encontramos una descripción de los procedimientos concursales, sino solo de la quiebra, aclarando que es "la situación legal" de un comerciante que ha cesado sus pagos, lo que es coincidente con el Code de Commerce francés.

⁸ FARSI y GEBHARDT (1987) p. 1.

⁹ ARGERI (1974) p. 184, T. II.

¹⁰ FARSI y GEBHARDT (1987) p. 184.

¹¹ SUPINO (1890?) p. 533.

¹² RIPERT (1954) p. 199, T. IV.

Jean Guyenot¹³, profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de la Universidad de París, dada la realidad del sistema legal francés, alude a los mecanismos que forman parte de los procesos concursales, sin describir estos últimos, sino indirectamente, aduciendo que el arreglo judicial y liquidación de bienes son procedimientos que importan esencialmente a los intereses pecuniarios de los acreedores de un deudor, cuya cesación de pagos provocó la intervención de un tribunal. Las condiciones de iniciación de los **procedimientos**, así como los órganos designados por el tribunal, son los mismos en caso de arreglo judicial o liquidación de bienes. Igualmente sucede con los efectos de la comprobación de la cesación de pagos por parte del tribunal, sobre el patrimonio del deudor y derechos de los acreedores.

Joaquín Garrigués¹⁴ utiliza la expresión "derecho de quiebras", en una formulación más tradicional y, siguiendo tal derrotero explica que está constituido por el conjunto de las normas legales que regulan las consecuencias jurídicas del **hecho económico de la quiebra**. En sentido económico, quiebra significa la situación en que se encuentra un patrimonio que no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan y aclara en seguida que "estar en quiebra" implica no poder pagar íntegramente a todos los que tienen derecho a ser pagados: es un estado de desequilibrio entre los valores realizables y los créditos por pagar.

Más adelante señala que la nota esencial del derecho de quiebras consiste en que regula un procedimiento de ejecución colectiva o universal que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas, de lo cual hace derivar el carácter predominantemente procesal de la institución, de modo que el examen y calificación del derecho material de los acreedores, en su concepto, constituye solo un antecedente lógico de su ejecución sobre el patrimonio del deudor común, que resultaría ser la finalidad típica del ordenamiento legal de la quiebra.

Conviene aclarar en este último caso que ese autor no sostiene, como algunos creen haber visto, que es un "juicio ejecutivo colectivo", ya que ello nos haría buscar, inmediatamente, la oportunidad procesal que debería ser brindada al deudor para oponer excepciones y, en definitiva, indagar en qué consistiría la controversia y, terminantemente eso no existe, aun cuando el Tribunal Constitucional chileno discurra por otra vertiente.

Aún más, de ser colectivo este hipotético "juicio ejecutivo", la supuesta demandante también debería ser colectiva, incorporando a todos los acreedores, pero no lo es, ya que no constituye una demanda propiamente tal ni el acreedor solicitante (única situación que se presta a dudas) lo hace en representación de los demás acreedores.

Pero podemos agregar más antecedente todavía.

Si fuere efectiva la supuesta existencia del juicio ejecutivo, en su homónimo singular, la sentencia definitiva produciría cosa juzgada en cuanto al crédito, lo que no ocurre en este caso.

¿Cómo explica entonces que una hipotética sentencia definitiva no resuelva sobre la existencia del crédito ni produzca cosa juzgada?

¹³ GUYENOT (1975) p. 141, Vol. II

¹⁴ GARRIGUÉS (1987) p. 5, T. V.

Hay que responder eso antes de pontificar en torno a la calidad de juicio ejecutivo colectivo que, sin fundamento cercano ni lejano, es atribuido a la solicitud de quiebra que, bajo estos respectos, como expusimos, sería elevada al carácter de demanda.

Cuando Joaquín Garrigués, al igual que muchos autores, aluden a una “ejecución colectiva”, deseen significar o concretar la idea que en los procedimientos concursales inscribe la denominada “quiebra o procedimiento de quiebra”, cuyo destino es liquidar, realizar o *ejecutar* (todos usados en forma de sinónimos) los bienes del fallido, para hacer pago con su producido a las acreencias reconocidas en ese emprendimiento.

No consideramos posible encontrar en sus explicaciones, la intención de calificar la naturaleza de ese procedimiento, como un “juicio”, entendiendo por tal, una controversia entre partes que amerita una decisión judicial final que la resuelva.

Quien debe llevar adelante esa liquidación o ejecución de bienes en miras de los propósitos indicados es el síndico y, si observamos con detención las facultades que el Libro IV del C. de Comercio le entrega, podremos apreciar una sugerente simetría con aquellas que el artículo 413 del Código de Comercio reconoce al liquidador de una sociedad colectiva comercial disuelta.

Para J. M. Pardessus¹⁵, en el contexto de enseñanza entregadas en el siglo antepasado, solo reduce sus explicaciones a señalar los fundamentos o causales por las cuales un deudor, que debe ser comerciante, puede ser declarado en quiebra pero, razonablemente bajo la visión tradicional, no asume un ámbito más general, como los procedimientos concursales que nos ocupan.

La idea de la insuficiencia patrimonial del deudor para hacer frente al cumplimiento de sus obligaciones, también resulta determinante para abrir el concurso a través de la declaración de quiebra, según lo explica Fernando Sánchez Calero¹⁶, profesor de Derecho Mercantil en la Universidad Complutense de Madrid, al señalar que no resultando útil la ejecución individual para lograr el cumplimiento de la obligación si el patrimonio del deudor es insuficiente, surge el procedimiento de quiebra, “que tiene por finalidad el evitar que con las ejecuciones individuales cobren únicamente los acreedores más diligentes, los más audaces o los que están más cerca del deudor, mientras los restantes corren el riesgo de no cobrar sus créditos”.

