

Ellas son las siguientes:

- 1) Incumplimiento en el pago de una o más obligaciones líquidas y exigibles;
- 2) Ausencia u ocultación del deudor, o, en su caso, de los administradores y representantes de la sociedad,...
- 3) Clausura o cierre, sin previo aviso por más de cinco días hábiles, del establecimiento....;
- 4) Inexistencia o insuficiencia de bienes, sobre los cuales se puede trabar embargo.

Existen otras causales vinculadas a los fraudes concursales o relacionadas con los convenios, pero hemos querido destacar aquellas que se asimilan al estado de cesación de pagos, que es el presupuesto básico de la ley concursal boliviana.

CAPÍTULO SEGUNDO LOS HECHOS REVELADORES DE LA CRISIS PATRIMONIAL

I. CRISIS Y PERJUICIO

La crisis patrimonial de una persona, sea natural o jurídica, es un fenómeno de carácter económico que repercute en su propio patrimonio y en el de las demás personas, jurídicas o naturales, que están de algún modo vinculadas al patrimonio en crisis.

Las obligaciones impuestas por la ley o por la convención que afectan al patrimonio de la persona, no podrán cumplirse, hecho que normalmente se puede prever y saber cuándo la crisis estallará, entendiéndose por tal aquel momento en que las personas vinculadas al patrimonio que entra en crisis se ven perjudicadas.

De tal manera que el elemento desencadenante de la crisis es el perjuicio que les significa a las personas vinculadas a un determinado patrimonio, que éste interrumpa su flujo económico, impidiendo el cumplimiento de las obligaciones que lo gravan y provocando perjuicios a las personas cuyas obligaciones debían ser solucionadas o pagadas, lo que no puede suceder.

Las causas del impedimento que tiene un determinado patrimonio para poder hacer frente a las obligaciones que lo gravan pueden ser muchas, las que al legislador no le corresponde analizar.

El derecho concursal constituye la forma en que la sociedad se ha organizado para enfrentar el hecho de la insolvencia y el perjuicio que ella provoca. Hoy en día, el derecho concursal tiende a establecer normas y regulaciones para prevenir la crisis o aminorar en la mayor medida los efectos y perjuicios que una determinada crisis puede provocar, materia que no corresponde tratar en el análisis del instituto de las causales de la quiebra, sin perjuicio de analizar también las causales que llevan al derecho a actuar en forma preventiva.

El derecho concursal clásico, entonces, lo constituyen las regulaciones para que el perjuicio sea soportado entre todos en la forma más equitativa

posible, de tal modo que la justicia no se constituye aquí para impedir la crisis, sino para efectuar una liquidación justa de los bienes del fallido, dando a cada acreedor la cantidad o proporción de los bienes liquidados de su deudor fallido, que le correspondía.

2. HECHOS REVELADORES DE LA CRISIS

Primitivamente, ha sido la "fuga", la manifestación principal, incluyendo-se dentro de ésta a la "ausencia", como el hecho revelador fundamental de la crisis patrimonial de la persona, que se encontraba imposibilitada de hacer frente a sus obligaciones.

Los estatutos de Venecia, Génova, Bolonia y de otras ciudades italianas, configuraron con gran precisión y "escrupulosa sutileza"⁵² las condiciones para que se dieran los casos de fuga o de ausencia.⁵³

Tales estatutos preveían penas gravísimas para el deudor fugado o que no se presentare al tribunal, una vez efectuadas las diligencias preliminares, incluyendo la muerte del deudor. Posteriormente la legislación francesa recoge con gran vigor tales costumbres, que permanecen vivas durante muchos años, hasta la Ordenanza de Colbert.

Este carácter punitivo tuvo directa relación con el hecho de que el comerciante, para no ser objeto de los apremios, intentaba la fuga. Puede observarse que dada la gravedad de las penas, el deudor prefería la fuga, es decir que el propio rigor incitaba a la fuga o ausencia del deudor.

Pero, ¿cómo liquidar un patrimonio de un ausente? Recordemos el principio romano: "ne quis absens puniatur". El sistema procesal romano no se atrevía a juzgar a un ausente, en razón de que la equidad no permitía condenar a uno sin oírle. En efecto, el Digesto recoge en la ley 1, tít. XVII, lib. XLVIII, el referido principio⁵⁴. Es cierto que el Digesto contiene algunas excepciones, pero que no hacen sino confirmar la regla general.

La necesidad de introducir enmiendas a este principio llevó a los estatutos medievales itálicos a suprimir los efectos del mismo, ya que el quebrado al elegir el camino de la fuga de la ciudad, dejaba abandonados

⁵² RENZO PROVINCIALI, *Tratado de derecho de quiebra*, p. 115, op. cit.

⁵³ La quiebra en las Pragmáticas de los Reyes Católicos de 1480 y 1502 se castigaba al que se ausente o alce con caudales o hacienda ajenos. Las Cortes de Montblanch de 1333 y de Barcelona de 1493 se refirieron específicamente a la fuga u ocultación del deudor.

⁵⁴ "Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur ne absentes damnentur, neque enim inaudita causa quemquam damnamus aquitas ratio patitur". Puede verse también el texto: "La Quiebra en el Derecho histórico español anterior a la codificación". JUAN ANTONIO ALEANDRE. Universidad de Sevilla, 1970.

sus bienes, de tal modo que la satisfacción de los acreedores se procuraba mediante la aplicación de la legislación criminal. De ahí es que la fuga del fallido se consideraba como el primer elemento base de una conducta fraudulenta, violando la confianza debida a la "universitas mercatorum".⁵⁵

La fuga o ausencia prolongada tuvo diversos tratamientos en los principales sistemas jurídicos europeos, a lo largo del desarrollo del derecho concursal, tendiéndose progresivamente a procurar algún procedimiento acorde con la posibilidad de que el fallido fugado pudiese retornar, a fin de a lo menos procurar algún ordenamiento en medio de la crisis que permitiera a los acreedores obtener algún nivel de pago respecto de sus créditos.

No es nuestro propósito efectuar un análisis de tal evolución, sino destacar la situación en Chile, que tiene relación con las causales de la quiebra. En efecto, nuestro país aplicaba hasta 1837 enteramente la legislación española, la que a partir de dicha fecha se ve fuertemente modificada por la legislación nacional, hasta la promulgación del Código de Comercio, en 1865.

Antecedió al Código, la ley de 8 de febrero de 1837, la cual era parte del conjunto denominado "Leyes Marianas", por ser su principal autor don Mariano Egaña, la cual reguló el convenio, que podía ser propuesto por el deudor civil o comercial, y podía ser anterior o posterior a la quiebra, el cual no podía ser considerado si el proponente era un "alzado", o acusado de quiebra fraudulenta, como así también los que después de haber hecho cesión de bienes, o de estar concursados, se fugaren o no comparacieren al llamamiento del juez. Las proposiciones debían acompañarse con las listas de bienes, el valor de éstos en forma estimada, los acreedores y las deudas que tenía el proponente. Tan sólo una vez aprobado el convenio, el deudor podía ser excarcelado. En dicho momento el deudor volvía a asumir la administración de los bienes, la que siempre se encontraba sujeta a una intervención, ya que si en el Convenio no se designaba un interventor, éste debía ser designado por el Juez, hasta el cumplimiento de los términos del convenio.

El concurso está tipificado en el artículo 82, el que expresaba:

⁵⁵ Los "capitula mercatorum" de Lucca prevén incluso la tortura, para inducir al deudor a pagar. También se contemplaban la pérdida de la ciudadanía, la prohibición de ejercer el comercio u oficios; publicación de la efígie del fugado. Una bula del Papa Pío V, en 1570, considera a los quebrados como ladrones y defraudadores, incluso a los que quiebran por negligencia o disipación. En el derecho español el quebrado era considerado ladrón, conforme a la Pragmática de los Reyes Católicos y las Cortes de Lérida y de Barcelona en los años 1301 y 1299, respectivamente, al someterlos a prisión establecieron que sólo podían alimentarse nada más que a pan y agua.

"Compareciendo más de dos opositores con títulos distintos solicitando prelación, el juez por el mismo auto en que ordene la citación prevenida en el artículo 72, o por otro posterior, decretará llanamente que se forme concurso a los bienes del deudor".

En el título III, Sección segunda, se regulaba el convenio entre el deudor y sus acreedores.

Cabe destacar que la legislación de 1837 no hacía distinguir alguno entre deudor comerciante y deudor civil, estableciendo la regla siguiente:

"Todo deudor, tenga o no tenga juicio pendiente con sus acreedores o en cualquier estado que se hallare el concurso formado a sus bienes, puede hacerle las proposiciones de convenio que tuviere a bien".

Debe destacarse que en aquella época el deudor debía ser puesto en prisión si no daba fianza de saneamiento en acto continuo de haberse hecho la traba del embargo, según disponía el artículo 6° N° 2 de la ley. La fianza de saneamiento consistía en la obligación del fiador en asegurar, "con sus propios bienes, que los que le han sido embargados al deudor son propios de éste, i que con ellos cubrirá su responsabilidad".⁵⁶

Agregaba la ley que si el deudor no hubiere hecho antes cesión de bienes, debía datar su solicitud desde una prisión pública. A su vez, el artículo 149 de la ley, expresaba que:

"El deudor que solicitare convenio debe ser conducido a una prisión pública, durante el juicio de convenio, en los mismos casos que el deudor que hiciere cesión de bienes".

Es decir, no obstante que el legislador preveía la concordancia entre acreedores y deudores acerca de pactar quitas o esperas, objeto principal de los convenios, presumía que este deudor debía ser puesto de inmediato en prisión, de la que sólo podía salir con acuerdo de sus acreedores, lo cual hacía en extremo difícil el llegar a una proposición de convenio por parte de un deudor, sin perjuicio de que el acuerdo se pudiese llevar adelante una vez declarada la quiebra, regulada en la misma ley de 8 de febrero de 1837.

Puede apreciarse, pues, que nuestra primera legislación al igual que las legislaciones de las repúblicas italianas del medioevo, insistían en el

⁵⁶ La ley de 1837 contenía una gran cantidad de disposiciones acerca del tratamiento del deudor preso, cuyo costo era de cargo del acreedor, sin perjuicio de poder exigir del mismo deudor el reembolso del costo de la prisión, ascendente a un real por día, que debía pagar el acreedor por adelantado, por semanas completas.

carácter punitivo de la quiebra, dando un gran realce al tema de la fuga del deudor, ya que la prisión por deudas era una norma de general y frecuente aplicación. Obvio resulta decirlo, pues, que el deudor, enfrentado a la prisión buscaría la forma de fugarse, a fin de no enfrentar tal situación. Igual concepción se puede encontrar en la legislación dictada en la Gran Bretaña, por Eduardo I, en el denominado estatuto de Acton Burnell en 1283, mediante el cual se estableció un nuevo método "fool proof" de documentación de deudas. Acreedor y deudor comparecían ante los Alcaldes de Londres, York o Bristol, reconocerían la deuda y ésta se registraría. El acreedor recibiría seguidamente el título del deudor "with were a special royal seal (kept by the mayor for this sole purpose) as well as the debtors".⁵⁷ Este estatuto debía ser una norma de carácter general, exceptuándose a los judíos, que tenían otras normas, pudiéndose someter a ellas también los no mercaderes y los clérigos, ya que estos últimos estaban excluidos del eventual apresamiento. En 1285 Eduardo I hizo aprobar el estatuto de Mercaderes, el que complementaba el estatuto de Acton Burnell con nuevas garantías. En efecto, si en este último estatuto era un último recurso la prisión, ahora bajo el nuevo estatuto el deudor pasaba a prisión hasta el final de las actuaciones.⁵⁸

Sin embargo, detrás de la fuga del deudor o de su ocultamiento, hay un hecho fundamental que constituye el presupuesto esencial y necesario, del cual se derivan las causales de la quiebra, siendo éste el estado de insolvencia.

3. LA INSOLVENCIA

La insolvencia es un estado o situación en la que el deudor o empresario padece de una impotencia patrimonial para satisfacer regularmente sus propias obligaciones, que tiene diversas manifestaciones.

El artículo 5°, inciso segundo de la Ley de Quiebras de Italia, expresa:

"El estado de insolvencia se manifiesta con incumplimientos u otros hechos exteriores, los cuales demuestran que el deudor no es capaz de satisfacer regularmente sus propias obligaciones".

Recurrimos al texto italiano, pues dicha legislación es la primera que se aparta, dentro del derecho "continental", del modelo francés, el cual como se ha visto, gira en torno al concepto de cesación de pagos.

⁵⁷ T.F.T. Plunknett, *Legislation of Edwards I*, Oxford, 1949.

⁵⁸ Op. cit., en nota 55.

La norma italiana posee un doble contenido, ya que por una parte expresa lo que según el legislador constituye el estado de insolvencia y por otra cómo este estado se manifiesta.

3.1. *Doctrina*

Garrigues sostiene que: "la insolvencia es la situación propia del patrimonio impotente para responder de todas las deudas que lo gravan. Pero la insolvencia que da lugar a la quiebra es una insolvencia permanente o definitiva".⁵⁹

Puede darse el caso que exista una cesación de pagos, pero que ello no implique insolvencia, pues el deudor se enfrentará a una situación de caja difícil, en la cual no disponga de dinero para cumplir con sus obligaciones, pero en el cual su patrimonio sea más que suficiente para hacer frente a sus obligaciones.⁶⁰

Pero hay que reconocerlo, la principal causa de la cesación de pagos deviene de la insolvencia.

El concepto de insolvencia no ha sido fácil establecerlo, ya que existen diversas acepciones en la terminología legal de lo que se entiende por insolvencia.

Así, el Código Civil Italiano, en el artículo 221, en combinación con el artículo 5° de la ley de 1942, se refiere al estado de insolvencia, el que constituye un estado económico inescindible.

Provincially, en el Tratado de Derecho de Quiebra, ya citado, indica: "Insolvencia es un concepto distinto de insolvabilidad. Según la significación literal, insolvente es aquel que no es solvente: esto es, aquel que no paga." Seguidamente acuña el término de "Insolvable", que es aquel que es insolvente porque no puede pagar (aunque quisiera). "Por ende, sólo la insolvabilidad se refiere propiamente a un estado objetivo del patrimonio considerado en su capacidad activa de poder cumplir; e implica un proceso de valoración del patrimonio, que constituye también interpretación del hecho objetivo de la insolvencia, esto es, del hecho de que no se paga". Agrega Provinciali que "la insolvencia puede ser voluntaria (por negligencia, resistencia o deliberada refutación) o independiente de la voluntad del deudor: la "insolvabilidad es del todo independiente del querer del deudor".

⁵⁹ Tomo II, p. 429. *Curso de Derecho Mercantil*. Madrid, 1983. 8ª edición.

⁶⁰ *El concurso preventivo y la quiebra*. Héctor Cámara, Volumen I. Depalma, 1982. Buenos Aires, Presupuestos de los concursos, p. 235, en nota N° 30.

dor". Concluye este autor, sosteniendo que la insolvencia es del deudor; la "insolvabilidad" es propia del patrimonio.⁶¹

En cambio, la doctrina española distingue entre insolvencia provisional y definitiva, siendo la primera el hecho objetivo del impago y la segunda es la imposibilidad de pagar.⁶²

Debe reconocerse que la insolvencia presupone un proceso de deterioro de un determinado patrimonio. Provinciali se refiere a éste como "depauperización". Tal proceso lleva finalmente a un estado de cesación de pagos.

Tal como lo reconocemos precedentemente, puede existir una cesación de pagos, sin este proceso de deterioro progresivo o fulminante de un patrimonio, que lleva a un determinado deudor a la imposibilidad de pagar.

La insolvencia a nuestro juicio, siempre es no poder pagar, es una imposibilidad de que el patrimonio genere recursos para pagar. La cesación de pagos puede existir sin insolvencia, por hechos voluntarios o involuntarios del deudor, que pueden provenir de la insolvencia o de una falta de caja o de liquidez, la que puede ser transitoria o permanente, en cuyo caso el remedio consistirá en hacer líquido un patrimonio.

La insolvencia no dice relación alguna con la voluntad de pagar o no pagar, sino con la imposibilidad de pagar, vinculada a este proceso de deterioro del patrimonio, que no es capaz de generar recursos para cumplir con las obligaciones contraídas.

De este modo la insolvencia subjetiva, vinculada a la denegación de pagar o también denominada de incumplimiento ilegítimo o doloso, no es una insolvencia técnicamente hablando, sino una negativa de pago, culpable o dolosa, pero siempre podemos encontrarlos ante un patrimonio solvente, es decir con capacidad de generar recursos para hacer frente a las obligaciones.

Por el contrario, la insolvencia objetiva es propia del patrimonio deteriorado, incompleto, alterado o destruido, sea por causas inherentes a su administrador o titular o por causas externas.

El hecho de que el patrimonio sea capaz de generar recursos para hacer frente a las obligaciones, implica que es un patrimonio solvente, aunque ello aún puede distar largamente de ser apreciado así por los acreedores, ya

⁶¹ Op. cit., pp. 251 y 252. Volumen I. El autor argentino OSVALDO J. MAFFÍA toma los conceptos referidos de insolvencia e insolvabilidad contrastando las diferentes posiciones de la doctrina italiana hasta 1985, época en la cual escribió el texto al cual hacemos referencia. *Derecho Concursal*. Tomo I. Víctor Zavala, editor. 1985, p. 123.