Agrega que la quiebra aparece como un procedimiento de ejecución universal del patrimonio de un empresario insolvente y que por medio de ella se “intenta buscar una comunidad de pérdidas y un trato de igualdad dentro de los acreedores, entendiendo en su versión contextualizada por ejecución universal una liquidación colectiva, no un juicio universal o colectivo que sería a todas luces insustentable.

4. ASPECTOS PROCESALES POSITIVOS DEL TEMA

La ley 18.175, que luego fue incorporada como Libro IV al Código de Comercio, algo evolucionó respecto de esa descripción de los concursos, en términos de incorporar

¹⁵ PARDESSUS (1841) p. 4, T. V.

¹⁶ SÁNCHEZ (1999) p. 419, T. II.

otros aspectos de tanta o mayor importancia que la liquidación de bienes del deudor o fallido preceptuando lo siguiente: "La presente ley trata de los siguientes concursos: la quiebra; los convenios regulados en el Título XII; y las cesiones de bienes del Título XV", pero no rescató la necesidad de excluir la palabra juicio, mal utilizada en ese ordenamiento.

Ahora bien, en cuanto a la "quiebra", para dejar en claro que en nuestros días, para el legislador no es sinónimo de derecho o proceso concursal, aclaró en el inciso segundo del mismo artículo: "El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley".

Como hemos expresado y reiteramos, consideramos infortunada la expresión legal en cuanto al proceso de liquidación de los bienes del deudor para hacer pago de sus créditos reconocidos, lo identifica como "juicio de quiebra", manteniendo la modificación que la ley 4558 introdujo al Código de Comercio chileno de 1867.

El fundamento de esa desazón radica en que la palabra "juicio", en técnica procesal y concepto de Carlos Anabalón Sanderson¹⁷, aludiendo a "causas o litigios", significa "el procedimiento particular a que están sometidos aquellos, esto es, *el método según el cual se substancia, discute y resuelve una causa...*"

Pero esa no es la voz común, moviendo a equívoco al lector no avisado¹⁸, desde que, acudiendo al Diccionario de la Lengua Española, este entrega como acepción jurídica de "juicio", el "conocimiento de una causa en la cual el juez ha de pronunciar la sentencia".

La verdad sea dicha es que todo procedimiento iniciado ante un tribunal concluye por una sentencia y de allí no es posible derivar que ese procedimiento sea contencioso, desde que también los voluntarios culminan de la misma forma.

Quizás por esa razón el legislador necesitó decir, expresamente, en el artículo 52 del Libro IV del Código de Comercio, que el tradicionalmente denominado "auto de quiebra", no era un "auto" sino una "sentencia definitiva", pese a que esa resolución no satisface ninguno de los requisitos que, para ese tipo de pronunciamientos judiciales, establece el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, al definirla como aquella "que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio", utilizando este último término como sinónimo de "litigio", "pleito", "contienda".

La resolución judicial que declara la quiebra, precisamente, no pone fin a la instancia, por el contrario, da inicio a un procedimiento de liquidación y, por cierto, no zanja o decide controversia alguna.

Aclaremos la diferencia entre "juicio", como proceso o procedimiento y "litigio", "pleito" o "contienda", usando las expresiones de Anabalón Sanderson¹⁹. "Del significa-

¹⁷ ANABALÓN (1966) p. 12, Vol I.

¹⁸ Los lectores no avisados, lamentablemente, incluyen tanto a los iletrados como a los letrados, desde que una mayoría importante de estos últimos destina poco espacio de su tiempo al estudio acucioso del derecho, limitando su actividad a resolver contingencias diarias sin profundizar en el sentido de las cosas, sino con un criterio esencialmente utilitario en función de los intereses de su cliente.

¹⁹ ANABALÓN (1966) p. 13, Vol I.

do de causa o, *vulgarmente, juicio*, que dejamos expuesto más arriba, resulta que los elementos esenciales de todo litigio pueden condensarse del modo siguiente: a) controversia legítima sobre hechos o circunstancias de carácter jurídico; b) precepto legal o regla de equidad que la considere y resuelva, de modo directo o indirecto, y c) juez o tribunal ante el cual se exponga y quede legalmente radicada".

Bajo las explicaciones de ese autor, por cierto que asumimos un olvido lamentable, seguramente por la obviedad del punto, como es la necesidad que existan "partes" sosteniendo cada una de las posiciones contradictorias.

Esto último permite afirmar, en mejor forma, que no encaramos un litigio, pleito o controversia entre partes, en otras palabras, un asunto contencioso, ya que de ser efectivo que la quiebra es un "juicio", siempre y en todo momento debemos estar en condiciones de identificar en ella todos y cada uno de los elementos descritos por Anabalón Sanderson, además de las "partes" o "litigantes".

Pero eso no ocurre así, aún más, cuando la declaratoria de quiebra es pronunciada "de oficio" por el tribunal, resulta por demás claro que no nos encontramos en situación de encontrar ni siquiera uno de esos elementos en el procedimiento concursal que desembocó en dicha declaratoria.

Tampoco quedaremos en condiciones de hacerlo cuando el concurso es abierto a iniciativa del propio deudor y, menos aún, cuando la apertura del concurso recae en la "sucesión de un comerciante", evento en el cual ni siquiera podremos identificar una persona, vale decir, un sujeto de derecho procesal, en otras palabras, una *parte*, sino una universalidad o conjunto de bienes.

Dejamos para el final la apertura del concurso que deriva de la petición efectuada por uno o más acreedores.

¿Cabe concluir en este último evento que el legislador entiende que, bajo estas circunstancias sí existe un pleito, litigio, controversia o juicio?

Estamos forzados a negarlo enfáticamente, por la misma tramitación que el legislador asignó a esa petición.

En efecto, si traemos a colación el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, descubriremos que frente a esa solicitud el tribunal es obligado, imperativamente, a adoptar un papel activo, inquisidor que, de concluir en la procedencia de abrir el concurso, no responderá a los parámetros de imparcialidad propios de un juzgador.

Ese artículo dispone:

"El juzgado se pronunciará sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor, y deberá cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas".

"La audiencia del deudor solo tendrá carácter informativo, no dará lugar a incidente, y en ella este podrá consignar fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra y las costas correspondientes, en cuyo caso no procederá la declaración de quiebra".

"Si la solicitud fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que este ha procedido dolosamente.

“Para los efectos indicados en el inciso primero de este artículo se notificará al deudor personalmente o en la forma prevista en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, aun cuando no se encuentre en el lugar del juicio”.

No tardó mucho tiempo antes que surgiera un defensor de deudores en proceso de apertura de concurso que discurriera la posibilidad de anular lo obrado aduciendo que el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio era inconstitucional por infringir el debido proceso, entre otras normas constitucionales. Eso fue desestimado por el Tribunal Constitucional pero, a nuestro juicio, con una inadecuada inteligencia de la normativa concursal.

Los requirentes de inaplicabilidad fundaron su pretensión en que el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio trasgredía las siguientes disposiciones constitucionales:

a. Vulneración del artículo 19 N° 3, inciso quinto, de la Constitución, que consagra el debido proceso, cuyo contenido complejo resumen en las exigencias mínimas para un racional y justo procedimiento que hicieron consistir en la notificación de las partes y suficiente tiempo para exponer sus alegaciones, defensas y probanzas. Agregar, además, que la sentencia requiere la existencia de un proceso previo, tramitado conforme a la ley. El artículo 45 atentaría contra esas exigencias al establecer que la audiencia del deudor tiene solo carácter informativo y no da lugar a incidentes.

La Ley 18.175, para los recurrentes, definiría la quiebra como un juicio, que comenzaría con una sentencia que surtiría efectos erga omnes, produciendo consecuencias inmediatas en el deudor, que no podrían subsanar a posteriori si fuera dejada sin efecto y no tendría posibilidad de defenderse antes de la declaración. Los efectos perjudiciales los hace consistir en la pérdida de pleno derecho la administración de sus bienes, que pasa al Síndico; fija irrevocablemente el derecho de los acreedores en el estado que tenían al día de su pronunciamiento; quedan vencidas y exigibles todas sus obligaciones.

Su defensa sería conculcada, además, pues no tendría otra, antes de la declaratoria de quiebra que el pago de la obligación que fundamenta la petición de quiebra.

b. Vulneración del artículo 19 N° 2 de la Constitución. Bajo ese título alegaron que el artículo 45 vulneraría la igualdad ante la ley, al contemplar un tratamiento distinto al del deudor demandado en juicio ejecutivo, que puede defenderse.

c. Infracción al artículo 19 N° 26 de la Constitución. Afirman que el artículo 45 considera restricciones que eliminarían el derecho a defensa, al prohibir oponer excepciones y rendir probanzas.

El recurso fue resuelto por sentencia del 22 de enero de 2009 (**Rol N° 1239-08. Tribunal Constitucional**). Sintetizaremos los principales argumentos para rechazar el recurso haciendo los comentarios que, en cada caso, amerita esa línea de razonamiento.

Asume que la determinación respecto a la inconstitucionalidad eventual del artículo 45 del libro IV del Código de Comercio pasa por “caracterizar la relación jurídica en que incide”, reflexión contextualizada en la necesidad de establecer que la norma está siendo o pretende ser aplicada en un procedimiento judicial vigente y, en ese sentido deja sentado que es “una solicitud de quiebra formulada en contra de un deudor calificado, que se sustenta en el incumplimiento del pago de un instrumento mercantil (pagaré), la que fue

notificada al deudor y de la que se le dio traslado por el término de emplazamiento, dentro del cual este alegó exclusivamente la falta de fuerza ejecutiva del título por no haberse acreditado el pago del impuesto de timbres y estampillas, establecido en el Decreto Ley N° 3.475, de 1980. Dicha solicitud no ha sido resuelta aún;"

Que no haya sido resuelta la petición no implica que ese artículo 45 no haya sido aplicado. Lo fue desde el instante que la solicitud se admitió a tramitación.

Apunta "Que entre las bases del debido proceso, aludidas por el constituyente como las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, se cita generalmente el principio de contradicción o bilateralidad de la audiencia, comprensivo del conocimiento oportuno de la acción, el derecho a formular las defensas y de rendir y controvertir las pruebas.

"Doctrinariamente se acepta que la contradicción tiene distintos grados, según la naturaleza de la acción ejercitada, y que no se identifica necesariamente con un momento determinado del proceso. Su intensidad no es la misma en un juicio de lato conocimiento que en uno ejecutivo y su expresión aparece postergada en las acciones propiamente cautelares.

"Así, un autor sostiene que "en términos generales, en todo proceso debe operar el principio de la bilateralidad ... No obstante, en casos excepcionales y por razones de conveniencia procesal el legislador puede aplicar el principio de unilateralidad, lo que realiza con frecuencia en los procedimientos monitorios cautelares... En tal caso la unilateralidad queda compensada por la racionalidad que debe tener el procedimiento y con la preparación del juez ante el cual se tramita el proceso" (Colombo Campbell, Juan, *El debido proceso constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32, año 2006, p. 92);".

Explica en el Considerando 6 "Que, según un insigne procesalista, el régimen de la bilateralidad supone que "todos los actos de procedimiento deben ejecutarse con intervención de la parte contraria. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad..."

"La bilateralidad no quiere decir que necesariamente deban intervenir las dos partes para que el acto tenga validez, sino que se les haya dado la oportunidad de intervenir ...