⁶² Comentarios al texto de la obra de RENZO PROVINCIALI, p. 252 de op. cit.

que su flujo de generación de recursos puede ser muy lento, medianamente lento o rápido para reponerse y hacer frente a las obligaciones que se sustentan en él.

Resulta imposible así dar una regla general, la que deberá ser evaluada en cada caso, según el contexto en el cual se desenvuelve el patrimonio afectado. Es por ello que en determinadas circunstancias la insolvencia será irremediable si los acreedores no son capaces de soportar el plazo de pago y preferirán la liquidación o la venta de dicho patrimonio, que podrá conllevar un castigo de los créditos que el patrimonio objeto de la venta sea capaz de soportar, conforme a los criterios del adquirente.

3.2. *Objetivo del derecho concursal*

El derecho concursal busca remediar el desorden patrimonial que afecta a los acreedores, colocando al patrimonio en una situación en que pueda ser ejercitado el derecho de prenda general adecuadamente, con justicia y racionalidad. Constituye pues un objetivo esencial del concurso, el principio de prenda general sobre el patrimonio del deudor que tienen todos los acreedores sobre los bienes del deudor, principio que es menester hacer realidad práctica y en el momento adecuado, materia básica en el desarrollo de este proceso, ya que el tiempo transcurre imponiendo hechos que siempre agravarán la injusticia del caso.

Las vías que utiliza el derecho concursal serán ejecutivas, cual es el caso de la quiebra con liquidación de los activos del patrimonio fallido; cautelar o protectivas si la vía es la de los convenios preventivos o de alzamiento de la quiebra ya declarada, salvo el caso de algunos entes que gozan de medidas preventivas especiales, como lo son los bancos y las compañías de seguros; vías intermedias de conservación de los activos del patrimonio, para ser transferidos a terceros o a los propios acreedores, con cargo a sus créditos, o de salvamento de la empresa insolvente, mediante las múltiples y especiales consideraciones que los acreedores en conjunto con el titular del patrimonio insolvente adopten para la operación de salvamento.

Se ve así que la denominada impotencia patrimonial es de la esencia de los institutos concursales, los que se ponen en marcha frente a esta situación, sin perjuicio que las normas legales establezcan otros presupuestos para determinadas acciones, en particular la declaratoria de quiebra.

Los institutos concursales resultan así ser un remedio en contra de la insolvencia de un determinado patrimonio y no contra el incumplimiento

de las obligaciones. Cuando dicho incumplimiento de las obligaciones se deriva de la insuficiencia, deterioro o impotencia de generar recursos para cumplir las obligaciones, cobra verdadera relevancia el conjunto de institutos concursales, cuya expresión definitiva es la quiebra con la consecuente liquidación del patrimonio, que no es capaz de recomponerse o desarrollar una evolución normal y beneficiosa para el deudor, los acreedores y el conjunto de la economía, sea regional o general, asegurando a los acreedores un tratamiento igualitario, sin perjuicio de las excepciones legales o convencionales generadas dentro de tiempos regulares.

De aquí es que resulta extraño, según nuestro parecer, a la concepción de las causales de la quiebra, en particular a los denominados presupuestos objetivos de la quiebra, que éstos consagren a los títulos ejecutivos impagos como un presupuesto sustancial por excelencia, como lo constituye la actual ley N° 18.175, en Chile, según se analizará más adelante.⁶³ Recuérdese, según ya se dijo, que la legislación concursal de Brasil también comparte la idea de dar primacía a la causal de quiebra basada en la impuntualidad en el pago de las obligaciones, siempre que consten en títulos ejecutivos.

El título ejecutivo, más que ningún otro, implica una relación particular entre el acreedor y el deudor, cuyo tratamiento puede o no ser motivo de una declaración de quiebra. Pero mucho más importante que el impago de un título ejecutivo lo constituye el estado de insolvencia, una de cuyas manifestaciones puede ser la mora en el pago de una acreencia que consta en un título ejecutivo o de títulos que carecen de la característica de la ejecutividad. El legislador así está estimulando a que la actividad mercantil se desarrolle mediante la búsqueda incesante de títulos ejecutivos o que la actividad industrial, comercial y otras presionen constantemente al legislador para generar títulos ejecutivos al alcance de sus posibilidades y acorde con la naturaleza de éstas.

3.3. *La insolvencia como causal específica de la quiebra*

El estado de insolvencia conducirá necesariamente a la cesación de pagos, como una consecuencia lógica de la imposibilidad de un patrimonio de afrontar las obligaciones que se sustentan en él, pero que se demuestran mucho más allá de dejar de pagar un título ejecutivo, ya que a esas alturas existirán muchos títulos no ejecutivos impagos, ya que los que carecen de

⁶³ Artículo 43 N° 1 de la ley N° 18.175.

tal atributo no podrán servir para iniciar un expediente de quiebra, razón por la cual el deudor preferirá los títulos no ejecutivos frente a los que poseen esta cualidad.

El concepto de insolvencia, a su vez, puede aclararse si se contraponen al concepto de incumplimiento, en la forma como está expresado en la legislación italiana, ya que este último es un hecho y en cambio aquél, representa un estado. En el derecho italiano, el estado de insolvencia del empresario comercial se realiza en presencia de una situación de impotencia funcional y no transitoria, para satisfacer regularmente y con medios normales las obligaciones propias.⁶⁴

El incumplimiento afecta a un acreedor, el cual está vinculado al patrimonio del deudor, mediante la convención o la ley. Ciertamente puede afectar a muchos acreedores o a todos, coincidiendo en tal caso con no sólo la cesación de pagos, sino con la misma insolvencia, ya que obviamente, un deudor que no paga a todos o a una parte sustancial de sus acreedores, no es porque no quiere pagar o porque impugna los créditos que se le cobran, sino porque su patrimonio es incapaz de satisfacer las acreencias a que se encuentra obligado.

Pero lo propio de la insolvencia, como un estado patrimonial, es que afecta a todos los acreedores, siendo una situación generalizada. Podrá el titular o administrador del patrimonio pagar a algunos, pero no puede pagarles a todos, generando de este modo una situación injusta entre sus acreedores, que entra a regular el derecho concursal, estableciendo la forma y cuantía de cómo deberán ser satisfechos los distintos acreedores.⁶⁵

Para analizar debidamente la situación de un patrimonio insolvente debe estarse al pasivo de corto plazo, cual es el que el empresario deberá hacer frente, ya que el pasivo de largo plazo no le es exigible sino en cuanto es incapaz de servir las deudas cuyo vencimiento son más próximas.⁶⁶ Ahora si el deudor obtiene una prórroga generalizada del vencimiento de sus créditos más próximos, es de toda evidencia que no existe un cuadro de insolvencia, puesto que precisamente el deudor ha obtenido una

⁶⁴ Véase al respecto "Diritto Fallimentare" Compendi Giuridici. Coordinato da Giovanni Lo Cascio. IPSOA. 1996, p. 248.

⁶⁵ FRANCESCO FERRARA JR. y ALESSANDRO BORGIOLO, en "Il Fallimento", 5ª edizione, 1995, Capítulo 8.16, en nota 2 disienten de la doctrina postulada por Provinciali en relación con el concepto de insolvencia ya indicado, consideran artificioso el concepto de "insolubile", creado por este último.

⁶⁶ Artículo 1496 del Código Civil.

prórroga, lo que demuestra que su crédito está vigente con sus acreedores.⁶⁷

Por otra parte, el patrimonio deberá ser considerado insolvente si no es capaz de satisfacer "regularmente" los créditos, regularidad que corresponde con los plazos pactados, de tal modo que el patrimonio podrá ser de un grado importantemente superior a los pasivos, pero cuya liquidación para atender regularmente a los vencimientos de los créditos, exige una liquidación del mismo que no guarda relación con el tiempo suficiente para obtener un valor esperado superior al de los pasivos.

Los casos que pueden darse son múltiples y complejos, como lo demuestran los hechos, toda vez que el patrimonio empresarial no es un conjunto de bienes detenido e inactivo, sino muy por el contrario, la empresa es un órgano vivo, cuyo patrimonio va cambiando incesantemente, a medida de la realización de actos productivos o incluso en la omisión de una actividad dada. La dinámica empresarial es de una naturaleza compleja, que se refleja en el patrimonio de ella, lo cual naturalmente es imposible de mostrar en los estados financieros o en el balance de la misma, el cual tan sólo representa una técnica demostrativa a un momento determinado, de un aspecto de lo que tiene, lo que debe y sobre los flujos financieros, cuyos resultados pueden determinarse en dicho momento. Es por ello que situaciones de momentánea iliquidez, pueden llevar a la conclusión de una situación de insolvencia, no obstante que el crédito de la empresa se mantiene, en razón de la postura asumida por el mercado financiero.

De ahí que los tribunales italianos exigen que el estado de insolvencia debe estar caracterizado por hechos ciertos y no sobre la base de elementos hipotéticos.⁶⁸

Por otra parte el estado de insolvencia debe tener una manifestación exterior a la empresa, ya que si no existe la tal manifestación, en razón de darse cumplimiento a las obligaciones de ésta, la insolvencia será meramente contable, reflejada posiblemente en la pérdida del capital de la sociedad, lo cual al menos dentro del derecho chileno, carece de relevancia

⁶⁷ Así lo ha sostenido la jurisprudencia italiana, en sentencias de casación de 1992 N° 8656, N° 812 N° 1026, N° 5524 y en 1993, N° 1135. Dichas sentencias están citadas en nota en op. cit. de Ferrara y Borgioli. Los autores citados, conjuntamente con Concetto Maria Ruggeri, en Diritto Fallimentare, Coordinato da Giovanni Lo Cascio, IPSOA, 1996, se refieren en este caso al Pactum de non petendo, que como se sabe los acreedores se inhiben de iniciar acciones o de promoverlas para obtener el cumplimiento coactivo de las obligaciones.

⁶⁸ Así lo ha sostenido la jurisprudencia italiana, en sentencia de casación de 1992 N° 12.383. Il fallimento 1993, op. cit. en nota N° 64, 510, N° 1135.

legal, puesto que no se extingue la sociedad ni ésta es afectada en nada en su existencia y desenvolvimiento.⁶⁹

La evolución del concepto de insolvencia se remonta específicamente a principios del siglo XX. Bonelli-Andreoli (1905), a la que se agrega D'Amelio y Asquini, para culminar en la ley italiana de 1942, apartándose definitivamente del principio francés de cesación de pagos.⁷⁰

3.4. Crisis

A su vez, el estado de insolvencia puede ser el efecto de dificultades o crisis empresariales complejas, viniendo a ser tales crisis el presupuesto de la insolvencia y ésta a su vez, la causa de la cesación de pagos.⁷¹ Debe reiterarse que la legislación italiana se refiere a la insolvencia, no sólo en relación con los incumplimientos sino también cuando es producida por la fuga o rebeldía del deudor o empresario, así como también por la clausura del local, ocultamiento de bienes o disminución fraudulenta del activo, entre otros casos.⁷²

El concepto de crisis deviene del Derecho Concursal francés, el que ya en 1967 pretende solucionar las crisis empresariales mediante medidas de prevención, antes de que la insolvencia sea el factor detonante de la quiebra, manifestada en la cesación de pagos. Se pretende que los acreedores no esperen pacientemente que el deudor sea quien se decida a presentarse ante el juez para comunicar su estado de insolvencia, el que puede a esas alturas no tener una solución que no sea castigar a los mismos acreedores.

Sin embargo el concepto de cesación de pagos ha seguido siendo el eje en torno al cual ha continuado evolucionando el Derecho Concursal Francés. Es así, como el artículo 3° de la ley de 25 de enero de 1985, confirmando una sentencia del Tribunal de Casación, en lo comercial, de

⁶⁹ Constituye una excepción a lo anteriormente expresado la legislación cooperativa chilena. Esta situación se mantiene, no obstante las significativas reformas contenidas en la ley N° 19.832. Véase al respecto, *Introducción al Derecho Cooperativo Chileno*. J.P. ROMÁN. Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 325.

⁷⁰ OSVALDO MAFFÍA, Capítulo IV, *Derecho Concursal*, p. 159. Tomo I. Víctor Zavala. Editor. Buenos Aires, 1985. Puede encontrarse un detallado análisis del concepto de insolvencia en la obra del concursalista argentino Maurizio Yadrola. El concepto técnico-jurídico de la cesación de pagos. Citado por H. P. GARAGUSO, *Ineficacia Concursal*, p. 63. Depalma, 1981. Argentina.

⁷¹ OSVALDO MAFFÍA hace sinónimos los conceptos de insolvencia y cesación de pagos. Capítulo IV, *Derecho Concursal*, p. 116. Tomo I. Víctor Zavala. Editor. Buenos Aires, 1985.

⁷² Artículo 7°.

14 de febrero de 1978, dispuso que el procedimiento de reorganización y liquidación judicial se abre cuando el deudor se encuentra en la imposibilidad de hacer frente a su pasivo exigible, con su activo disponible.

En efecto, el artículo antes indicado dispone:

"El procedimiento de reorganización judicial está abierto a toda empresa mencionada en el artículo 2° que se encuentre en la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible.

La apertura de este procedimiento deberá ser solicitada por el deudor a más tardar dentro de los quince días siguientes a la cesación de pagos definida en el inciso precedente".

Es decir, el legislador francés ha procedido a definir lo que se entiende por cesación de pagos, sin perjuicio de las precisiones que corresponde formular a la jurisprudencia. La cesación de pagos estaría pues compuesta por la imposibilidad de hacer frente al pasivo exigible con el activo disponible.

Se ha expresado que esta situación "es en el hecho una crisis de tesorería que puede estar constituida por la falta de pago de una sola deuda y que no implica por ello una situación irremediablemente comprometida".⁷³

Siguiendo al autor citado en la nota precedente, Jean-Michel Daunizeau, éste indica que el pasivo exigible no tiene mucha relación con el concepto contable que se conoce habitualmente, sino que dice más bien con el hecho de las deudas de plazo vencido, no controvertidas y respecto de las cuales el pago ha sido efectivamente exigido por los acreedores. Agrega este autor que el pasivo debe ser no solamente exigible sino también debe de haber sido exigido. Señala al efecto un fallo de la Corte de apelación de Aix, en la cual se establece que no hay cesación de pagos desde que los banqueros no han exigido el pago de sus acreencias y se les ha pagado a los proveedores.⁷⁴ Concluye el citado autor que la noción de pasivo exigible es mucho más estrecha que aquella establecida por las prácticas de la contabilidad.

Daunizeau establece que el activo disponible está constituido por los fondos que maneja la tesorería de la empresa, o los que pueda movilizar de sus bancos, de los valores realizables susceptibles de una conversión

⁷³ Sentencias de la Corte de Casación y de los Tribunales de Apelación de Toulouse y de París, citados por JEAN-MICHEL DAUNIZEAU, "Les Entreprises en Difficulté", *Pratique Bancaire et Juridique*. Banque Editeur, 1996.

⁷⁴ Op. cit., p. 40.

inmediata, tales como los valores mobiliarios a la vista, así como de los fondos disponibles en tesorería de carácter potencial constituidos por todas las facultades de crédito de que pueda disponer la empresa y que no hayan sido totalmente utilizados. En consecuencia no pueden en caso alguno ser considerados los bienes hipotecados o que se encuentren caucionando obligaciones.⁷⁵

Cabe resaltar que el derecho francés ha continuado su evolución con la ley 94-475 de 10 de junio de 1994, la cual reformó las leyes de 1984 y 1985. En palabras de M. Pierre Bézard, Presidente de la Cámara Comercial de la Corte de Casación⁷⁶, éste expresaba al comentar la referida legislación:

"Este texto mira a restablecer un equilibrio que mucho se deseaba ver reintroducido. ... Equilibrio primero entre la economía y lo jurídico. Estoy muy impresionado de ver que cada vez más efectivamente, es importante para nosotros los juristas que no perdamos jamás de vista esta obligación, la economía es fundamental, y que el derecho viene en apoyo de la economía. Las empresas en dificultades, las dificultades de la economía, el tratamiento de estas empresas, son siempre primero problemas económicos".

No obstante la nueva legislación no ha formulado modificaciones al concepto de cesación de pagos, como presupuesto material para la apertura del procedimiento de reorganización de la empresa en crisis o en dificultad.

La legislación francesa ha permitido distinguir entre la cesación de pagos, el apuro financiero momentáneo y más que nada entre la cesación de pagos y la insolvencia.

La cesación de pagos en la legislación de 1985 del Derecho Concursal francés, se caracteriza por la reunión en sí de tres elementos, a saber: la suposición de la existencia de un pasivo exigible, lo cual implica la existencia de deudas líquidas, exigibles y ciertas. La reorganización o la liquidación, ambas de carácter judicial, pueden ser decididas bajo la existencia de una sola deuda de plazo vencido.⁷⁷ En segundo lugar la existencia de este pasivo exigible debe ser comparado con el activo disponible, lo que diferenciaría con fuerza a la cesación de pagos de la insolvencia.

Lo que caracterizaría a la cesación de pagos de la insolvencia sería la ausencia de disponibilidad inmediata suficiente para pagar el pasivo de

⁷⁵ Daunizeau cita abundante jurisprudencia en nota N° 41, en el texto citado.

⁷⁶ Le nouveau droit des défaillances d'entreprises. Dalloz, 1995.