"La jurisprudencia permite que, excepcionalmente, se ejecute una providencia antes de ser notificada a la parte a quien afecte (inaudita parte) cuando en caso contrario podría ponerse en peligro un derecho, pero sin que ello impida la oposición posterior. Tal ocurre con las medidas precautorias y entre ellas principalmente el embargo de bienes" (Hugo Alsina, *Fundamentos de Derecho Procesal*, volumen 4, p. 175, Editorial Jurídica Universitaria);

En el Considerando 7 expone principios al dictaminar "Que el juicio de quiebras es de carácter ejecutivo, reconociendo el derecho concursal como valores jurídicos protegidos, entre otros, la seguridad del crédito público y la igualdad jurídica de los acreedores".

Agrega: "La declaración de quiebra se fundamenta en la cesación de pagos del deudor, traducida en un estado patrimonial (insolvencia) que le impide el cumplimiento íntegro y oportuno de sus obligaciones;"

En el Considerando 8 señala "Que, para asegurar la vigencia de los bienes tutelados, el procedimiento concursal posterga el ejercicio pleno del derecho de defensa y prueba a una etapa procesal inmediatamente posterior a la declaratoria, cual es la tramitación, en vía incidental del recurso de reposición. De modo análogo, en el procedimiento ejecutivo por obligaciones de dar, la ley prevé que, primero, se despache el mandamiento de ejecución y embargo del deudor y, luego, se abre el período de discusión –mediante la oposición de las excepciones– y prueba;

En el Considerando 9 deja constancia que eso no es excepcional en el ordenamiento procesal y "Que si bien incumbe a los jueces de la instancia, al resolver el asunto sometido a su conocimiento, interpretar los preceptos que lo regulan, la magistratura constitucional no puede prescindir –para calificar los efectos constitucionales de su aplicación– de la estimación de su sentido y alcance, máxime si de la supremacía constitucional deriva la preferencia, entre las posibles que se contradigan, de una interpretación de la norma legal que se ajuste a la Ley Fundamental;

En el considerando 10 concluye "Que el precepto impugnado no violenta, en abstracto, la Constitución Política, según se aprecia de su tenor y finalidad.

"Parece irreprochable el mandato que impone al juez el deber de pronunciarse sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, "con audiencia del deudor", debiendo "cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de la causal invocada".

"Resulta innecesaria una mayor argumentación para demostrar que la consagración expresa de la audiencia del deudor y la actividad probatoria confiada al juez son medios perfectamente congruentes con las bases del debido proceso en una gestión como la descrita;"

Por esa vía llega al considerando 11 para reducir la inaplicabilidad a establecer si existe inconstitucionalidad en el enunciado "que atribuye a la audiencia del deudor solo carácter informativo y la priva de dar lugar a incidente".

Aclarando lo que entiende por incidente determina que la solicitud de quiebra no lo es "porque no es una cuestión accesorial del pleito sino el fundamento esencial del mismo, el ejercicio propio de la acción de que se trata", aspecto que no trata el artículo 45, pues la negativa a aceptar que sea formulado un incidente es en relación a la actitud que el deudor puede adoptar respecto a la solicitud de quiebra al escucharlo (audiencia)".

Pero en el considerando 14 concluye "Que el carácter informativo de la audiencia, en conjunción con la interdicción incidental (introducidos en la "Comisión Legislativa Conjunta", formada especialmente para el estudio de la Ley de Quiebras, cuyas actas e informes no registran razones específicas), no quiere decir que no se escuche al demandado –para ese fin es la audiencia– ni que este no pueda acreditar sus alegaciones o controvertir los antecedentes contrarios. Trátase de una declaración indicativa de los límites de la actuación, inserta en la estructura de un juicio ejecutivo universal".

Esta última apreciación no condice con la línea argumentativa seguida, pues si bien cabe aceptar que el procedimiento concursal puede dar inicio a la ejecución de los bienes del deudor entendida como liquidación, no por ello cabe desprender que se

trata de un “juicio ejecutivo”, ya que su naturaleza no condice con un litigio entre partes²⁰.

Con ese salto argumental alcanza una conclusión que no se sigue de lo anterior ni tampoco precisó de esa calificación para la siguiente determinación: “el efecto procesal consiste en excluir el término probatorio –en los procedimientos concentrados tampoco lo hay– e inhibir alguna prueba que, como la testimonial, en esa fase resulta inconciliable con los requerimientos de urgencia en la tramitación. Con todo, tampoco esta última es un medio de prueba absoluto, como ejemplarmente consta en el propio Código Civil, que no lo admite respecto de una obligación que haya de consignarse por escrito;”

De allí concluye en el considerando 15 “Que, en consecuencia, el precepto impugnado no impide el derecho de defensa y prueba del deudor, sino que lo limita temporalmente en el último aspecto.

“La audiencia le permite formular todas las alegaciones que le resulten apropiadas, incluidas las que versen sobre la existencia de la obligación, la eficacia del título o la insolvencia. La plena actividad probatoria de las partes está restringida por la ausencia de un término dentro del cual rendirla, que es sustituida por la obligación del juez de cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de la causal invocada, lo que permite al deudor proporcionar los antecedentes que, de manera auténtica e irrefutable, en esta fase habiliten al tribunal para formarse la convicción de que es improcedente la declaratoria de quiebra”, sin llegar a explicar la razón por la cual el legislador cambia el papel del juez desde su pasividad hacia la proactividad inquisitiva.

Por esa vía establece que el propósito perseguido por el artículo 45 es diferir la controversia para una etapa posterior: la interposición del recurso especial de reposición previsto en el artículo 57 del Libro IV del Código de Comercio.

Ahora bien, eso no desvirtúa lo aseverado por el recurrente en el sentido que el deudor primero sería condenado para luego admitirle defensas y pruebas ante un tribunal inhabilitado, desde que ya tiene un pronunciamiento y convicción en torno a la supuesta controversia que tampoco es con el acreedor solicitante, sino con el Estado y, por tal razón es una reposición, lo que implica una revisión del acto de autoridad.

Agrega, como explicación, que el fallido puede “impugnar los créditos y objetar la fecha de la cesación de pagos” lo que es irrelevante para la controversia: si el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, supuesto que existe una controversia entre partes (veremos que no es así) garantiza el derecho a defensa del deudor.

La explicación del tribunal constitucional, a estas alturas, es pobre pues equivale a sostener (extrapolando el argumento) que en el juicio ordinario el demandado tendría

²⁰ La solicitud de quiebras es elevada al Estado a través de los tribunales, para que intervenga el patrimonio del deudor y acreedores, afectando los derechos constitucionales de todos ellos, en el evento de abrir el concurso. No hay controversia con el deudor, sino la denuncia al Estado que existen hechos que hacen temer, fundadamente, que el deudor es insolvente. Esos hechos son las causales de quiebras, que presumen la insolvencia y, como son comprometidas garantías constitucionales y amenazado un bien jurídico superior, la estabilidad económica, cambia el papel del tribunal civil, que pasa a ser inquisitivo.

derecho a defensa y habría debido proceso aún si es privado de la posibilidad de contestar la demanda y rendir prueba, en tanto pueda objetar la liquidación del crédito.

Luego concluye, en el considerando 17, que el artículo 45 no es inconstitucional pues el recurrente pudo oponer las defensas que considerara pertinente y no lo hizo, línea lógica contradictoria con las aseveraciones anteriores que, precisamente, negaban ese derecho al deudor aun cuando, en la práctica, ese artículo sea aplicado de otra forma.

En cuanto a la desigualdad de trato que existiría entre este mal calificado como "juicio ejecutivo colectivo" y el "juicio ejecutivo individual", argumenta que no hay tal, ya que en este último es retardada la defensa, pues primero es despachado e intimado el mandamiento y embargo, para luego oír al ejecutado respecto a sus excepciones.

Distingue ese procedimiento del concursal aduciendo que la "diferencia no puede estimarse arbitraria ni carente de fundamento racional, si se advierte la especial naturaleza de la quiebra, juicio ejecutivo universal, basado en la insolvencia y no en un simple incumplimiento, que tutela un interés público comprometido".

Esa aseveración envuelve calificación de valores, no argumentos que conduzcan a la necesidad de la audiencia del modo concebido por el artículo 45.

En el Considerando 20 entrega como "fundamento" adicional, que ese criterio (que puede ser errado como de hecho lo es en su argumentación) lo ha aplicado en otros fallos. Así, la multiplicidad de errores conduciría a la verdad o a formar derecho.

En ese sentido cita (considerandos 21 a 23, de la sentencia rol N° 811 - 07, de 31 de enero de 2008): "Que la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de demandados no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues esta no prohíbe establecer diferencias, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas;

Que, desde luego, la diferencia se ha establecido en razón de criterios objetivos, que tienen relación con la naturaleza de la deuda que se cobra y con el título ejecutivo que se invoca.

Que el precepto impugnado no constituye una desigualdad calificable como una discriminación arbitraria efectuada por el legislador, ya que solo demuestra que este, al establecerlo, ha creado un procedimiento distinto para situaciones distintas que se generen en el ámbito del derecho, partiendo de la base que un juicio ejecutivo de cobro de un mutuo hipotecario bancario no es similar a un juicio ejecutivo ordinario";

Finalmente, en el considerando 21 rechaza que el artículo 45 desconozca en su esencia la garantía constitucional del debido proceso "o imponga condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, toda vez que –según se ha razonado extensamente– la prohibición de formar incidente en la audiencia del deudor constituye una mera limitación circunstancial del derecho a producir prueba, que se posterga para su ejercicio en plenitud a una segunda fase en el proceso. Semejante limitación aparece como racional en cuanto es coherente con los fines cautelares de un proceso universal y con el interés público y el de los acreedores envueltos en la quiebra;"

De ese modo el tribunal concluyó que el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio no era inconstitucional errando, en nuestro concepto, su interpretación de la norma que siendo constitucional lo es en razón de un trabajo hermenéutico integral de la

legislación concursal que no pasa por asimilarla a procedimientos contenciosos, que es una equivocación provocada por el mal empleo del término "juicio" que introdujo la ley 4558.

No está de más dejar constancia del voto de prevención, que tampoco compartimos, "del Ministro señor **Mario Fernández Baeza** quien previene que concurre al fallo sin compartir los considerandos undécimo al decimoquinto ambos inclusive, pues a su juicio el carácter informativo que la norma impugnada asigna a la audiencia del deudor no se concilia mínimamente con los estándares exigidos por el debido proceso según la breve y genéricamente redactada fórmula con que el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental lo consagra. En efecto, no puede trasladarse al juez las calidades de racional y justo que la Constitución le asigna a la investigación y al procedimiento. En verdad, fluye del inciso segundo del artículo 45 impugnado, que el único propósito de la comparecencia del deudor sería la eventual consignación de fondos suficientes para las obligaciones que sirven de base a la solicitud de quiebra y no una ocurrencia ante el magistrado para recibir justicia con la plena disposición de los medios que todo orden jurídico de un Estado de Derecho franquea, especialmente los derechos a defensa y prueba. Acudir a la urgencia de la tramitación derivada de la naturaleza de la quiebra para justificar el citado carácter informativo de la audiencia, no hace sino agravar la disconformidad de tal procedimiento frente a las exigencias del debido proceso".