⁷⁷ La naturaleza civil o comercial de la deuda carece de importancia para la aplicación de la legislación.

plazo vencido, en otros términos, la imposibilidad de obtener al menos el concurso de los acreedores, bancarios en especial, para hacer frente a las deudas de plazo vencido⁷⁸. Finalmente, y en tercer lugar, el deudor debe estar en la imposibilidad de hacer frente, con el activo disponible al pasivo exigible. Los tribunales franceses han precisado que la cesación de pagos no es un desequilibrio financiero cualquiera, sino muy por el contrario, traduce una imposibilidad en la cual se encuentra el deudor de restablecer una situación sana y un equilibrio durable.⁷⁹

El Derecho francés ha recurrido al concepto de empresa en dificultad, para configurar un estado de crisis empresarial, colocando el acento en procedimientos preventivos o de reorganización empresarial.

Dicho concepto de crisis fue también expuesto para influir en el cambio del régimen concursal español por el Profesor Angel Rojo Fernández-Rio⁸⁰, señalando:

"la apertura del concurso habrá de fundarse en la existencia de una situación de crisis económica del deudor común, en la que se prescinde de los conceptos jurídicos tradicionales para determinar el presupuesto objetivo del concurso. Ya no se habla de "insolvencia", se habla de "situación de crisis económica", concepto meta jurídico y -lo que es más importante- sin posibilidad de ser confundido con los que habitualmente utilizan las Leyes Concursales. Un concepto abierto y, en consecuencia, cambiante, que habrá de evolucionar a lo largo del tiempo. Determinar si el deudor se encuentra o no en una situación de crisis económica constituirá una cuestión de hecho y, en cuanto tal, sometida a la libre apreciación del Tribunal de la instancia".

El mismo Rojo agregaba:

"Si el Anteproyecto utiliza el término "situación de crisis económica" es por un doble afán de desvincular el derecho proyectado de una terminología tan confusa como imprecisa, y sobre todo por dejar patente que la insolvencia no agota la patología de la empresa moderna y, en consecuencia, no puede ser presupuesto único -o principal- para la apertura del concurso. La insolvencia es sólo el último grado de la patología. Toda situación de insolvencia constituye una situación de crisis económica, pero la proposición inversa resulta inexacta".

⁷⁸ Droit Commercial. MICHEL JEANTIN. *Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*. 4^e édition. Dalloz, 1995.

⁷⁹ Trib. com. Lille 4 Mars 1985. Citado por Michel Jeantin.

⁸⁰ "El estado de crisis económica". La Reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal Español. Forum Universidad-empresa. Editorial Civitas. 1982, pp. 157 y 158.

Parece oportuno señalar que el referido Proyecto de Ley Concursal del Derecho Español señalaba seis categorías de hechos reveladores de la crisis económica, a saber:

1. Sobreseimiento general de pagos.
2. Sobreseimiento especial o sectorial, en el cual la situación se circunscribe a determinado tipo de obligaciones.
3. Embargos por ejecuciones.
4. Desbalance patrimonial.
5. Desaparición del deudor y abandono de sus funciones por parte de los administradores.
6. Abandono, alzamiento y liquidación de bienes.

El Proyecto de Ley Concursal española de 1983 en definitiva no prosperó y en 1995 se elaboró una nueva propuesta⁸¹, la que se enmarca en una posición de equilibrio entre concepciones clásicas y modernas de la legislación concursal. Este nuevo proyecto tiene como presupuesto objetivo de la declaración del concurso a la insolvencia, en vez del "estado de crisis económica". La insolvencia es definida como el estado en que el deudor por insuficiencia de bienes propios o por falta de crédito, se encuentra en la imposibilidad de cumplir puntualmente sus obligaciones⁸².

El nuevo proyecto define incluso lo que se entiende por insuficiencia de bienes propios, en la cual el pasivo exigible es superior al activo real. El problema de la prueba de la insolvencia, que es el tema más criticado dentro de esta materia por la dificultad que implica para los acreedores que solicitan la declaración de quiebra del deudor insolvente, se establecen en su beneficio y ayuda a diversas presunciones que permiten inducir la situación de insolvencia, tales como la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten a la totalidad o a la mayor parte del patrimonio del deudor. También se presume la falta de crédito cuando el solicitante de la quiebra sea titular de uno o más créditos que hubieran

⁸¹ En junio de 1994 el Ministro de Justicia e Interior comunicó a la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, los criterios básicos para la elaboración de un nuevo proyecto, el cual fue encomendado para su elaboración al ya mencionado profesor Rojo, miembro permanente de la Sección y miembro de la ponencia que se elaboró en 1983.

⁸² La definición indicada se asemeja en mucho a la contenida en la Ley de Quiebras de Portugal. Esta ley expresa como presupuesto objetivo como "carencia de medios propios e por falta de crédito (art. 3).

vencido, al menos, tres meses antes de la presentación de solicitud de concurso.

El concepto de crisis está estrechamente vinculado a la protección que el derecho concursal ha pretendido entregarle a la empresa, desvinculada ya de sus titulares y que en definitiva es sostenida o soportada por sus acreedores. La crisis en definitiva termina desvinculando a los titulares de la empresa del dominio y por ende del control que dicho derecho les otorga, tal vez como una sanción ante el hecho de no haber podido sortear la crisis o en una gran cantidad de casos por haberla arrastrado hacia la crisis. Los acreedores ya no confían en sus controladores y prefieren sustituirlos, mediante complejos procesos que aun los sistemas jurídicos no terminan por regular adecuadamente.⁸³

La continuidad del giro de la empresa y su venta como una unidad económica, son institutos que con fuerza se han introducido en el Derecho Concursal de fines del presente siglo, a raíz de los análisis que se han formulado sobre la crisis empresarial que, cualquiera sea su causa, es inherente a la actividad que dichas entidades desarrollan durante su existencia.

3.5. *Los hechos reales frente a la crisis, la insolvencia o la cesación de pagos*

Hemos pretendido examinar con alguna detención los conceptos de cesación de pagos, insolvencia y crisis, desde un ángulo jurídico, a cuyo efecto hemos traído a colación los esquemas legales de aquellos países que han manifestado una elevada preocupación por los fenómenos concursales, motivados por el grado de reconocimiento que tienen sobre la empresa, como uno de los elementos esenciales del desarrollo y fortalecimiento socio-económico de sus pueblos.

Sin embargo la realidad de una crisis empresarial enfrenta a los proveedores que se mueven en torno a la empresa, de la misma manera que los comerciantes se entrelazaban entre sí, en el medievo de las Repúblicas Mercantiles Italianas, ya que siguen tales crisis golpeando con violencia a dichos proveedores. Igual situación enfrentan los inversionistas ajenos al control de la propiedad de la empresa, como los son las instituciones financieras y proveedores de créditos, incluyéndose entre éstos a las empresas de arrendamiento de bienes y aquellas que practican el servicio

⁸³ Civitas.

Esta es la realidad que debe enfrentarse en la doctrina, que no es más que la realidad dura y difícil del acreedor frente al incumplimiento de la obligación que ha pactado con su deudor en crisis.

El problema de la manifestación externa de la crisis de la empresa es de una relevancia extrema, porque desde el momento en que ella se exterioriza comienza a introducirse el derecho concursal al interior de la empresa. De aquí la esencial relevancia de las causales de la quiebra.

Hoy en día se puede comprobar que existen legislaciones a las cuales les interesa el estado de insolvencia, o crisis que experimenta la empresa desde que se hace público y comienza a afectar a la comunidad vinculada a una determinada empresa. Sin embargo hay otros a los cuales les interesa la situación progresiva que se va manifestando y que corresponde enfrentar a los controladores de la empresa, antes que llegue el momento final en el cual se exprese la crisis, mediante los mecanismos preventivos, los cuales en Chile están fundamentalmente radicados en las compañías de seguros y bancos. Durante el desarrollo progresivo de la crisis y antes de que se exprese ésta, lo que se pretende hacer es remover tal estado de crisis, a fin de que no desemboque en un incumplimiento de obligaciones tipificada en la cesación de pagos. El legislador en la mayoría de los casos ha empleado dos fórmulas clásicas para prevenir esta situación, fundamentalmente con el amedrentamiento económico, mediante las acciones de inoponibilidad y revocatorias y mediante las sanciones penales.

El tratamiento de la crisis preventiva no es objeto de nuestro análisis, sino que éste apunta a esclarecer las causales de la quiebra, que son la manifestación exteriorizada de la crisis ya desatada y que no ha podido ser controlada desde el interior de la empresa por sus controladores, por lo cual los acreedores tienen que tomar parte en ella, ya sea como partícipes de un convenio preventivo o como miembros de la masa de acreedores, destinada a administrar la liquidación de la empresa o su transferencia total o parcial a terceros.

La exteriorización de la crisis si no es voluntariamente asumida por el deudor, es exigida por uno o más acreedores, mediante la solicitud de quiebra o las demandas ejecutivas múltiples que a su vez dan origen a la quiebra. Si tal exteriorización no es asumida por el deudor, la colisión judicial se da en toda su integridad y es el tribunal el que deberá aquilatar la existencia de la tal crisis, mediante un procedimiento siempre sumario y muy particular, ya que lo que deberá buscarse es si el hecho revelador de la crisis es de la magnitud para estimar que se ha desatado ésta y que los controladores de la empresa no la han podido remover.

de cobro de créditos, muchas veces con el adelanto simultáneo de dinero en crédito.

También hay que reconocerlo, han emergido los inversionistas institucionales o pequeños vinculados a la propiedad de la empresa, aunque no a su gestión, los cuales también frente a las crisis empresariales terminan siendo verdaderamente expoliados en sus patrimonios.

Los afectados sólo reconocen los hechos⁸⁴, cuya consistencia más elemental es el impago de sus facturas, cheques, pagarés, letras de cambio o cuentas que se presentan y que se prorrogan indefinidamente. Es imposible para un extraño a la empresa aquilatar un estado de insolvencia o que la empresa enfrentará una crisis, en los términos ya comentados.

¿Con qué derecho se va a inmiscuir un proveedor de crédito o de bienes o servicios en el interior de la empresa, a fin de adoptar providencias para salvar su crédito? Si aun así se pudiere establecer tal derecho, que por lo demás se concede en numerosos casos a los acreedores financieros, ¿por qué razón sólo se otorgará a éstos y no a los proveedores de bienes o servicios? Muchas otras cuestiones pueden formularse a propósito del examen de los hechos reveladores de la crisis empresarial, pero no es ésta la ocasión de efectuar un examen detallado de estos asuntos, ya que lo que pretendemos es analizar las causas de la quiebra.

Sólo dejamos consignado el hecho de que a nuestro juicio el derecho a la información de la situación de la empresa es un derecho que debe ser compartido en forma igualitaria por todos los acreedores, cualquiera sea su calificación, en lo que se puede denominar "la par conditio informatorium". El privilegio en la información acerca de la eventual crisis empresarial es un tema complejo y que corresponde al denominado Derecho preventivo concursal.

Los hechos reveladores de la crisis, insolvencia o cesación de pagos, parten del incumplimiento de la obligación contraída por el futuro fallido, hecho que enfrenta su acreedor y que éste pone ante la decisión del juez, a fin de que se declare el procedimiento concursal abierto.

Es en ese instante en que el juez debe comenzar a evaluar si existe crisis, insolvencia o cesación de pagos, conforme a los criterios que le ha entregado el legislador, o debe rechazar la solicitud formulada por el mismo acreedor, ante la inexistencia de los presupuestos materiales u objetivos para la declaración de la quiebra.

⁸⁴ OSVALDO J. MAFÍA, en la obra ya citada, los denomina: "Los porfiados hechos".

La Ley de Sociedades Anónimas en Chile, en el artículo 101, establece sólo la obligación de informar por parte de la administración de la sociedad a sus accionistas de la situación de haber cesado en el pago de una o más de sus obligaciones, aunque éstas no consten en títulos ejecutivos. Las sociedades anónimas que califican de abiertas, conforme a la definición que se hace de ellas en el artículo 2° de la ley N° 18.046, además, deben comunicar tal hecho a la Superintendencia de Valores y Seguros.

Como se puede apreciar, la referida legislación utiliza siempre el concepto de cesación de pago de una o más obligaciones, en plena concordancia con la Ley de Quiebras.

De tal modo que el tribunal se ve enfrentado a lo que le dice el peticionario, en el caso que no se trate de un pedido de quiebra que formula el propio deudor. Ahora bien, el peticionario sólo actúa en razón del impago que le afecta o de su imposibilidad de continuar esperando por más tiempo una solución al estado de incumplimiento de pago de su deudor, todo lo cual expone ante el juez, siendo éste el hecho revelador más preciso de la situación de crisis.

De aquí es que han nacido legislaciones que le permiten al tribunal adentrarse en la realidad económica de la empresa y otras a las cuales sólo les basta con la relevancia del incumplimiento en el pago de una obligación, sin que le sea permitido al tribunal ir más allá.

Cabe señalar a la Ley Argentina de Quiebras y Concursos N° 24.522, contiene todo un conjunto de disposiciones destinadas a tratar orgánicamente el salvamento de las empresas en crisis. Sin embargo, dentro de la materia que nos interesa, sigue siendo la cesación de pagos el presupuesto material más importante y fundamental de esta legislación para la apertura del concurso y en particular para el concurso preventivo.⁸⁵ Incluso se establece una norma acerca de la prueba de la cesación de pagos, en el artículo 78, el cual dispone que:

"El estado de cesación de pagos debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de las causas que la generen".

⁸⁵ Otros presupuestos lo constituyen la cesación de pagos de una de las empresas que conforman un agrupamiento de empresas (art. 66 de la ley N° 24.522) y la declaración de concurso en el extranjero, lo que constituye causal objetiva para la apertura del concurso en Argentina, a solicitud del deudor o del acreedor, cuyo crédito deba hacerse efectivo en dicho país (art. 4° ley 24.522). Existen otras hipótesis de concurso judicial sin cesación de pagos, como lo son el concurso del garante, del socio ilimitadamente responsable y el de la quiebra por extensión.

Dicha norma hace que en la Argentina se siga con la tesis de que la insolvencia es sinónimo de cesación de pagos. Se complementa la disposición mencionada con el artículo 79 de la ley N° 24.522, la cual establece siete casos de los que se denominan hechos reveladores del estado de cesación de pagos, entre los cuales está el caso de la mora en el cumplimiento de una obligación, lo que constituye una de las figuras básicas de la cesación de pagos.

En el derecho concursal inglés también se encuentra una norma destinada a precisar un concepto semejante a la cesación de pagos (IA, s. 123 (1) (a)), mediante la cual se considera que una empresa o sociedad es "unable to pay its debts" si un acreedor, al que se debe una cantidad superior a 750 libras esterlinas, ha solicitado por escrito su pago y la empresa deudora no ha procedido a dicho pago o a afianzar la cantidad debida en el plazo de tres semanas.

La ley concursal alemana (Insolvenzordnung) de 5 de octubre de 1994, que entró en vigencia el 1° de enero de 1999, establece en el párrafo 16 el presupuesto de apertura a la insolvencia. Es deudor insolvente cuando éste no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos.⁸⁶ La ley alemana trata también lo que denomina "Amenaza de insolvencia", a la que califica también de presupuesto de apertura. Se establece que el deudor se encuentra en peligro de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento.⁸⁷

Con el objeto de precisar el concepto de insolvencia la ley alemana ha creado la figura del "sobreendeudamiento" o endeudamiento excesivo, el cual también es considerado presupuesto de apertura. Se define el sobreendeudamiento "cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones contraídas. No obstante, para la valoración del patrimonio del deudor se toma como base la continuación de la empresa, cuando de conformidad con la mayor parte de las circunstancias concurrentes la misma sea verosímil".

Procede, una vez hecho el análisis de los conceptos de cesación de pagos, insolvencia y crisis, examinar la concepción en la legislación chilena de las causales de la quiebra.

⁸⁶ Párrafo 17, II.

⁸⁷ Párrafo 18, II.

CAPÍTULO TERCERO
LOS HECHOS REVELADORES DE LA CRISIS
EN LA LEY DE QUIEBRAS N° 18.175

1. EL CONCEPTO DE CESACIÓN
EN EL PAGO DE UNA OBLIGACIÓN MERCANTIL

La Ley de Quiebras se refiere a la cesación de pagos de una obligación mercantil como presupuesto básico para solicitar la declaración de quiebra.

Los artículos 41 y 43 son los que tratan directamente de la causal de cesación de pagos, como presupuesto material y objetivo de la declaración de quiebra, en los siguientes términos:

“Art. 41: El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya **cesado** en el pago de una **obligación mercantil**”.

“Art. 43: Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, **cese** en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo.”⁹⁸

La voz “cesado” o “cese” que se emplea en los artículos 41 y 43, para establecer la causal de cesación de pagos, como presupuesto para la declaratoria de quiebra, significa suspender o dejar de pagar.

⁹⁸ La Ley N° 4.558, conforme al texto fijado en el año 1931, contenía disposiciones semejantes en los artículos 35 y 37, cuyos términos eran los siguientes:

“Art. 35. El deudor comerciante deberá solicitar la declaración de su quiebra antes que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya **cesado** en el pago de una obligación mercantil”.

Art. 37. Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos: 1. Cuando el deudor comerciante **cese** en el pago de una obligación mercantil”.