5. ASPECTOS SUSTANTIVOS DETERMINANTES DE LA NATURALEZA DEL PROCESO CONCURSAL

Entre los procedimientos se concursales inscriben, no solo la declaración de quiebra o apertura de los concursos, que representa la más postrera e indeseable opción ante la imposibilidad de discurrir una solución distinta para el deudor y acreedores involucrados, sino también, precisamente, esas soluciones diferentes.

De esa realidad tomó conciencia el legislador al establecer en el artículo 1° del Libro IV del Código de Comercio que "La presente ley trata de los siguientes concursos: la quiebra, los convenios regulados en el Título XII, y las cesiones de bienes del Título XV".

Esos mecanismos de solución diferentes a la simple liquidación de los bienes del deudor para pagar sus créditos, son los convenios o concordatos, que no representan otra cosa que acuerdos entre el deudor y acreedores "valistas" o "quirografarios".

Son acreedores valistas quienes no detentan "privilegios" que amparen o mejoren la situación de sus créditos, frente a los demás acreedores que no exhiben tal beneficio o lo exhiben en menor grado.

Por "privilegio" debemos entender el derecho que asiste a un acreedor para ser pagado antes que otros o sea, con "preferencia" al resto que, como explicamos, no disponen de ese beneficio o son de más baja jerarquía, sea en relación a todo el patrimonio material embargable del deudor o a uno o más bienes específicos de este.

Esos convenios, concordatos o acuerdos colectivos responden al propósito de materializar una solución diferente a la mera realización o liquidación de los bienes del deudor, identificado como el sentido natural y obvio de la quiebra.

Los convenios generan, por último, una manera menos gravosa de efectuar la realización de los bienes del fallido. Con ellos, los acreedores y el deudor quedan en condiciones de soportar la pérdida subsecuente al no pago de sus acreencias en mejores términos.

Esas alternativas reconocen, como principal orientación, llevar adelante un esfuerzo destinado a romper la cadena de causalidad que pueda conducir a los acreedores a un estado de imposibilidad de satisfacer sus propias obligaciones, esto es, una insolvencia.

Otra solución para esas situaciones que, del mismo modo, pasa por un sistema diverso a la liquidación de los bienes del fallido o deudor declarado en quiebra, son los acuerdos de continuación o continuidad de giro, evitando el cese de actividades del agente económico y por ese camino, evitar que sean arrastrados otros partícipes de la cadena de producción, al término o serio resentimiento de sus labores productivas.

Capítulo a parte amerita la cesión de bienes, que exhibe un claro origen romano y también es orientado a evitar la discriminación arbitraria e irracional en la liquidación de los bienes concursables del deudor.

En suma: el riesgo del caso particular que origina el comentado círculo vicioso radica en su efecto multiplicador que puede culminar creando un escenario generalizado de incumplimientos en la economía, propendiendo a su paralización o entabando en medida creciente su normal funcionamiento.

Así entonces, la amenaza consiste en que una situación netamente coyuntural de incumplimiento pase a quedar transformada en una estructural, derivado de no haber sido utilizados correcta y oportunamente los mecanismos existentes para corregirla o, al menos, paliar o atenuar ese manido efecto multiplicador.

El análisis de la paralización de la inversión productiva, conduce a concluir que esta puede encontrar su causa, tanto en una decisión voluntaria de los agentes económicos que responden a señales del mercado que así lo aconsejan o imponen, cuando derivan de malas decisiones o escenarios macroeconómicos que para ellos son un dato pues escapan a su control, como también a las consecuencias de una mala gestión comercial particular.

Esta última despliega un abanico de conductas que avanza desde el dolo criminal pasando por la mera negligencia para alcanzar un carácter fortuito, toda vez que conforme un derivado de contingencias propias del mercado que ni siquiera permiten atribuir culpa o negligencia al agente económico.

En este universo, que cabría denominar como área viciosa o mejor expresado, de alto riesgo de colapso del sistema comercial, queda inscrito el derecho concursal, con todos sus procedimientos de estabilización o, por último, finalización de las actividades particulares de uno o más agentes económicos.

Esas regulaciones surgen como un instrumento que obedece al fin de restablecer la normalidad comercial en la circulación de los bienes y, en su caso, perseguir la responsabilidad de los actores que provocaron la situación de desequilibrio siempre y cuando sea factible acreditar la existencia de culpa o dolo en su comportamiento.

No está de más advertir en este análisis que, bajo ninguna circunstancia procede presumir la culpa o dolo, como sí lo hacía el Código de Comercio chileno de 1865.

Una línea de acción que asuma tal presunción como base de condena derivaría en una violación de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República, que inscriben en el título del debido proceso en el ámbito penal, comprometiéndose severamente la libertad y honorabilidad de las personas.

La referida propuesta, en nuestros tiempos, aparece como lógica e indiscutible, pero no resultaba tan así en los orígenes de las regulaciones concursales, en que incluso presumían el fraude por el solo hecho de ser declarado en quiebra, por ello, los términos del Código de Comercio de 1865 no pueden llamar a escándalo.

En ese sentido y comúnmente era usado el aforismo “est decoctor ergo fraudatus”. Fallido o declarado en quiebra, por consecuencia, estafador.

Mucho tiempo debió transcurrir y avanzar, tanto la civilización, en general, como la comprensión del comportamiento humano, en particular, para alcanzar el estado actual que privilegia la protección de los derechos de las personas a través de garantías básicas que corresponde asignar a cada una, como fundamentales e inalienables.

Esas garantías individuales surgen como un recíproco natural a la renunciación teórica que la persona hace de su cuota de libertad, en una visión justificada en las enseñanzas impartidas por Jean Jacques Rousseau en torno al compromiso social como acto jurídico colectivo bilateral, de orden constitucional.