Es el hecho de estar en este estado consistente en haber dejado de pagar o que no se pague una obligación mercantil, lo que produce la causal de declaratoria de quiebra.

Los textos legales contenidos en los artículos 41 y 43 sólo exigen la exteriorización del cese en el pago de tan sólo una obligación mercantil, para atender a la existencia del presupuesto de la declaratoria de quiebra.

Se podrá entender lo exigente de las normas indicadas o estar en desacuerdo con ellas, pero es indubitable que el empleo de las expresiones "cesado" o "cese", dejan un campo extremadamente limitado para la hermenéutica, en razón de las reglas de interpretación de la ley a la luz de los sistemas o doctrinas señaladas anteriormente.

Los textos legales transcritos, cuya similitud con las disposiciones de la Ley N° 4.558 en lo que respecta al tema de la cesación de pagos son idénticos y son de una claridad meridiana. En efecto, la ley exige tan sólo una obligación mercantil para que el comerciante se vea en la obligación absoluta de pedir su propia quiebra o para que un acreedor de una obligación mercantil tenga el derecho de pedir la quiebra del deudor comerciante, frente a la omisión en que ha incurrido el deudor de solicitar su propia quiebra, o en subsidio formular proposiciones de convenio.

Hay que destacar que esta rigurosidad extrema sólo se refiere al comerciante y a partir de 1982 se amplía con respecto al industrial, al minero o agricultor, determinándose de esta manera a cuatro sujetos pasivos de esta situación, que la doctrina denomina como presupuestos subjetivos.

El concepto legal de la cesación de pagos, como presupuesto material de la declaración de quiebra para el comerciante, industrial, minero o agricultor, sea persona natural o jurídica, exige y establece que se trate de tan sólo que se haya cesado en el pago de una sola obligación mercantil.

En nuestro sistema legal no interesa que la cesación de pagos sea transitoria o definitiva, si quien cesa en el pago es solvente o insolvente, si el cese en el pago de una obligación mercantil es un ligero retraso o simple atraso, o un atraso grave, materias que están excluidas de la norma legal.

2. ¿ES NECESARIO ACUDIR A UNA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PARA APLICAR LOS ARTÍCULOS 41 Y 43 N° 1 DE LA LEY DE QUIEBRAS?

Las palabras son signos y ellas representan una idea. Aristóteles se refería así: "Lo que hay en el sonido son símbolos de las afecciones que hay en el alma y la escritura es símbolo de lo que hay en el sonido. Y así como las

letras no son lo mismo para todos, tampoco los sonidos son lo mismo. Ahora bien, aquello de lo que esas cosas son signos primordialmente, las afecciones del alma, son las mismas para todos y aquello de lo que éstas son semejanzas, las cosas, también son las mismas".⁸⁹

En el proceso de significación es preciso distinguir tres etapas o realidades diversas⁹⁰:

1. Las palabras escritas o pronunciadas;
2. Las afecciones del alma, o sea, las aprehensiones, juicios y razonamientos, y
3. Las realidades extralingüísticas.

La interpretación jurídica es un proceso intelectual o racional, a partir del cual los signos escritos o lingüísticos, el entendimiento de los términos o palabras escritas o enunciadas, se produce el entendimiento íntimo de su significado, constituyendo así proposiciones normativas, como las contenidas en los artículos 41 y 43 de la Ley de Quiebras. Es la realidad deóntica⁹¹, la causa de las proposiciones normativas. La proposición debe referirse en el caso de la norma jurídica, a la relación deóntica real que existe, en relación con las actividades económicas, sean comerciales, industriales, mineras o agrícolas, como las entiende la legislación y que determinan una estructura dada de relaciones entre las personas. "Y esta relación real debe ser conocida en el proceso de interpretación, porque sólo a través de su conocimiento es posible alcanzar plenamente la significación o el sentido a que se remiten en primera instancia las palabras con que la norma se expresa".⁹²

"Aquel que interpreta un texto normativo quiere llegar a saber, principalmente, no lo que el autor de ese texto ha dicho o querido decir, sino cuál es la regla de comportamiento -jurídico en este caso- pertinente a la situación que tiene entre manos".⁹³

De tal manera, que lo que se trata de saber es si un comerciante que tiene una obligación mercantil impaga está en el presupuesto de quiebra, conforme a la legislación chilena.

⁸⁹ Sobre la interpretación, I, 16a.3-8.

⁹⁰ CARLOS I. MASSINI CORREA. Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991. Editorial Jurídica de Chile.

⁹¹ Deontología: ciencia o tratado de los deberes.

⁹² CARLOS I. MASSINI CORREA. Op. cit.

⁹³ CARLOS I. MASSINI CORREA. Op. cit.

La respuesta tiene que ser: depende. ¿Depende de qué?

En efecto, si por un olvido o mala administración se produce no tan sólo una obligación impaga sino varias, el juez ante la demanda de quiebra formulada, ¿podrá declarar en quiebra a ese deudor? Lo cierto es que ante la notificación de la demanda de quiebra, el deudor se apresurará a pagar o a lograr un acuerdo con su acreedor, de tal modo que en este sencillo caso la situación y la norma imperativa y prescriptiva del artículo 43 de la Ley de Quiebra no es tan grave. A su vez, podría pensarse en elogiar lo drástico de la disposición, pues ha conferido un derecho fuerte y compulsivo al acreedor, quien al ejercer su derecho ha obligado rápidamente al comerciante a arreglar su situación y no perjudicar a su acreedor, con su olvido o mala organización.

La pregunta tiene una respuesta más compleja, si no hay un olvido sino una transitoria situación de iliquidez. ¿Puede el juez atender esta situación y desconocer el mandato imperativo de la norma, en cuanto ésta establece que existiendo una *obligación mercantil impaga*, concurre el presupuesto de la quiebra, bajo el pretexto de existir una situación transitoria de iliquidez?

La redacción establecida y mantenida por el legislador chileno, desde 1929, es distinta a la francesa del Código de 1807, pues aquella establece que basta con una obligación mercantil impaga, sin permitir examinar "un estado de cesación de pagos", que permitió a la jurisprudencia francesa como ya lo vimos, al colocarse en las diferentes hipótesis que permite el establecer "el estado de cesación de pagos". A nuestro juicio el legislador chileno de una manera uniforme y siendo más drástico que su modelo francés, modificado en 1929, ha impedido a la judicatura ir más lejos que la estrictez de considerar como bastante el presupuesto de estar sólo una obligación impaga para declarar la quiebra del comerciante. Puede apreciarse que al legislador chileno le repugna el concepto de "estado de cesación de pagos".

Existe así una clara diferencia entre el artículo 1325 del Código de Comercio de 1865 y la legislación existente a partir de 1929 hasta nuestros días, en cuanto aquella señalaba que la quiebra "es el estado del comerciante que cesa en el pago de sus *obligaciones mercantiles*". Se agregaba en el artículo 1327 que "para constituir el estado de quiebra no es menester que la cesación de pagos sea general". Sin embargo a partir de 1929, sólo basta con que el comerciante haya cesado en el pago de una sola obligación, para que se encuentre en la obligación de pedir su propia quiebra, o cuando cese en el pago de una obligación mercantil para que el acreedor que tenga un título ejecutivo pueda demandar la declaración de quiebra.

El factor de pluralidad de obligaciones mercantiles existente desde 1865 a la singularidad de una obligación mercantil en el año 1929, es el elemento determinante para transformar enteramente el instituto de la declaración de quiebra, en el caso del comerciante.

Sin embargo, el impago de una obligación mercantil ¿cuándo se produce?

En la vida comercial práctica, permanentemente el industrial, el comerciante, el agricultor se encuentran con que sus obligaciones las cumplen con un determinado tiempo de espera. En efecto, las empresas pagan sus obligaciones a los 30 días, 40 ó 60 días, según sistemas y prácticas que cada empresa tiene y que es aceptada por sus proveedores, ya sea en forma tácita o expresa. Distinto es el caso de los acreedores financieros, que mediante sofisticados contratos o mediante los clásicos instrumentos de crédito, tales como pagarés o letras de cambio institucionalizan sus relaciones con los deudores. En estos casos resulta claro que al vencimiento de alguna obligación, si no se ha pactado expresamente su prórroga, el deudor se encuentra frente al caso de haber cesado en el pago de una obligación mercantil. Pero, no obstante, si el acreedor no exige el pago de la referida obligación, sea mediante la vía judicial o extrajudicial, es evidente que el deudor está en presencia de una espera tácita. El acreedor, sin perder el derecho a exigir el pago de la obligación, está concediendo al deudor una espera para el pago de su obligación, en atención a determinados hechos que conoce y que estima aún que no constituyen una situación de insolvencia.

Debe destacarse, en todo caso, que esta es una situación enteramente unilateral del acreedor, de la cual no pueden resultar derechos al deudor, pues este tipo de espera en cualquier instante puede ser suspendida o más aún, terminada por el acreedor, que podrá exigir sea judicial o extrajudicialmente el pago del crédito. El deudor en tal caso se encuentra a merced de su acreedor, pues ha debido desde luego, a partir del día del vencimiento de la obligación o dentro de los 15 días de ocurrido este hecho, solicitar su propia quiebra o formular una proposición de convenio judicial preventivo.

En suma, concluimos que la legislación existente es determinante al establecer que basta con sólo una obligación mercantil para generar la exigibilidad de la quiebra y por ende el presupuesto sobre este particular dificultosamente, frente a un pedido de quiebra, admite una interpretación diferente a la literal señalada en los artículos 41 ó 43 N° 1 de la Ley de Quiebras.

Conforme se establece en las normas sobre interpretación de la ley, en los artículos 3°, 4°, 11, 13 y 19 al 24 del Código Civil, habrá de buscarse

el sentido de la ley, como elemento primordial, lo que incluso alcanzaría hasta la búsqueda de la finalidad que el legislador ha querido con la ley interpretar.

De tal modo que "el contexto de la ley servirá para ilustrar el *sentido* de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". Asimismo, "la extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino *sentido*", debiendo "las palabras de la ley", entenderse "en su *sentido* natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras".

Los comentarios artículos 41 y 43 de la Ley de Quiebras conceden el derecho al acreedor de un crédito mercantil, que consta de un título ejecutivo, para solicitar la quiebra del deudor comerciante, o de los que llevan a cabo actividades agrícolas, mineras o industriales, obligando el artículo 41 al mismo deudor a solicitar su propia quiebra si cesa en el pago de un crédito mercantil. El sentido de tales normas es definitivamente, por el texto que no admite dudas, que el legislador impuso una obligación al deudor y entregó un derecho a los acreedores de un comerciante, industrial, agricultor o minero, para que sea declarada su quiebra, si cesare en el pago de una sola obligación mercantil. De esta manera, excluyó consciente o inconscientemente la situación de aquel que cesa en el cumplimiento de sus obligaciones mercantiles, en la forma dispuesta por el Código de Comercio de 1865, pues tal normativa requería de una pluralidad de obligaciones y daba claramente a entender que el comerciante al dejar de pagar o cesar en el pago se debía encontrar en una situación generalizada de incumplimiento de obligaciones, es decir en un estado de cesación de pagos y no frente al hecho de deber tan sólo una obligación mercantil, que debe constar en un título ejecutivo.

Cualquier otra interpretación a nuestro juicio viola la ley, tanto en su sentido finalista como en su sentido literal, dada la claridad de las expresiones utilizadas, las que contrastan con otras legislaciones que utilizan expresiones de carácter más general, las que permiten a los jueces efectuar un análisis más integral de la situación del deudor en las clases ya indicadas, con el objeto de declarar o rechazar una solicitud de quiebra.

De tal modo que no resulta convincente interpretar la ley, en un sentido contrario a los postulados y objetivos del legislador chileno, que en forma reiterada, desde 1929, ha venido instituyendo y reforzando el concepto de cesación de pagos de manera restrictiva, reflejado en las disposiciones antes transcritas.

3. LA CESACIÓN DE PAGOS COMO ELEMENTO BÁSICO PARA EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES REVOCATORIAS O LAS INOPONIBILIDADES CONCURSALES

El Título V de la Ley de Quiebras, en los artículos 61, 62 y 63 trata de la fijación de la fecha de la cesación de pagos. Dicho título no expresa para qué se fija la referida fecha, con un procedimiento judicial especial y bastante regulado.

El objetivo se revela en el Título VI, en el cual encontramos una serie de normas sobre inoponibilidades y la acción revocatoria concursal, materias que no son el objeto del análisis que estamos efectuando.

La única disposición que interesa para los fines de este estudio la encontramos en el artículo 62, el cual expresa:

"En caso de quiebra de un deudor no comprendido en el artículo 41, la fecha de cesación de pagos será aquella en que primero se produjo la exigibilidad de algunos de los títulos ejecutivos que existan en su contra".

Tal disposición atiende para el caso de quienes no ejercen una actividad comercial, industrial, minera o agrícola a la fecha de la exigibilidad de "algunos de los títulos ejecutivos que existan en su contra" para establecer cuándo se encontraría tal deudor en cesación de pagos.

Aparte de la determinación misma de la cesación de pagos, tales deudores no están obligados a solicitar su propia quiebra, como lo analizaremos más adelante.

Pensamos que la redacción de esta norma guarda armonía con el sistema establecido por el legislador en los artículos 41 y 43 de la Ley de Quiebras, por cuanto a los deudores comerciantes, industriales, mineros y que ejercen la agricultura, el legislador pretende tratarlos con mayor rigidez que a los otros, de tal modo que se explicaría por tal razón el hecho de exigir una pluralidad de títulos y no un título, para determinar que el deudor se encuentra en cesación de pagos. Como se sabe el adjetivo "alguno" o "algunos", es indefinido y expresan la significación del sustantivo "título" o "títulos", de un modo vago o general. La ley, utiliza el adjetivo en forma plural, puesto que se refiere al sustantivo "título", en forma también plural.

Otra materia que llama la atención en la disposición citada, es que el legislador exige la existencia de títulos ejecutivos vencidos para fijar la fecha de cesación de pagos. ¿Qué sucede si el deudor no tiene títulos ejecutivos que puedan exigirse y en cambio tiene otras obligaciones que no constan en títulos ejecutivos vencidos? A nuestro juicio debería estarse

causal como la que la ley indicó en el artículo 37, hoy en día artículo 41, ya que se requeriría que la obligación adeudada fuera indisputable.⁹⁵

Formula un análisis de la manera en que habría de entenderse el artículo 37, tesis que no logró penetrar en la doctrina ni en la jurisprudencia.

4.2. *Juan Esteban Puga Vial, en su obra: "Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras"*⁹⁶, efectúa un análisis crítico de la noción de cesación de pagos en la Ley de Quiebras

Indica este autor: "...sólo la causal o hecho revelador contemplado en el N° 1 del art. 43 de la ley es criticable desde la perspectiva de la teoría amplia en materia de cesación de pagos, pues todas las demás causales se inscriben, en forma más o menos perfecta, dentro de la definición de este fenómeno que dimos en su oportunidad".

Este autor apoya la tesis de Zalaquett, aunque reconoce que ella "no tenía respaldo en la legislación".

Puga deplora la inexistencia de una causal genérica para facilitar someter al deudor a concurso toda vez que esté en insolvencia.⁹⁷ Al respecto sostiene, al igual que Zalaquett, que la inexistencia de una causal genérica, ha dado motivo a que se recurra contra deudores insolventes utilizando el expediente del juicio ejecutivo singular, lográndose pago íntegro en perjuicio de los demás acreedores. También alega, en cuanto a que la cesación de pagos, como causal de solicitud de quiebra, conjugada con la consignación preventiva del monto que contiene el título ejecutivo que sirve de fundamento para la demanda, "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".⁹⁸

Concluye este autor en que "la causa implícita y verdadera noción de cesación de pagos en la Ley de Quiebras chilena es la que conceptúa la cesación de pagos como un estado económico complejo y general y no como un mero incumplimiento, de manera que toda vez que se acredite no existir dicho estado económico debe alzarse la quiebra". Para arribar a tal

⁹⁵ Op. cit., p. 169.

⁹⁶ Editorial Jurídica de Chile. 1989, p. 46.

⁹⁷ Puga sostiene que: "...en Chile se conocen tres expresiones legales, a saber, la de 'cesación de pagos', la de 'insolvencia' y la de 'mal estado de los negocios'; que, en nuestra opinión, son términos equivalentes o sinónimos y no, como opina la mayoría de la doctrina, expresiones que respondan a situaciones distintas." Op. cit., p. 10.

⁹⁸ Op. cit., p. 46.

a la realidad que ha existido dentro del año anterior a la fecha de la declaración de la quiebra, de tal manera que habrá de resolverse el aparente vacío legal dentro del período en que existieron las más antiguas acreencias vencidas y no pagadas, aunque no consten en títulos ejecutivos.

En todo caso, esta pluralidad de títulos ejecutivos, lo cual deviene de la expresión "algunos" que utiliza el legislador, constituye un adjetivo que se aplica indeterminadamente a una cosa con respecto a varias o muchas, en plural. El adjetivo indica claramente que el deudor en tal caso debería encontrarse en un estado de impagos de sus títulos ejecutivos, lo que revelaría ya no una cesación singular, como la de los deudores de los artículos 41 y 43 de la Ley de Quiebras, sino que los deudores no clasificados en tales normas se encontrarían frente a una situación de cesación de pagos de "algunos" títulos ejecutivos, los cuales sólo en tal caso darían origen a un procedimiento concursal.