En definitiva, haciendo abstracción de los casos en que el concurso es abierto por iniciativa del propio deudor o de oficio por el tribunal, escenarios en que pasa a ser insustentable la existencia de “un juicio”, desde que no existe controversia de ninguna especie, elemento esencial para dar lugar a una “pleito o litigio”, que es aquello inferido incorrectamente con la voz “juicio”, conviene detenerse unos segundos respecto de los efectos que la solicitud de apertura de concurso trae aparejada para el peticionario.

Para que un procedimiento amerite la calificación de “contencioso”, no solo debe existir un conflicto jurídico entre sujetos de derecho sino, además, ese conflicto ha de quedar supeditado a ser resuelto por una autoridad: el tribunal.

Empero, también en esta parte del pensamiento lógico surgen dificultades, ya que es indispensable precisar en qué consiste el conflicto. Obviamente, este no discurre por una vertiente tal que nos haga plantear que la contraposición de intereses resulta “evidente” entre acreedor y deudor, ya que no es “evidente”.

Eso acontece, de hecho, en los juicios ejecutivos singulares (califiquémoslo así para no confundirnos con tanto calificativo) que, como lo caracteriza Carlos Concha Gutiérrez²¹, es un procedimiento en que el deudor no quiere pagar, no siendo el mismo escenario en la solicitud de apertura de concurso, desde que este esfuerzo procesal no reconoce como destino el pago de la acreencia del peticionario, *sino la intervención del Estado*.

Importa presumir de derecho la mala fe, asumir que el conflicto existe pues el deudor no quiere pagar lo que adeuda o desea pagar menos y, el acreedor, por su lado, desea cobrar más de lo adeudado. Esas no son hipótesis razonable ni aceptables en el sistema legal chileno.

²¹ CONCHA (1971) p. 9.

Por el contrario, de interpretar correctamente el iter concursal, podremos concluir que el peticionario es afectado en su patrimonio en una medida importante, como también lo es el fallido, obviamente, en mayor grado, pero ambos son afectados por la solicitud y, con mayor razón, una vez dispuesta la apertura del concurso.

Por eso en los procedimientos concursales frecuentemente es dicho que, el principio del *prior in tempore potior jure* es reemplazado por la instalación de otro principio, la *par conditio ominium creditorum*, formando una "comunidad de pérdidas".

Esta comunidad no es solo entre los acreedores sino, principalmente, con el fallido que ha de soportar las mayores pérdidas.

Pero bien, ¿cuáles son las garantías constitucionales que pierde uno y otro en este procedimiento?

Los derechos del acreedor derivados del incumplimiento de la obligación de que es titular son tratados, primordialmente, como efectos de las obligaciones y clasificados en tres grupos²²:

a) Un derecho principal: exigir el cumplimiento o ejecución forzada de la obligación en naturaleza.

b) Un derecho secundario: obtener el cumplimiento por equivalencia.

c) Ciertos derechos auxiliares destinados a garantizar el cumplimiento de la obligación gravando bienes determinados del deudor. Por ejemplo, las medidas conservativas (artículos 761, 1078, 1222, 1225, 1492 y 1766 del C. Civil); derecho legal de retención (artículos 1492, 2162 y 2193 del C. Civil y 592 del C. de Procedimiento Civil); las precautorias del Código de Procedimiento Civil; el beneficio de separación (artículo 1097 del C. Civil), la acción oblicua o subrogatoria y acción pauliana o revocatoria.

Pues bien, el efecto propio e inmediato de la quiebra, en general, pasa por terminar con todos y cada uno de esos derechos, para someterlos al sistema concursal que puede involucrar para el acreedor, a más de la postergación del pago de su acreencia, que no reciba todo lo adeudado y, bajo determinadas circunstancias, incluso deba dar por pagada la obligación no obstante que el pago no ocurrió en su integridad.

Sin duda, entonces, que el acreedor en virtud del procedimiento concursal ve conculcada una garantía básica para el orden social: el derecho de propiedad garantizado en el número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile.

Aún más, el acreedor, por la apertura del procedimiento concursal derivada de su petición, ni siquiera logra como beneficio que esa decisión judicial le otorgue estabilidad o certeza a su crédito. Deberá verificarlo en su oportunidad legal igual que los demás acreedores y, eventualmente, puede ser impugnado e incluso la impugnación acogida.

Por su lado, el deudor, al ser abierto un procedimiento concursal, por virtud del desasimiento que opera inmediatamente de dictado el auto de quiebra, ve conculcado su derecho de propiedad, perdiendo o si se quiere, siendo suspendidas sus facultades de usar, gozar y disponer de las cosas afectas a concurso; comparecer como demandante o demandado en juicio, etcétera.

²² CONCHA (1971) p. 9.

Así, ninguno de los dos interesados inmediatos en la petición de apertura de concurso iniciada por un acreedor recibe un beneficio, sino un evidente detrimento de su patrimonio, en lo inmediato.

En seguida debemos indagar sobre la razón objetiva que puede mover al acreedor, en estas circunstancias, para instar la apertura de un concurso ante los tribunales.

La solicitud del acreedor para que sea abierto un concurso respecto a un deudor determinado, no dice relación con este último, sino con una cuestión social en que no solo interesa sino que es obligatorio que el Estado intervenga para evitar males mayores que afectarían o podrían afectar a todo el sistema económico como explicamos al inicio.

De allí, entonces, que no resulta inexplicable que el artículo 45 del Libro IV del C. de Comercio no focalice la solicitud de apertura del concurso de un acreedor, como una "demanda" contra el deudor.

Lo que enfrenta es una petición de un particular para que, existiendo presunciones fundadas de la insolvencia del deudor (causales de quiebra) evite que ese nefasto fenómeno cunda y utilice los mecanismos de estabilización que los procedimientos concursales contempla.