Lo importante de destacar en este análisis lo constituye que la rígida y rigurosa norma de atribuir la cesación de pagos ante el incumplimiento de una sola obligación mercantil que conste en título ejecutivo, se desgratiza frente a otros deudores, abriendo un campo interpretativo más amplio.

4. CRÍTICAS A LA NORMA LEGAL ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 43 (35 Y 37) DE LA LEY DE QUIEBRAS

4.1. *José Zalaquett, en la Memoria de Prueba escrita para obtener el grado de Licenciado, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, en el año 1968, la cual ya hemos mencionado y citado, formula una crítica al sistema y al texto de la antigua ley N° 4.558*

Respecto de la ley, sugiere que nuestro sistema legal debía acercarse al texto italiano, en la siguiente forma: "Según creemos, en materia de declaratoria de quiebra, las siguientes son las modificaciones más importantes: a) Referencia a la causa de declaratoria de quiebra mediante la mención del estado patrimonial que la provoca, explicándose que éste puede manifestarse de diversas maneras no taxativas. Un buen ejemplo de esta solución lo constituye el artículo 5 de la ley italiana".⁹⁴

Respecto del texto, estima que el sentido de la ley no es claro y requiere de una interpretación. A su juicio no quiso el legislador establecer una

⁹⁴ Op. cit., p. 163.

conclusión Puga efectúa un análisis del Mensaje del Código de 1865 y el Mensaje con el cual el Presidente de la República envió al Congreso la ley N° 4.558. Particularmente, destaca de este último "que el legislador tenía en mente la noción amplia de la causa de la quiebra en particular y de los concursos en general".

4.3. *Carlos Concha G. en la obra "El Proceso de Quiebras"*⁹⁹, expresa que:

"En la legislación chilena se intentó hacer una combinación del sistema francés y anglosajón, con resultados desastrosos, estableciéndose una causal genérica, la cesación de pagos y una enumeración de actos de quiebra".

En nota de pie de página de este autor, se indica que el artículo 37 N° 1 de la Ley N° 4.558, incurre en una manifiesta impropiedad al hablar de "cese en el pago de una obligación mercantil", como si fuera otro acto de quiebra más. Señala que esto ha llevado a la jurisprudencia chilena a aplicar la quiebra como un verdadero proceso ejecutivo común.

Agrega Concha, que en otros cuerpos legales como los que regulan a los bancos, sociedades anónimas y compañías de seguro, el legislador chileno ha seguido al italiano, al señalar directamente a la insolvencia como causal de los procedimientos concursales, todo lo cual debe entenderse en relación con la legislación existente en los finales de los años 60 del siglo XX.

Más adelante este mismo autor expresa:

"Sin embargo, diversas razones han llevado a la jurisprudencia y doctrinas chilenas a invertir el esquema, y aplicar la ejecución singular y la quiebra a fines totalmente distintos de aquellos que el legislador tuvo en vista al crearlas. En efecto, en nuestro país se ha producido una sustitución en el empleo de estos procesos, y así "frente a un deudor, que siendo solvente no paga, al acreedor le conviene solicitar la quiebra para presionar el pago. Y a la inversa, si el deudor es insolvente, el acreedor procurará ejecutarlo para tratar de pagarse íntegramente y no tener que atenerse al dividendo que dé la quiebra"¹⁰⁰.

Adscribiéndose Concha a las críticas formuladas por Zalaquett, expone:

"De acuerdo con esta nueva tendencia, la circunstancia de que se acredite alguno de los hechos que señala el artículo 37 de la Ley de Quiebras no obliga al juez a

⁹⁹ Editores López Viancos, 1971, p. 16.

¹⁰⁰ La cita corresponde al texto de la monografía de don RAFAEL LASALVIA: *Los presupuestos de la quiebra*. Curso de Derecho profundizado del año 1965.

declararla, sino faculta al acreedor para solicitarla, pudiendo el juez declararla de plano si está probada la insolvencia, o darle tramitación si aún no está acreditada. Por otro lado, ya no se atribuye a la expresión "cese en el pago" que emplea el artículo 37 N° 1, el significado de incumplimiento, sino sólo el de hecho indiciario de una insolvencia que deberá acreditarse, de conformidad a lo que la jurisprudencia francesa señalara: la cesación de pagos "puede" comprobarse por un incumplimiento".¹⁰¹

5. LA CESACIÓN DE PAGOS DE UNA OBLIGACIÓN MERCANTIL Y EL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN MERCANTIL

Merece la pena confrontar estos dos conceptos, cuyo origen puede encontrarse en la diferencia entre obligaciones mercantiles y civiles.

Por de pronto la cesación de pagos, que es el estado en que se encuentra en un momento dado un patrimonio, no proviene del incumplimiento de obligaciones mercantiles o civiles, porque es causa, y no efecto; es decir, el incumplimiento es un efecto del estado de cesación de pagos. Seguidamente el patrimonio es el que se pretende perseguir para que todo su conjunto, de ahí las acciones revocatorias, pueda responder a las demandas de los acreedores de tal patrimonio, independientemente del titular de dicho patrimonio.

La cesación de pagos es el estado de un patrimonio, siendo el incumplimiento de una obligación un hecho jurídico. El incumplimiento de una obligación dineraria, qué duda cabe, es el hecho demostrativo clave, de mayor frecuencia, que demuestra una impotencia patrimonial, no obstante que no puede concluirse que incumplimiento y cesación de pagos sean una misma cosa.

Cabe destacar que nuestra legislación concursal no se refiere al "estado de cesación de pagos", como lo hace la legislación argentina, tanto en la actual ley N° 22.452, como en la ley N° 19.551, denotando la utilización de dicha expresión la permanencia en el incumplimiento de las obligaciones.

El comercio, con los agregados de la actividad industrial, minera y agrícol, a partir de 1982, no resiste el debate sobre el incumplimiento de obligaciones mercantiles, las cuales por lo general, se encuentran en el tráfico mercantil, que requiere de rapidez, certeza, efectividad, buena fe literal respecto de los documentos y cuya conceptualización fundamental se encuentra en actos jurídicos unilaterales o bilaterales, cuyos documentos tienden a bastarse a sí mismos. No es que la causa de tales actos no

¹⁰¹ Op. cit., p. 34.

exista, sino que ella es irrelevante o no merece ser considerada, pues basta con la obligación establecida en un acto documental singular, tales como letras de cambio, pagarés, cheques, cartas de crédito, pólizas, certificados bancarios, etc. para que tales obligaciones, muchas veces destinadas a circular, merezcan la protección del sistema jurídico, ya que de otro modo la actividad comercial, industrial, minera o agrícola se estagnaría.

Cierto es que el impago de las obligaciones establecidas en dicha forma constituye un incumplimiento, el cual es propio de toda obligación, que lleva envuelta la condición de que por uno de los contratantes no se cumpla lo pactado.

Sin embargo en el ámbito civil, tal incumplimiento acarrea una ejecución forzada, con indemnización de perjuicios o la resolución del contrato con igual indemnización. En la actividades comerciales, industriales, mineras o agrícolas, resulta difícil volver sobre el cumplimiento o no del contrato, ya que los títulos generados en el tráfico consecuente no están en poder de la contraparte, sino en poder de terceros, que frente a ellos han adoptado decisiones que es menester proteger.

De este modo, resulta que para la actividad mercantil y a partir de 1982 a aquellas de carácter industrial, agrícola o minera, se tiende a proteger al acreedor frente al incumplimiento de una obligación derivada de operaciones mediante la facultad de demandar en quiebra al deudor. La tutela del crédito mercantil, industrial, minero y agrícola, se convierte por el legislador de 1982, en una tutela colectiva, en razón de que afecta al incumplimiento de una obligación, de carácter colectivo y no individual, por el proceso circulatorio de las obligaciones derivadas principalmente del tráfico mercantil.

Se ha criticado esta posición diciendo que son suficientes las tutelas singulares y que no se precisa de una tutela de carácter colectivo como es la quiebra, para proteger al acreedor involucrado en una operación incumplida de carácter mercantil, industrial, minera o agrícola. Asimismo se dice que la tutela colectiva debe aplicarse solamente frente a intereses mayores, tema que no ha podido precisarse, ya que un conglomerado comercial o industrial que deje de pagar una obligación de un gran monto, aunque sea singular, se estará frente a un problema de carácter mayor.

Consecuentemente, el incumplimiento de una obligación de la naturaleza de las señaladas en los artículos 41 y 43 N° 1 de la Ley N° 18.175, no es una cuestión de carácter singular, sino una materia de carácter colectivo, razón por la cual el legislador pone al alcance del acreedor, además de la acción ejecutiva singular, una acción colectiva tutelar de los derechos de todos los acreedores.

El problema se presenta en nuestro Derecho Concursal a raíz de la extrema rigidez de la norma que requiere tan sólo el incumplimiento de una sola obligación, o de la cesación de pagar una sola obligación para que el presupuesto de quiebra emerja. Los sistemas concursales, como hemos visto, exigen por lo general un "estado de cesación de pagos", el que asimilan al concepto de insolvencia.

Sin perjuicio de que uno de los principios de derecho en contra de los cuales el deudor incumplidor de las referidas categorías atenta es la "par conditio creditorum", hay más que el referido principio envuelto en la creación de una acción colectiva de tutela del crédito, siendo ésta la conservación del patrimonio del deudor para hacer frente a la multiplicidad de obligaciones a las cuales debe responder.

Hoy en día, la par conditio creditorum¹⁰² ha sufrido una fuerte e importante evolución. En efecto este principio originario de la Edad Media padece de un fuerte resentimiento, toda vez que mediante presiones, se comienzan a generar preferencias o privilegios crediticios, que pugnan unos sobre otros, a fin de capturar el activo del fallido antes de su liquidación en beneficio de la masa de acreedores. La proliferación de privilegios y su regulación por el legislador es extremadamente interesante, para entender la evolución del principio de la "par conditio". No cabe la menor duda que los acreedores profesionales, han alcanzado por tomar una posición de tal significación frente al patrimonio del fallido, que en definitiva la administración del resultado de la liquidación del activo del fallido, se revirtió en sus propios patrimonios u organización. Los acreedores valistas, en definitiva, deben luchar en contra de los grandes acreedores, a fin de obtener por la vía de la exclusión de la administración de la insolvencia, la recuperación de alguna parte de sus créditos.

¹⁰² Debe recordarse que la regulación estatutaria italiana adaptó de las reglas del Derecho Romano, en cuanto a la distribución de los daños producidos por la insolvencia, derogando la regla "prior in tempore potior in iure", dando nacimiento a la regla de la "par conditio creditorum". Pero antes de la distribución de riesgos y de bienes, era necesario aumentar el activo del fallido, a fin de repartir el mayor número de bienes, convirtiéndose la reintegración de la masa de la quiebra en un aspecto crucial del procedimiento. Se procura producir una reintegración lo más rápida posible y sin poner en peligro la seguridad del tráfico mercantil, desincentivando la suscripción de convenios que perjudiquen los procedimientos de ejecución colectiva, convirtiéndose a la acción Pauliana revocatoria romana, en una acción concursal. Ya no se requiere la prueba del fraude, o su rigurosidad se atenúa sensiblemente, siendo substituida por una objetivación acerca del tiempo en que se habían efectuado los negocios. En una primera fase, los Glosadores reconstituyeron la acción sobre la base del "consilium fraudis" y el "eventus damni", para luego entrar en las presunciones objetivas de fraude hasta llegar al denominado "período sospechoso", estableciéndose cronológicamente qué actos podían ser atacados para obtener la reintegración del patrimonio del fallido.

Las reglas de un libre mercado han originado preferencias y privilegios a lo largo de la última centuria, cuya delantera la llevan los créditos laborales, dentro de una cierta limitación en cuanto a su montos, conjuntamente con créditos del Fisco, en cuanto acreedor de impuestos. Tales privilegios han roto el antiguo principio de la "par conditio creditorum", establecida en la Edad Media, a fin de contrarrestar el principio "prior in tempore potior in iure". Ello significa que ciertos deudores tienen una mejor posición para contratar créditos, pues pueden otorgar derechos sobre determinados bienes, que no siguen el principio de la "par conditio creditorum". Ello, sin perjuicio de la capacidad contractual de determinados acreedores, los cuales, además, nuestra legislación de quiebras los ha privilegiado con el derecho de ser titulares de la acción de quiebra, en perjuicio de los valistas, que no poseen títulos ejecutivos, acreedores que por poseer las garantías reales o ser titulares de contratos de "leasing", se colocan en una situación privilegiada.

En definitiva, la regla de la proporcionalidad se aplica sobre el activo que resta de la satisfacción de estos privilegios y en consecuencia, la pérdida se imputa fundamentalmente a los acreedores quirografarios y comunes. Es en el seno de esta categoría el único espacio en donde la "justicia de la proporcionalidad triunfa".¹⁰³ En las primeras normas medievales de la Edad Media, dicha regla era una norma de justicia entre acreedores iguales en un mercado en que todos estaban en idénticas condiciones frente a un deudor, ya sea para prevenir o para actuar contra él. La misma regla, mantenida hoy en día, puede parecer injusta y a veces lo es, aunque no decimos que deba pagar el perjuicio de la crisis de una empresa el que más ha prestado, pero debe ser considerado el hecho de que el riesgo puede ser soportado en mejor forma por quien ha podido preverlo y adoptar medidas para mitigarlo, elementos todos que conforman el riesgo del crédito y forman parte en el costo del mismo.

De tal manera que el incumplimiento de la obligación contraída en el ámbito de las obligaciones mercantiles, industriales, mineras o agrícolas, entra en la esfera de lo colectivo, precisamente para que el patrimonio que habría sustentado el origen de la obligación incumplida se ponga a disposición de los acreedores, a través de las tutelas concursales. El

¹⁰³ JOAQUÍN BISBAL M. *La Empresa en Crisis y el Derecho de Quiebras*. Op. cit., pp. 68 y 69. El mismo autor agrega más adelante: "La situación real, a la que ha llegado la regla de la par conditio creditorum, es que el daño derivado de la quiebra se imputa sobre aquellas categorías que ni pueden prever el comportamiento de su deudor, ni pueden prever el riesgo en el mercado, ni pueden alterar las condiciones de actuación, ni pueden diversificar el riesgo".

concurso constituye una ejecución universal que envuelve todo el patrimonio del deudor que pueda ser utilizado por los acreedores para la satisfacción de sus créditos. Sin embargo no se piense que la quiebra es un juicio ejecutivo, ya que lo propio de éste es la singularidad. En la quiebra, el impulso procesal recae en primer lugar en el deudor y a falta de éste se le entrega a los acreedores, sancionándose al deudor por no haber ocurrido a la tutela jurisdiccional, mediante la calificación de su actuación como culposa o fraudulenta. No es esta la ocasión de analizar las diferencias entre un procedimiento ejecutivo de la tutela concursal. La ejecución colectiva responde precisamente al principio de la "par conditio creditorum", a fin de hacerlo realidad.¹⁰⁴

Frente a estas consideraciones, la cesación de pago de una obligación mercantil o el incumplimiento de una obligación mercantil, aparentemente tendrían una igual significación en nuestro derecho, por la exigencia que para obligar al deudor a presentarse ante el tribunal en solicitud de quiebra, basta con la existencia de una sola obligación incumplida.

En cualquier caso el incumplimiento es un hecho, propio de una persona o entidad regida por personas. La insolvencia es un estado del patrimonio.

Sin embargo ello no es igual en otros sistemas legales, derivados de la conceptualización del estado de insolvencia. En efecto, el incumplimiento de una obligación mercantil no vendría a crear instantáneamente un estado de insolvencia de carácter concursal, sino que más bien refleja una situación que dinámicamente puede acarrear el estado de cesación de pagos. También los sistemas legales extranjeros argumentan sobre la base de la cesación de pagos de más de una obligación mercantil, como también así lo hacía el antiguo Código de 1865, para dar origen al estado de cesación de pagos, de donde resulta más fácil diferenciar el fenómeno del incumplimiento de una obligación mercantil del fenómeno de la cesación en los pagos de obligaciones mercantiles.

El incumplimiento obviamente es un hecho demostrativo especial y de singulares características del estado de un patrimonio, pero ciertamente el incumplimiento de una obligación no permite inferir que el patrimonio está gravemente afectado, sin efectuar un examen en profundidad del mismo patrimonio. De tal modo que un incumplimiento debiera significar un hecho gravemente revelador de un patrimonio, pero que no necesariamente alcanza el nivel del estado de cesación de pagos. Sin embargo la

¹⁰⁴ No entraremos en esta ocasión a procurar establecer las diferencias o semejanzas entre el procedimiento ejecutivo y los efectos ejecutivos de la sentencia de declaración de quiebra, señalando que existen y son muy variados.

legislación chilena, mediante la exigencia de cesar en el pago de tan sólo una única obligación mercantil, rechaza la posibilidad de cualquier examen sobre el estado patrimonial que origina la cesación de pago de la singular obligación. Por lo demás, tampoco se puede criticar que por el solo hecho de haber cesado en el pago de una obligación se declare una quiebra, ya que ello dependerá también de la entidad de la obligación en cuyo pago se ha cesado.

El patrimonio del deudor incumplidor puede ser agredido por el acreedor y es lo que permite el ordenamiento legal o el Estado, al disponer de toda su estructura para forzar al deudor a cumplir y en caso contrario a liquidar dicho patrimonio, para pagar hasta donde sea posible. Este derecho de agresión, tan amplio que incluye la facultad de reconstituirlo, es un derecho de características materiales, que el legislador reconoce a todos los acreedores a los cuales les obliga someterse a un procedimiento común para el tratamiento del mismo y para compartir entre ellos los resultados de su reconstitución y liquidación. La exteriorización del incumplimiento es precisamente la de cesar en el pago de una sola obligación mercantil, sometiendo al deudor a las exigencias de la ley concursal.

Sin embargo, bien puede el acreedor respecto del cual se le ha incumplido la obligación, requerir la resolución del contrato, a fin de dejar las cosas en el estado en que se encontraban con anterioridad al mismo. Sin embargo este acreedor también es arrastrado por la vorágine de la quiebra y ya no podrá, mediante el ejercicio de la acción resolutoria dejar sin efecto el contrato, con el objeto de rescatar el bien entregado y no participar del procedimiento concursal.

Piénsese sólo en el hecho de un vendedor de un bien de alto valor que lo entrega al futuro fallido, quien deberá pagar una importante cuota del precio, sin haber pagado nada del mismo al año de haberse celebrado el contrato. Si el acreedor no ha obtenido garantías, puede darse el caso de no haber obtenido nada y deberá estarse a las resultas del procedimiento concursal. ¿Podrá valerse de la acción resolutoria para recobrar el bien o bienes entregados, sin recibir pago alguno? La respuesta es negativa, por cuanto la situación habrá de congelarse en el día de la declaración de quiebra, encontrándose el bien en el patrimonio del deudor, el que será liquidado con todos los privilegios que corresponden a otros acreedores. De tal manera que por tal efecto el incumplimiento de la obligación viene a resultar ineficaz del todo para un tal acreedor. De aquí viene a justificarse la drástica de la cesación de pagos mediante la exteriorización de un impago solamente de una obligación derivada del comercio, la industria, la minería o la agricultura.

CAPÍTULO CUARTO LOS PRESUPUESTOS DE LA QUIEBRA EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

I. LOS PRESUPUESTOS

Señalemos previamente que los presupuestos de la quiebra son aquellos requisitos previos, que la doctrina denomina como tales siendo elementos constitutivos, condiciones iuris, determinantes, para que pueda existir la quiebra, como hecho material y como proceso.

Se suele señalar que tales presupuestos se clasifican en dos grupos: uno de carácter formal, como lo es la propia declaración de quiebra, mediante una sentencia y el otro de carácter material. Dentro de estos últimos, también se subdividen en de naturaleza subjetiva, cual es la que corresponde al sujeto de la crisis, insolvencia o cesación de pagos y otro de carácter objetivo, que corresponde al hecho que provoca la crisis.¹⁰⁵

También se ha señalado la existencia de presupuestos positivos y presupuestos negativos, siendo englobados en los primeros todos aquellos que se clasifican dentro de los formales y materiales y los segundos comprenden la inexistencia de ciertos actos, que precisamente tienden a evitar la declaratoria de quiebra.

Naturalmente que el tema del presupuesto de la declaratoria de quiebra ha sido objeto de extensos análisis y a ellos nos remitimos, tanto en la doctrina nacional como extranjera.¹⁰⁶

¹⁰⁵ PUELMA, en su *Curso de Derecho de Quiebras* (2ª edición de 1971) señalaba que la causal de la quiebra es la norma legal y presupuesto de la quiebra, la existencia de los hechos constitutivos de la causal. El concepto de presupuesto arranca básicamente de los grandes tratadistas italianos, como Bonelli, Pipia, Brunetti, Satta, Semo. Entre los españoles se encuentran Apodaca, Plaza y Garrigues.

¹⁰⁶ Véase el ya citado A. PUELMA; JUAN ESTEBAN PUGA; RICARDO SANDOVAL L., Tomo III. *Manual de Derecho Comercial. Derecho de Quiebras*. Editorial Jurídica de Chile; FRANCESCO FERRARA Jr. ALESSANDRO BORCIOLI. *Il Fallimento*. 1995. VITTORE, *Interrogativi in tema di presupposti sostanziali per la dichiarazione di fallimento*, *Diritto Fallimentare*, 1966, I, p. 95. APODACA y OSUNA, *Presupuestos de la Quiebra*, México, 1945, entre otros, los cuales hemos citado en la nota anterior. Véase un detallado análisis en José Ramírez: *La Quiebra. Derecho Concursal Español*, 2ª edición, Tomo I, Bosch, Casa Editorial, 1998.

2. LOS PRESUPUESTOS SUBJETIVOS DE LOS ARTÍCULOS 41 Y 43 N° 1

DE LA LEY DE QUIEBRAS

Ambos artículos establecen y enmarcan a algunos de los sujetos pasivos de la quiebra, dentro del Derecho Concursal chileno.

A partir de 1982, con la ley N° 18.175, el sujeto pasivo se extiende enormemente de ser sólo los comerciantes, sean personas naturales o jurídicas, a los industriales, mineros y agricultores.

Subsiste la situación diferenciada respecto de aquellos que no ejercen tales actividades o que pueden ser calificados de "deudores comunes", a los cuales nos referiremos más adelante. Nuestra legislación concursal, en consecuencia diferencia en el tratamiento que da a los diferentes tipos de deudores, aunque el procedimiento concursal es similar para todos los deudores.

El artículo 41, que ya hemos reproducido en su integridad (véase Capítulo IV N° 1), señala que son sujetos pasivos de la obligación de solicitar su propia quiebra, "el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola".

Respecto del ejercicio de una actividad, la jurisprudencia ha establecido lo que:

"La ley sólo exige como condición para declarar la quiebra de una persona que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, o sea, basta la actividad de esta persona frente a sus acreedores, independiente de que cumpla las prescripciones reglamentarias que autoridades administrativas exijan para desempeñar dichas funciones".¹⁰⁷

De tal manera que no es dable ampararse frente a una solicitud de quiebra, en el hecho de que no se encontraba la persona que ejercía una de las actividades enumeradas en la ley, en que la respectiva autoridad no había dado alguna autorización, sino que los tribunales han privilegiado el hecho de ejercer la actividad por sobre la regularización administrativa que debe cumplirse para ejercer la respectiva actividad.

Cabe hacer notar la exigencia de la ley en cuanto a que el deudor "ejerza", lo que es distinto a que "haya ejercido", es decir emplea una forma verbal en presente. La ley conceptualiza el tiempo, en el artículo 52 N° 1, disposición que regula el contenido de la sentencia de quiebra.

¹⁰⁷ Corte Suprema, 15 de junio de 1988. Jurisprudencia al día, sentencia N° 111, p. 537.

La disposición mencionada expresa:

"La sentencia definitiva que declare la quiebra contendrá:

1. La determinación de si el deudor está o no comprendido en el artículo 41. En este caso se estará a la actividad que el deudor ejercía a la fecha en que contrajo la obligación".

Queda establecido, pues, que el deudor habrá de haber ejercido a la fecha en que contrajo la respectiva obligación respecto de la cual se ha incurrido en cesación de su pago, que en tal época la actividad habrá sido comercial, industrial, minera o agrícola.

La jurisprudencia ha establecido que: "De acuerdo a lo previsto en el N° 1 del artículo 52 de la Ley de Quiebras, debe estarse a la actividad que el deudor ejercía a la fecha en que se contrajo la obligación para establecer si está o no comprendido en el artículo 41 de esa normativa".¹⁰⁸

El empleo del verbo "ejercer" introduce una connotación importante respecto a la calidad que tenga el sujeto pasivo. Ya no se trata de ser o no ser comerciante, industrial, minero o agricultor, sino de ejercer la actividad descrita anteriormente.

La diferenciación con respecto a la Ley N° 4.558 de 1929, es muy importante, ya que en dicha ley, el artículo 35, actual 41, se refería al "deudor comerciante", lo que no es lo mismo del deudor que ejerza la actividad comercial, industrial, minera o agrícola.

Ejercer significa practicar los actos propios de un oficio, facultad o virtud.¹⁰⁹ De tal manera que sólo actuando como comerciante, industrial, minero o agricultor, se configura el presupuesto subjetivo, ya que la ley exige que se "ejerza" la actividad señalada, lo cual es distinto a tener la calidad de comerciante, industrial, minero o agricultor.

El artículo 52 N° 1 ya mencionado reitera el contenido profundo de la disposición contenida en el artículo 41. De tal manera que la ley en dos ocasiones se refiere a la actividad para conceptualizar el presupuesto subjetivo, respecto del ejercicio de una actividad o facultad de obrar en un determinado sentido. Reiteramos que no se atiende al estado o calidad del deudor como lo hacía la Ley N° 4.558, sino que ahora el legislador ha puesto su acento en la actividad que desarrolla el sujeto pasivo.

¹⁰⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 22 de septiembre de 1988. *Gaceta Jurídica* N° 100, materia civil, p. 48.

¹⁰⁹ El Diccionario de la Real Academia señala que se usa como intransitivo y utiliza la siguiente frase: "Es abogado, pero no ejerce".

También el artículo 43 N° 1 exige al acreedor que tiene un título ejecutivo, para demandar la quiebra del deudor, que este último podrá ser considerado como sujeto pasivo de la quiebra siempre "que ejerza una actividad..."

Cuatro actividades ha indicado el legislador del año 1982 como fundamentales para obligar a quienes las ejerzan a solicitar su propia quiebra, las cuales ya se han expresado. Importa ahora conceptualizar las referidas actividades, ya que dependerá del concepto que se tenga de ellas, a quienes se comprende en los artículos 41 y 43 de la ley.

Es preciso distinguir entre definir y conceptualizar. La definición es extraordinariamente útil, pero asimismo es extremadamente difícil porque la lógica jurídica requiere claridad, síntesis, brevedad y exhaustividad, requisitos todos que revelan la dificultad siempre presente al definir. A falta de ello, la posibilidad de establecer un concepto que sustituya a la definición es más posible de obtener, ya que éste tiene mayor amplitud y menor exigencia de rigurosidad, por de pronto respecto de la brevedad o síntesis que exige una definición.

2.1. El deudor que ejerza una actividad comercial

2.1.1. La actividad mercantil

La actividad comercial está enmarcada dentro de lo que dispone el artículo 3° del Código de Comercio.

De tal manera que quien ejerza tal actividad se encontraría dentro del concepto de: "ejerza una actividad comercial", tal cual lo señala el artículo 41, siempre que lo haya hecho a la época en que contrajo la obligación respecto de la cual ha cesado en su pago. La actividad comercial se constituye o se ejecuta mediante la práctica de los actos de comercio indicados en el artículo 3° del Código del ramo, sin perjuicio de otras normas particulares.

No es necesario, ya lo hemos dicho y lo reiteramos, hacer del comercio su profesión habitual, conforme lo establece el Código en el artículo 7°, sino que cuando se contrajo la obligación haber ejercido una actividad comercial.

Las actividades comerciales son las descritas en el artículo 3°, de tal manera que resulta posible determinar con una cierta exactitud quién ejerza o no ejerza una actividad comercial.

La causal en la ley N° 18.175 es entonces más amplia que la contenida en la legislación anterior, ya que basta con haber ejercitado una de las

diversas actividades descritas como actos de comercio para que el deudor pueda clasificarse como haber ejercitado una actividad comercial.

No entraremos en una mayor precisión respecto del acto de comercio, ya que ello es materia propia del Derecho Comercial, relativa a los actos de comercio, por lo cual a ello nos remitimos.

Para precisar adecuadamente el concepto de una actividad comercial, destacamos que basta con "una" actividad, para revestir al deudor de la calidad de sujeto pasivo, ya que el legislador excluyó el hecho de ser comerciante en los términos descritos en el artículo 7° del Código¹¹⁰. Tampoco el legislador exigió que se hubiesen efectuado varias actividades comerciales sino que expresamente señaló el ejercer una actividad comercial. El artículo indefinido "una", indica que cualquiera de los actos enumerados en el artículo 3° constituyen "una actividad comercial".

Ricardo Sandoval L., en su texto "Manual de Derecho Comercial"¹¹¹, sostiene que a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia de la ley N° 4.558, en que esta causal era exclusiva del deudor comerciante, se debía probar dicha calificación jurídica cumpliendo con el artículo 7° del Código de Comercio. Bajo la ley N° 18.175, la amplitud del concepto es mucho más extenso, pues bastará con acreditar que el deudor al momento de contraer la obligación mercantil, haya ejercitado la actividad mercantil, la cual comprende la serie de actos y hechos descritos en el artículo 3° del Código de Comercio.

Álvaro Puelma A., en su texto "Curso de Derecho de Quiebras"¹¹², indica que a su juicio la actividad económica determinada que la ley exige para los efectos de la quiebra debe ser una actividad permanente, no ocasional, ya que no considera ejercicio de una actividad la realización ocasional de actos que no expliciten un efectivo y permanente ejercicio de la actividad requerida por la ley.

Puelma sobre este particular es crítico, en cuanto señala que el legislador dejó un notorio vacío.

Sin embargo, la diferencia sustancial entre la ley N° 4.558 y la ley N° 18.175, sobre este preciso tema, es que en aquella la actividad de

¹¹⁰ Art. 7°. Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual. La prueba de la calidad de comerciante ha sido materia de pronunciamiento de nuestros tribunales, pudiendo citarse la sentencia de 8 de junio de 1978, en un recurso de queja desechado por la Corte Suprema, publicado en la *Revista Fallos del Mes* N° 248, sentencia N° 4, p. 179, la que expresa: "La calidad de comerciante del afectado está acreditada con sus propias declaraciones en tal sentido contenidas en cinco escrituras públicas suscritas por él y acompañadas a los autos".

¹¹¹ Tomo III. *La insolvencia de la empresa. Derecho de Quiebras. Cesión de Bienes*. Tercera Edición. 1992.

¹¹² Op. cit., p. 36.

comerciante debía ser habitual, conforme lo establecía el artículo 7°, al exigir la condición de comerciante, para los efectos de la aplicación de esta causal y no como en la nueva ley, en la que sólo se exige que se ejerza una actividad comercial. Tal contraposición de textos debe ser considerada expresamente para los efectos de pronunciarse sobre la exigencia de existir un requisito sobre la habitualidad, permanencia o continuidad en el ejercicio de la actividad.

Si se piensa en el principio de que los institutos concursales son medios de tutela del crédito público y del comercio sea que se haya desarrollado en gran escala o como una actividad aislada, el hecho de que una persona contrate ejercitando una actividad comercial, aunque sea aisladamente, está dentro del campo de lo mercantil y por ende quienes han contratado con dicha persona se sienten amparados por el régimen tutelar del derecho concursal, pues están efectuando un negocio comercial, que no podría ser sustraído de este ámbito por la sola circunstancia de que una de las partes sólo ejecutaba aisladamente el negocio que dio origen a la cesación de pagos de la obligación de que se trata.

Sobre este particular asunto, la ley no ha distinguido y donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir, como dice el aforismo jurídico, de donde resulta que si la ley ha establecido que el deudor que ejerza una actividad comercial, cumpléndose los demás requisitos debe solicitar su propia quiebra, no es fácil sostener que el legislador ha exigido una habitualidad, permanencia o que la actividad haya sido ocasional, o incluso que no sea principal, sino enteramente accesoria a otra actividad que ejecuta el deudor.

La causal en examen, esto es que el deudor ejerza una actividad comercial, intentando abarcar un mayor número de sujetos pasivos de concursos comerciales, frente al anterior texto de la ley N° 4.558, complementada con los sujetos pasibles de concursos que ejercen actividades industriales, pudo haber sido explicitada en orden a abarcar sujetos pasivos personas naturales o jurídicas que ejercen actividades de producción o intercambio de bienes y servicios, en la forma que lo estableció la ley N° 19.550 de Argentina, la cual sustituyó el concepto de "actividad económica", aparentemente en atención a que éste no significaría una finalidad de lucro y, además, en razón de que aquellas entidades constituidas para la administración o conservación de bienes, sociedades dedicadas a actividades culturales o de investigación en el ámbito de la sociología, política, industria, agricultura u otros, quedaban excluidas de ser sujetos pasivos concursables.

Se ha discutido ante los tribunales si el factor de comercio es o no comerciante, conjuntamente si el mandato comercial conlleva necesaria-

mente el ejercicio y la calidad de comerciante. En sentencia de primera instancia¹¹³, apelada ante la Corte de Apelaciones de Santiago y confirmada por la vía del recurso de queja ante la Corte Suprema, se ha resuelto "que también es previo consignar que ha correspondido a la parte solicitante fundar y demostrar las actividades ejercidas por el deudor a la época de contraerse la obligación, ello al tenor del artículo 52 de la ley N° 18.175". Agrega el mismo fallo que "el factor de comercio no es un comerciante, ni el ejercicio de tal mandato comercial, y/o función que comprende el rubro administración, conlleva necesariamente el ejercicio de la actividad de comerciante así como tampoco el evento de ser y/o haber sido el demandado socio de empresa, le transfiere la calidad de comerciante, de tal forma que ambos términos esgrimidos para fundar la solicitud de quiebra a que se refiere la presentación de fojas 7, han resultado ineficaces".