Para extrapolar el argumento con un ejemplo extremo, no puede ser afirmado que una persona que va pasando por la calle y ve salir humo de las ventanas de una casa, demande al propietario porque pide a los bomberos que concurran a sofocar el siniestro.

Es un hecho que todos pierden en el proceso. El transeúnte, que debe distraer su tiempo para llamar a los bomberos; el propietario de la casa siniestrada por razones que no precisan mayores explicaciones y la autoridad pública que debe desplegar un conjunto de recursos para evitar que el incendio se propague.

Todos formaron una comunidad de pérdida ante un hecho desastroso como el comentado incendio, no en miras del interés particular de cada cual, sino social.

Por consiguiente, el legislador, al permitir que un acreedor exija al Estado que, de concurrir determinadas causales de quiebra, intervenga el patrimonio propio y el del deudor, para evitar la propagación de los incumplimientos, toma resguardos inquisitivos, ya que lo solicitado es de la mayor gravedad: suspender o terminar garantías constitucionales de todos los intervinientes en el proceso.

El artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, entonces, faculta al tribunal para que indague por todos los medios a su alcance si, efectivamente existe un (incendio que amerite la intervención de bomberos) estado de peligro determinado por la cesación de pagos del deudor que amerite suspender parte de sus garantías constitucionales.

Esa petición no es contenciosa, ni tiene al deudor como "contraparte". La solicitud es dirigida al Estado, a través de los tribunales, para que intervenga a fin de mitigar la amenaza indicada.

Si es deseado utilizar el lenguaje procesal tradicional, tanto el acreedor como el deudor son sujetos pasivos. La intervención del Estado determinada por la apertura del procedimiento concursal, afectará el patrimonio de todos ellos, incluso de los acreedores que no han solicitado la apertura del concurso.

Más claro aún es el tema cuando la petición la hace el mismo deudor, el tribunal de oficio o incide en una comunidad hereditaria (la sucesión del comerciante).

Por consecuencia, pensamos que enfrentamos una gestión no contenciosa y que, incluso en la hipótesis que el deudor interponga un recurso especial de reposición contra el auto de quiebra, tal como lo expresa su nombre, ella consiste en una petición al Estado, para que revise la decisión de intervención adoptada y, por tal razón, el deudor enfoca ese trámite con el Estado (tribunal) y no con el acreedor peticionario.

6. CONCLUSIONES

1. El Código de Comercio de 1865 hacía una apreciación correcta del sentido y naturaleza del procedimiento concursal, al calificarlo como un "estado del deudor" que cesó en el cumplimiento de sus obligaciones y no un "juicio".

2. La ley 4558 no entendió el sentido de los artículos 1325 a 1328 de ese Código e introdujo el concepto de "juicio" que, entendido como controversia entre partes, distorsionó el entendimiento de esas regulaciones, apartándose de la fuente francesa que mantenía y mantiene la orientación correcta.

3. La ley 18175 prolongó el error de conceptos, al extremo que, ni siquiera el tribunal constitucional escapa de la desviación a que conduce la inadecuación de conceptos.

4. Regresando a la fuente francesa, es posible insistir en que la quiebra, como cuestión de fondos, es un "*estado*" del comerciante o de un conjunto de bienes, derivado de la cesación de pago del primero o de su titular, en el segundo caso.

5. El procedimiento para oficializar ese estado y someterlo a la normativa concursal, pasa por suspender la garantía del derecho de propiedad en aspectos sustanciales, tornando en una cuestión imprescindible la intervención del Estado el que, antes de acceder, debe verificar que concurren los supuestos de hecho para concluir que existe el peligro.

6. En ese contexto, la solicitud para abrir un concurso enderezada por uno o más acreedores, no es una demanda ni da inicio a un "juicio". Es una cuestión voluntaria que como todas, al concluir sus trámites, generan una sentencia y el legislador vio la necesidad de reconocer ese carácter para alejar las dudas al respecto, pero no lo logró.

7. La necesidad de reformar sustancialmente los procedimientos concursales chilenos, no pasa solo por esas desviaciones interpretativas derivadas de errores sucesivos del legislador, sino por la urgencia de reconocer que las organizaciones productivas son importantes, como lo hizo la Directiva Europea sobre concursos que no pudimos tratar y, por ende, la necesidad de dar oportunidades y facilitar medios al deudor, para restablecer el equilibrio de su negocio, con la participación de su o sus acreedores, como acontece, en prácticamente todos los países civilizados.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARGERI, Saúl A. (1974): *La quiebra y demás procesos concursales* (La Plata, Editorial Platense).
- AZERRAD, Rafael (1979): *Extensión de la quiebra* (Buenos Aires, Editorial Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma).

- CONCHA, Carlos (1971): *El proceso de quiebras* (Santiago, Editores-López-Viancos-Distribuidores) 185 pp.
- FARSI, Santiago y GEBHARDT, Marcelo (1987): *Concursos* (Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma).
- GARRIGÜÉS, Joaquín (1987): *Curso de Derecho Mercantil* (Bogotá, Editorial Temis) 457 pp.
- GUYENOT, Jean (1975): *Curso de Derecho Comercial* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América) 529 pp.
- PARDESSUS, J.M. (1841): *Cours de Droit Commercial*. (Paris, Nève, Libraire De la Cour de Cassation) 479 pp.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas del Código de Comercio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994) 301 pp.
- RIPERT, Georges (1954): *Tratado Elemental de Derecho Comercial* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina) 662 pp.
- SÁNCHEZ, Fernando (1999): *Instituciones de Derecho Mercantil* (Madrid, Mc. Graw Hill) 567 pp.
- SUPINO, David (1900;?): *Derecho Mercantil* (Madrid, Editorial La España Moderna) 708 pp.
- TAVOLARI, Raúl (2010): *Doctrinas Esenciales, Derecho Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, PuntoLex, Thomson Reuters) 884 pp.