2.1.1.1. La sociedad anónima y otros tipos societarios frente a la legislación de quiebras

2.1.1.1.1. La mercantilidad de la sociedad anónima

Dentro de esta materia, resulta necesario analizar la mercantilidad de la sociedad anónima. En efecto, a partir de la ley N° 18.046 dictada en 1981, el artículo 1° estableció que la sociedad anónima es siempre mercantil, aun cuando no se forme para la realización de negocios de carácter mercantil.

¿Significa esto que toda sociedad anónima por el hecho de ser tal califica como una actividad comercial y por ende se encuadra dentro de los presupuestos indicados por el artículo 41 de la Ley de Quiebras?

Puelma¹¹⁴ indica que a partir de la ley N° 18.046, a las sociedades anónimas se les aplican en su plenitud las disposiciones generales de la quiebra relativas al comerciante, ya que, según el artículo 1°, inciso 2° de dicha ley, la sociedad anónima es siempre mercantil.

Sin embargo, al confrontar las dos leyes, es decir la Ley de Sociedades Anónimas y la Ley de Quiebras, debe necesariamente encontrarse con disposiciones que no son complementarias o que resulta dificultoso conjugárselas armónicamente, ya que el artículo 41 de la Ley de Quiebras, tal

¹¹³ Sentencia de 15 de marzo de 1998, del Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 1.705-85, confirmada por la Corte de Apelaciones y por la Corte Suprema, Rol N° 5.140. Oficina Coordinadora, Memorandum de 14 de enero de 1992, N° 9.

¹¹⁴ *Curso de Derecho de Quiebras*, p. 31.

como lo hemos visto, exige el ejercicio de una actividad mercantil y no mira a la naturaleza de la sociedad o del sujeto pasivo de la quiebra.

¿Qué pretendió establecer el legislador de la ley N° 18.046 al establecer la mercantilidad como de la naturaleza de la sociedad anónima, derogando las disposiciones contenidas en el Código Civil, sobre este tipo societario?

También el Código Civil, en virtud de la ley N° 18.046, de 1981, fue modificado en su artículo 2064, el que fue sustituido quedando como sigue:

"La sociedad anónima es siempre mercantil aun cuando se forme para la realización de negocios de carácter civil".

Es decir el concepto se repite tanto en la ley específica, como en el Código Civil.¹¹⁵

La interpretación finalista de la ley debe llevar a concluir, no obstante la falta de congruencia entre la norma contenida en la Ley de Quiebras y la de la Ley de Sociedades Anónimas, que al haberse declarado por ley la mercantilidad de este tipo societario, atendiendo a la naturaleza del mismo, resultaría que la actividad ejercitada por cualquier sociedad anónima, no obstante ser de carácter enteramente civil, produciría el efecto de mercantilizar su actividad, aun cuando el objeto social fuere enteramente civil o al menos no pudiere clasificarse como una actividad comercial, industrial, agrícola o minera.¹¹⁶

También podría interpretarse la norma, estableciéndose que no importa el objeto de la actividad, la que tendría la naturaleza propia que la constituye, es decir la actividad civil seguiría siendo civil, pero que la naturaleza de la sociedad hace que ésta sin considerar el objetivo o giro de su actividad será mercantil, pues la estructura societaria sobre la cual descansa es de carácter mercantil.

De tal manera que se impondría por sobre la específica actividad que desarrolle una sociedad anónima, la naturaleza mercantil de la sociedad al

¹¹⁵ La disposición antigua establecía: "Las sociedades civiles anónimas están sujetas a las mismas reglas que las sociedades comerciales anónimas".

¹¹⁶ En este sentido puede verse el fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 1989, Rol N° 2.770-88 en que se declaró: "La normativa actual sobre la materia es más rigurosa para el acreedor que desea obtener la declaración de quiebra de su deudor puesto que el artículo 43 prescribe, entre otras exigencias, que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola y dado que el verbo "ejercer" implica practicar los actos propios de un oficio, significa que en el caso veniéndolo la sociedad... S.A. debería practicar o realizar efectivamente una actividad comercial por encontrarse en el caso propuesto por la disposición legal citada".

establecerla la ley, con lo cual se encontraría dentro de la actividad comercial.

Es evidente que la técnica legislativa es defectuosa y le falta congruencia, lógica y armonía, no obstante sería el único sentido que tendrían las normas comentadas, razón por la cual habrá de aplicarse de la manera expresada, produciendo una mercantilización de los actos ejecutados por las sociedades anónimas. Es decir no debe atenderse a la actividad, contrariando el tenor literal del artículo 41 de la Ley de Quiebras, sino a su naturaleza de sociedad anónima, ya que aun cuando su objeto sea enteramente civil, como sería el caso de una sociedad anónima deportiva, ésta caería dentro del presupuesto subjetivo del ejercicio de una actividad mercantil, no en razón de su actividad sino en razón de su naturaleza que mercantilizaría su actividad.¹¹⁷

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de diciembre de 1999¹¹⁸, conoció de un recurso de casación en el fondo, toda vez que la Corte de Apelaciones de Santiago revocó una resolución recaída en un recurso de reposición, dejando de esta forma sin efecto la sentencia de quiebra dictada. En dicha sentencia la Corte Suprema estudia si se encuentran ajustadas a derecho las calificaciones jurídicas que la resolución de la Corte de Apelaciones ha efectuado al considerar como acto civil la adquisición de acciones para controlar una empresa eléctrica, empresa de fábrica, así como la calificación como obligación no mercantil aquella proveniente del mutuo cuyo producto fue destinado a la adquisición de acciones, pues de ello dependería la aplicación o no aplicación de la causal de quiebra contenida en el artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras.

La sentencia de casación establece que al adquirir una sociedad anónima el 51% de las acciones de una empresa hidroeléctrica y contratar un préstamo destinado al financiamiento de la compra de las acciones, no efectuó un mero acto civil de adquisición de acciones a modo de inversión sino que realizó una operación empresarial de toma de control, administración y manejo de una empresa de fábrica o generación de energía eléctrica, pasando a formar con ésta un mismo grupo empresarial, lo cual importa el

¹¹⁷ Véase artículo del profesor Arturo Prado Puga, publicado en la *Gaceta Jurídica*, "Alcance del art. 43 N° 1 de la Ley de Quiebras en relación con la Sociedad Anónima", N° 125, 1990, en el cual estima que "en esta importante materia lo razonable antes que lo puramente literal de la disposición (debe buscarse) la sentencia justa antes que la resolución exacta", con lo cual tiende a que bastaría la configuración de mercantil de la sociedad anónima para configurar su calidad acorde con el artículo 43 de la Ley de Quiebras, lo que estaría más acorde con el propósito del legislador.

¹¹⁸ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCVI, Segunda Parte, Sección Primera, p. 201.

ejercicio de una actividad mercantil o comercial, conforme a lo prescrito en el artículo 3° N° 5 del Código de Comercio, para más tarde pasar a ser, por la vía de absorción, la única dueña de tal empresa. Agrega la sentencia que el mutuo celebrado y las obligaciones provenientes de él que se dejaron de pagar han sido de naturaleza mercantil, tanto porque accedieron a un acto de comercio como porque estuvieron relacionadas para la prestación con un giro comercial. La sentencia fue acordada por cuatro de los ministros y existe un voto en contra fundado¹¹⁹, en el cual se establece "que las sociedades anónimas revistan el carácter de mercantiles no significa que las operaciones que realizan como personas jurídicas, todas en su integridad de manera absoluta y sin discriminación tengan el carácter de actos o contratos comerciales.

El tema ha sido analizado por diversos autores chilenos, estando contestes Sandoval López y Puelma Accorsi¹²⁰ que lo que al legislador lo que le importa es el ejercicio de las actividades comerciales, industriales, agrícolas o mineras, debiéndose probar el ejercicio efectivo de ellas.

La concepción de la legislación chilena sobre esta materia arranca de legislaciones extranjeras, ya que el Código Francés ignoró la quiebra de las sociedades, habiendo sido vacilante la doctrina al respecto, pues se entendía que era un instituto dirigido en contra de las personas naturales y no en contra del capital, por ser una cosa, superándose esta vacilación a lo largo del tiempo. La diferenciación entre sociedades civiles y mercantiles ha sido siempre complejo y nuestro derecho no ha escapado a ello, ya que conforme al artículo 2059 del Código Civil:

"Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles".

De tal modo que la regla general hasta antes de la ley N° 18.046, era que las sociedades tenían la característica de civiles y si se formaban para negocios que la ley calificaba de comerciales, pasaban a ser tales.

En efecto, se aprecia que el artículo 2059 estableció un sistema mediante el cual eran mercantiles las sociedades según su objeto y no según su forma.

La regla seguiría siendo la misma, con una excepción establecida en la ley N° 18.046, la que estaría constituida por la sociedad anónima, sin

¹¹⁹ Voto del Sr. Ministro don Servando Jordán.

¹²⁰ A. PUELMA ACCORSI, *Curso de Derecho de Quiebras*, 3ª edición. Editorial Jurídica de Chile 1983. RICARDO SANDOVAL LÓPEZ, *Manual de Derecho Comercial*. T. II, 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1986.

distinguirse si se trata de sociedades anónimas abiertas o cerradas, según la normativa de la ley sobre sociedades anónimas, respecto de la cual no se atendería a su objeto, efectivo o no, sino a su naturaleza, ya que las demás sociedades podrían ser consideradas mercantiles si se dedican a tales negocios o actividades, para seguir la terminología de la Ley de Quiebras.

En consecuencia las sociedades colectivas, las sociedades en comandita y las de responsabilidad limitada, para los efectos de constituir un sujeto pasivo de la legislación de quiebras, habrá de estarse a su objetivo, ya que las sociedades anónimas quedaron mercantilizadas por el sólo hecho de ser tales.

En nuestro sistema jurídico pueden pues encontrarse sociedades que en su forma son enteramente mercantiles, como las en comandita, pero que se distancian del Código de Comercio en virtud de su objeto. Es así como el artículo 22 N° 4 del Código de Comercio obliga a inscribir en el Registro de Comercio la escritura de sociedad en comandita, no obstante que ésta tenga un objeto civil, de lo cual puede deducirse que la forma comercial de este tipo de sociedades no cambia su naturaleza civil, la que se define por su objeto.

Provinciali sostiene que para someter a concurso a una sociedad con objeto comercial, no sería necesario indagar si ejerce profesionalmente una actividad económica organizada, como para el empresario individual, porque está en su propia naturaleza. La constitución basta para el nacimiento de la sociedad comercial y, por ende, para someterla al proceso concursal.¹²¹ ¿Sería esto lo que expresan los artículos 2064 del Código Civil, modificado por la ley N° 18.046 y 1° de esta última ley?¹²² Como se ve, el conflicto no nace de esta última legislación, sino de la concepción que se quiera tener de la "actividad comercial".

2.1.2.2. La transformación de una sociedad anónima en sociedad de responsabilidad limitada, cuyo objeto es civil

¿Qué sucede con una sociedad anónima que se transforma en sociedad de responsabilidad limitada, con un objeto civil antes y después de su transformación?

¹²¹ RENZO PROVINCIALI, *Tratado de Derecho de Quiebra*. Volumen I. Editorial AHR-Barcelona, 3ª edición, 1958, N° 51, pp. 202 y 203.

¹²² La ley francesa de sociedades declara que la sociedad es comercial tanto por su forma como por su objeto. Igual cosa sucede con la Ley N° 19.550 de Argentina que admitió la comercialidad formal de todos los tipos de sociedad previstos. En igual sentido el Código de Comercio de Guatemala de 1970: "Las sociedades organizadas bajo la forma mercantil tienen la calidad de comerciantes, cualquiera sea su objeto". Ley Mexicana en el art. 1°. Costa Rica, art. 17. Bolivia, art. 21.

Si la sociedad era anónima a la fecha en la cual contrajo la obligación impaga, se estará en presencia de la exigencia estipulada en el artículo 41 de la Ley de Quiebras, no importando si con posterioridad se produjo la transformación de la sociedad.

2.1.2.3. *La sociedad anónima disuelta o en liquidación y el caso de otros tipos societarios*

Si la sociedad anónima se disuelve y entra en liquidación será siempre sujeto pasivo de la quiebra, siguiendo la norma de la mercantilidad y además porque en conformidad al artículo 109 de la Ley de Sociedades Anónimas, la sociedad que es disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, quedando vigente sus estatutos en lo que fuere pertinente y además porque la sociedad en liquidación continúa en su actividad para los fines de llevar a cabo los negocios pendientes y tendientes directamente a efectuar la liquidación de la sociedad, conforme se precisa en los artículos 109 y 114 de la misma ley.

Una cuestión compleja la reviste la quiebra de la sociedad en liquidación que no tenga la naturaleza jurídica de una sociedad anónima, la cual como se dijo persiste después de adoptado el acuerdo de disolución entre los socios. En el caso de la sociedad anónima, el efecto de la disolución está expresamente regulado en el artículo 109 de la ley N° 18.046, que dispone:

"La sociedad anónima disuelta subsiste como persona jurídica para los efectos de su liquidación, quedando vigentes sus estatutos en lo que fuere pertinente. En este caso deberá agregar a su nombre o razón social las palabras "en liquidación".

Distinto es el caso de las demás estructuras societarias, las cuales no regulan esta situación, no obstante que por la vía doctrinaria se ha llegado a igual solución, con la excepción de las sociedades colectivas civiles, a las cuales se les aplican las normas sobre partición de comunidades, ya que tales sociedades no están sujetas al instituto jurídico de la liquidación de sociedades.

Es así como todas las sociedades cuya forma está reglada por el Código de Comercio, su liquidación debe efectuarse conforme a las normas del párrafo 6, del Título VII, Libro II de dicho Código, el cual está ubicado dentro del referido título, que está intitulado como "De la sociedad". Sin embargo forzoso resulta reconocer que el párrafo 6 citado se denomina: "De la disolución y liquidación de la sociedad colectiva". Sin embargo, el

artículo 474 del Código de Comercio, que regula la sociedad en comandita simple, establece que este tipo de sociedad:

"está sometida a las reglas establecidas en los siete primeros párrafos de este Título, en cuanto dichas reglas no se encuentren en oposición con la naturaleza jurídica de este contrato y las siguientes disposiciones".

A su vez, el párrafo 11 del mismo Título, que regula a la comandita por acciones, establece en el artículo 491 que:

"Las reglas establecidas en el párrafo anterior son aplicables a la comandita por acciones en cuanto no estén en contradicción con las disposiciones del presente".

Es así como se tiene que cualquiera que sea el objeto de las sociedades mercantiles, su disolución y liquidación se efectúa en conformidad a las normas del párrafo ya indicado, pudiendo sostenerse que la personalidad jurídica de tales sociedades subsiste después de su disolución, para el efecto de proceder a efectuar las operaciones correspondientes a su liquidación.

El proceso de liquidación termina una vez repartido todo su activo, cualquiera sea el tipo societario de que se trate, pues si no hay nada más que distribuir, es evidente que el o los liquidadores no tienen actos que ejecutar, pues no hay activo subsistente, cesando las actividades de tal o tales liquidadores y por ende la cesación definitiva de la sociedad, con lo cual también desaparece la razón de la subsistencia de la personalidad jurídica. Los eventuales acreedores que quedaren impagos, producto de un proceso liquidatorio, en el cual no hayan sido satisfechos sus créditos, sólo podrán perseguir la responsabilidad de los socios, según la naturaleza de la sociedad, o la actuación del o los liquidadores, al no haber previsto la situación de insolvencia que llevó a dejar impago a acreedores. De tal manera que a nuestro juicio, la sociedad respecto de la cual deba someterse a un proceso de liquidación puede ser sujeto de quiebra, mientras exista activo que repartir, pues todavía hay una personalidad jurídica vigente, para el solo efecto de practicar la liquidación de la sociedad, operación que requiere de la existencia de tal personalidad jurídica.

Pero aun así resulta discutible la tesis que analizamos, pues los actos practicados en la liquidación que fueren posible de anular mediante acciones revocatorias concursales o de inoponibilidad, no podrían ejecutarse por el solo hecho de haberse concluido el proceso de liquidación, que podría haberse llevado a cabo enteramente en contradicción a las normas de la "par conditio creditorum". De tal manera que habría que pensar que

no obstante la carencia de personalidad jurídica, todavía ésta debería subsistir por todo el período necesario para que las acciones revocatorias pudieran poder ejercerse por cualquier acreedor burlado en sus derechos, ya que tales acciones tienen precisamente el objeto de recomponer el patrimonio del deudor.¹²³

2.1.2.4. La sociedad anónima irregular

La sociedad anónima irregular o que es declarada nula, no podría ser sujeto pasivo de una quiebra sin perjuicio de la responsabilidad que compete a sus organizadores o administradores, quienes han actuado directamente en la gestión mercantil, en el caso que ésta lo fuere, los que serían sujetos de la causal de quiebra. En caso contrario no habría existido una actividad comercial.

El tema de la quiebra de la sociedad irregular ha sido largamente discutido.¹²⁴ Conocemos el caso del Código Colombiano, que regula expresamente el instituto en el artículo 1943, estableciendo que procede el concurso de la sociedad no constituida regularmente y no el de los socios individualmente. Sin embargo, debe señalarse que el tema es complejo, pues pueden verse envueltas sociedades de plazo fijo que han continuado después de vencido el plazo sus actividades, o aquellas que durante el proceso de constitución contraen obligaciones, que después no pueden concluir, entre otras razones, en virtud de no haber logrado materializar su constitución legal.

Si se niega la personalidad jurídica a estas organizaciones puede resultar que los accionistas o los constituyentes de la sociedad irregular sean colectivamente responsables de la crisis acaecida, en cuyo caso sería factible solicitar la quiebra de quienes han actuado como constituyentes, según sea la naturaleza de las obligaciones o el giro de su actividad.

¹²³ El catedrático español VICENT CHULLA opina que "incluso con posterioridad a la cancelación de la sociedad en el Registro mercantil debe admitirse la posibilidad de su declaración en quiebra, ya que la inscripción de cancelación, como en general todas, es de carácter declarativo y no constitutivo. Además, constituyendo la liquidación un procedimiento de carácter privado, no sometido a control judicial y sólo formalmente al registral, debe quedar sometida a la posible retroacción de la quiebra, anulándose los pagos realizados, en perjuicio de los acreedores; pues no existe ninguna norma que, a diferencia de la Ley Concursal alemana y C.O. suizo, disponga que tras la cancelación de su inscripción ya no es posible la declaración de quiebra de la sociedad".

¹²⁴ Véase *Gaceta de los Tribunales*, 1907, Tomo II, N° 909, p. 438, y *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXVII, 2ª parte, secc. 1ª, p. 607.

2.1.2.5. Los denominados consorcios

Esta es una figura enteramente convencional, que no está regulada en la legislación y se genera por un convenio en el cual las partes acuerdan actuar en conjunto para determinados efectos, muchas veces en forma transitoria, generando posteriormente algún tipo societario. Esta forma de actuación conjunta se ha dado en denominarla "consorcio". La actuación se lleva a cabo mediante algún representante que las partes designan. Como no se genera una persona jurídica distinta a la de los socios, la verdad es que se estaría frente a una comunidad de intereses, la que debería regirse por las normas de las comunidades, de tal modo que todos los miembros resultan ser sujetos colectivos de una eventual quiebra o concurso, ya sea en forma individual o conjunta.

La misma situación se da en la convención denominada "empresa conjunta" o "joint venture" o sociedad conjunta.

2.2. El deudor que ejerza una actividad industrial

El ejercicio de una actividad industrial, sostienen los comentaristas de nuestra legislación, no merece dificultad frente a la norma legal, pues el concepto estaría subsumido en el propio concepto de actividad comercial, en cuanto en el artículo 3° N° 1 del Código de Comercio, se estima acto de comercio la compra de una cosa mueble con ánimo de venderla en forma distinta, sin perjuicio de que el N° 5 del mismo artículo define como acto de comercio¹²⁵:

"Las empresas de fábricas, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, cafés y otros establecimientos semejantes".

Sandoval, en la obra ya citada, estima que la actividad industrial está comprendida en la actividad comercial y agrega:

"En este caso la actividad industrial se ejerce bajo la organización de empresa, siendo este factor el determinante de la mercantilidad. El carácter mercantil de la actividad industrial comprende, en consecuencia, a toda persona natural o jurídica, organizada o no como empresa ..."¹²⁶

¹²⁵ A. PUELMA. *Curso de Derecho de Quiebra*. En igual sentido EDGARDO PALACIOS A. *Algunos efectos de la quiebra en materia laboral*. Ediar Editores Ltda., 1984, p. 14.

¹²⁶ Op. cit., p. 76. La frase, a nuestro juicio no es clara, por cuanto se dice que el factor empresa es el determinante de la mercantilidad y, sin embargo, agrega que aun cuando no exista la organización empresarial se está frente a una actividad industrial.

Quien compra cosas muebles con el propósito de venderlas en una forma distinta, transformada, ya sea agregándole o quitándole algo a la cosa adquirida, estaría realizando una actividad comercial de tipo industrial.

La actividad industrial como tal no está definida en el Código de Comercio, como se ha visto, sino lo que está definido es el hecho de considerar como acto de comercio las empresas de fábrica, manufacturas y otros establecimientos semejantes.

La Ley de Quiebras señala que el sujeto pasivo es el que ejerce una actividad industrial, actividad que no está, según ha quedado dicho, definida en el Código de Comercio.

Sin embargo numerosas leyes se refieren a la actividad industrial, en diversas formas, las que podrían o no clasificarse como fábricas, manufacturas u otros establecimientos semejantes, conforme a la definición que da el Diccionario de la Lengua española de la palabra fábrica y manufactura.

Fábrica es el lugar en donde se fabrica una cosa y fabricar es hacer una cosa por medios mecánicos. Manufactura es una obra hecha a mano o con auxilio de máquina, empleándose como sinónimo de fábrica.

Es evidente que el concepto de fábrica es limitado específicamente a lo ya indicado y el legislador de 1982 quiso ampliar el ámbito de la aplicación de la Ley de Quiebras, a cuyo efecto utilizó, si bien en forma defectuosa los términos de actividad, calificó a esta última en diversas formas, señalando a la actividad industrial como presupuesto subjetivo de la declaratoria de quiebra para englobar a un determinado tipo de sujetos pasivos, esto es los que llevan a cabo la aludida actividad.

Respecto del concepto de actividad, valga lo ya expresado en el número precedente en relación con la actividad comercial.

Sin embargo no podemos aplicar los mismos conceptos a lo que pueda significar el concepto de "industrial", como agregado de una actividad.

A nuestro juicio resulta imperativo, para entender a cabalidad la expresión utilizada en la ley N° 18.175, interpretar esta norma atendidos a las normas expresamente dispuestas y contenidas en el párrafo 4 del Título Preliminar del Código Civil. La norma fundamental se encuentra contenida en el artículo 23, en cuanto se expresa que la extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes, que están en los artículos 19, 20, 21 y 22, ya que el artículo 24 se aplica cuando no pudieren utilizarse las reglas expresadas en tales artículos.

Respecto del entendimiento que se le deberá dar a las palabras, el Código señala que deben entenderse en su sentido natural y obvio, según

el uso general de las mismas palabras; "pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal". De más está decir que se deberá aplicar el contexto de la ley y recurrir a otras leyes cuando los pasajes oscuros de una ley puedan ser así ilustrados, particularmente si versan sobre el mismo asunto.

En suma, se debe efectuar un trabajo interpretativo de cierto alcance, para ilustrar adecuadamente el concepto de "una actividad industrial", que indicó el legislador de la ley N° 18.175.

La voz industria significa el conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, transformación o transporte de uno o varios productos naturales. El adjetivo "industrial" significa perteneciente a la industria.

Para tener un más acertado entendimiento si basta con el sentido natural y obvio según el uso general de las mismas palabras, examinaremos si el legislador ha entregado otras definiciones, sin perjuicio del contexto de ellas o de recurrir a otras leyes.

Por de pronto, el Código Civil utiliza en diversas disposiciones la voz industria, siendo las más importantes para estos efectos los artículos 547, 570, 816, 861, 890 y 2132.

En tales disposiciones el Código, anterior en diez años al Código de Comercio, utiliza la voz industria específicamente para señalar una actividad industrial.

Es así como el artículo 547 se refiere a "Las sociedades industriales", en el Título de las personas jurídicas, indicando que el referido título no se refiere a este tipo de sociedades, sino que están comprendidas en el Código de Comercio. El artículo 570, establece los inmuebles por destinación señalando que: "Las prensas, calderas, cubas, alambiques, toneles y máquinas que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo,..." Es lo que el Código de Comercio reputa como fábrica, pero que el Código Civil lo especifica como industrial. El artículo 816, ubicado en el Título que regula los derechos de uso y habitación, establece que: "En las necesidades personales del usuario o del habitador no se comprenden las de la industria o tráfico en que se ocupa". Se aprecia que el Código Civil diferencia claramente la actividad industrial del usuario o habitador de la ocupación de tráfico, que no es otra que el comercio o tráfico mercantil. El artículo 890 que indica las cosas que pueden ser objeto de una reivindicación y exceptúa de tal acción a "las cosas muebles cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén, u otro establecimiento industrial...". El Código Civil reitera aquí el concepto de establecimiento industrial o fábrica, como le denominó el Código de Comercio. El artículo

2132 que describe los actos de administración que puede ejecutar el mandatario, entre los cuales se contempla el de "comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de tierras, minas, fábricas, u otros objetos de industria que se le hayan encomendado". El concepto de objetos de industria en este artículo se diferencia de los materiales para beneficio de la fábrica, siendo más amplio que el indicado. Todos estos artículos revelan la concepción de una actividad industrial distinta a la comercial e incluso a la fabril, que podría entenderse subsumida en la comercial.

En el año 1927, mediante la dictación del D.F.L. N° 1.491, se creó el Departamento de Industrias Fabriles y a partir de dicha regulación se generó una abundante legislación y reglamentación sobre instalación, ampliación y traslado de industrias. El Decreto de Economía N° 194, de 1954, modificado en diversas oportunidades, definió lo que se entendía por industrias señalando:

"al conjunto de las actividades desarrolladas en fábricas, plantas o talleres destinados a la elaboración, reparación, conservación, transformación, armadura, confección, envasamiento de sustancias, productos o artículos en estado natural o ya elaborados, o para la prestación de servicios como molineras, tintorerías, acabados o terminación de artículos".

El mismo decreto exceptuaba de su aplicación a las industrias enumeradas en el decreto N° 747, de 1953 del Ministerio de Economía y que eran:

- a) Las industrias mineras extractivas.
- b) Las industrias agrícolas, considerando como tales las dedicadas al cultivo y recolección de los productos de la tierra. No se consideran en la excepción las industrias de conservación de frutas y legumbres, aserraderos, ni las de transformación.
- c) La industria pesquera.
- d) Industrias de servicios públicos, agua, gas, electricidad o movilización colectiva urbana o suburbana o los ferrocarriles.
- e) Las industrias salitreras, incluso las de refinación.
- f) Las industrias de radiodifusión.

Puede apreciarse el amplio contenido que le daban a la época las autoridades gubernamentales al concepto de industria, que incluso rebasaba la propia definición transcrita, al considerar a la radiodifusión y al transporte como una industria.

Esta legislación ha sido absorbida o derogada expresamente por otras normas, que no es del caso señalar.

Una ley de gran importancia en la actividad industrial es la ley N° 5.687, que regula el contrato de prenda industrial, promulgada en el año 1935. Esta ley se aplica al contrato de prenda industrial, "para caucionar obligaciones contraídas en el giro de los negocios que se relacionan con cualquiera clase de trabajos o explotaciones industriales..." Es decir, la actividad industrial en el año 1935 se conceptualizaba con "cualquiera clase de trabajos o explotaciones industriales". Tampoco el legislador definió el concepto de trabajo o explotación industrial en esta ley, pero es sintomático que no utilizó las expresiones contenidas en el N° 5 del artículo 3° del Código de Comercio, tratándose específicamente de posibilitar al sector o actividad industrial un medio para obtener recursos financieros para sus actividades sobre la base de constituir garantías sobre materias primas, productos elaborados, maquinarias, herramientas y sobre todo aquellas especies muebles que, en razón de la industria, formen parte integrante o accesorio de ella. Nos parece evidente la influencia de la terminología civil en los autores de la referida ley.

Aquí se integra el concepto de industria, que no fue utilizado por el Código de Comercio, según lo hemos expresado anteriormente.

El factor determinante de la expresión "industrial", reside en la obtención, transformación o transporte de productos. De tal manera que todo aquello que diga relación con tales factores cae dentro del ámbito de la actividad industrial, indicada en la ley N° 18.175.

Examinaremos algunos casos relevantes, tales como la producción y distribución de energía eléctrica, la actividad pesquera, las telecomunicaciones, la actividad vinculada a las comunicaciones sociales y la construcción.

2.2.1. La producción, transporte y distribución de energía eléctrica

La actividad propia de la producción y distribución de energía eléctrica está regulada por el D.F.L. N° 1 de 1982.

El artículo 150, letra a) del citado cuerpo legal establece:

"Sistema eléctrico: conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que permite generar, transportar y distribuir energía eléctrica".

No puede caber duda que la producción de energía eléctrica, en cuanto utiliza fuentes naturales como el agua, el gas, el carbón, el petróleo o el viento, y la energía atómica, son actividades de generación típicamente industrial, ya que obtienen un producto, la energía eléctrica, mediante el aprovecha-

miento industrial de productos naturales o de procesos que requieren una compleja tecnología, en establecimientos especiales destinados a tales fines. Tales establecimientos tienen y poseen todas las características de un establecimiento industrial, en los términos conceptuados por el Código Civil y el Código de Comercio, según se ha expresado anteriormente.

El transporte de la energía eléctrica producida también viene a ser una actividad industrial, por cuanto es un complemento propio de la industria generadora, ya que ésta nada haría sin poder almacenar la energía producida, la que está destinada a ser consumida. Es evidente que el concepto de transporte de energía eléctrica está enteramente fuera de cualquier concepción de los Códigos del siglo XIX, por el simple hecho que la referida energía no era un bien de uso habitual en los años de la dictación de tales cuerpos legales. En consecuencia, no es factible recurrir al concepto de transporte que tienen esos Códigos, sino que es necesario recrear el concepto de transporte de la energía eléctrica. El artículo 2º del D.F.L. Nº 1 de 1982, en el Nº 1, letra c) se refiere a "Líneas de transporte de la energía eléctrica". Tal actividad de transporte al estar esencialmente ligada a la generación o producción de energía eléctrica, por el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, viene a resultar una actividad enteramente industrial, aunque se efectúe en forma separada de la actividad generadora, ya que su propósito es el de complementar esta última.

Igualmente la actividad de distribución de la energía eléctrica viene siendo también una actividad de carácter industrial, sin perjuicio de su mercantilidad, como toda actividad de distribución o tráfico, ya que las empresas distribuidoras de energía eléctrica compran energía a las generadoras, para suministrarlas a sus consumidores, típico acto de comercio regulado en el artículo 3º Nº 1 del Código de Comercio.

2.2.2. La actividad pesquera

El artículo 1º de la Ley de Pesca y Acuicultura¹²⁷ establece que a las disposiciones de dicha ley quedan sometidas toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura, entre otras, que se realice en aguas terrestres, aguas interiores, mar territorial o zona económica exclusiva. También

¹²⁷ La Ley de Pesca y Acuicultura está contenida en el Decreto Supremo Nº 430, de 28 de septiembre de 1991, publicado en el Diario Oficial de 21 de enero de 1992, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.892, de 1989, el cual a su vez ha sido modificado mediante las leyes 19.079, 19.080 ambas de 1991, Nº 19.245 y Nº 19.210 de 1993, 19.384 de 1995, 19.492, 19.520 y 19.521 de 1997.

quedan sometidas a las normas de dicha ley las actividades pesqueras de procesamiento y transformación, y el almacenamiento, transporte o comercialización de recursos hidrobiológicos.

En el artículo 2º de la misma ley se establecen numerosas definiciones sobre las actividades pesqueras, indicándose lo que se entiende por pesca extractiva, la actividad pesquera de transformación, armador pesquero industrial, barcos fábrica o factoría, pequeño armador pesquero industrial, pesca industrial, registro nacional pesquero industrial, entre otros.

Del conjunto de las definiciones establecidas por la propia Ley de Pesca, se extrae la existencia de una importante actividad pesquera de naturaleza industrial, de tal manera que habrá de investigarse en cada caso la situación del sujeto pasivo de la acción de quiebra, para determinar si se está frente a una actividad industrial.

No cabe duda que aquellos que califiquen como industriales pesqueros ejecutarán una actividad industrial propiamente tal, por expresa disposición de la ley, tales como los armadores pesqueros industriales y artesanales, respecto de los cuales existen disposiciones especiales contenidas en el Título V de la ley. Por de pronto, el Título I de la ley, en el cual se encuentran las definiciones se establece que:

"Artículo Nº 8) Armador pesquero industrial: persona inscrita en el registro industrial, que ejecuta por su cuenta y riesgo una actividad pesquera extractiva o de transformación a bordo, utilizando una o más naves o embarcaciones pesqueras, cualquiera sea el tipo, tamaño, diseño o especialidad de éstas, las que deberán estar identificadas e inscritas como tales en los registros a cargo de la autoridad marítima".

En el Nº 13 se define el concepto de barcos fábrica o factoría:

"es la nave que realiza faenas de pesca y efectúa a bordo procesos de transformación a las capturas, incluyendo en ellos la congelación de las mismas. No se considerarán procesos de transformación la mera evisceración, como el uso de técnicas de preservación para la mantención de capturas en fresco, entendiendo por tales el uso de hielo o de productos químicos y la sola refrigeración".

La misma disposición señala algunos tipos de barcos fábrica que no es del caso detallar, ya que todos ellos califican como fábricas.

En el caso de los pequeños armadores pesqueros industriales se definen en el Nº 27:

"persona inscrita en el Registro Nacional Pesquero industrial, que ejecuta una actividad pesquera extractiva utilizando hasta tres naves, de hasta 22,50 metros de eslora máxima y de hasta 100 toneladas de registro grueso cada una".

Puede concluirse, pues, que en estos casos existe actividad industrial por el hecho de encontrarse inscrito en la categoría de industrial, por expresa disposición de ley, con lo cual las demás actividades pesqueras estarían excluidas de poder ser calificadas como actividades industriales.

Lo expuesto se confirma frente a la definición contenida en el N° 31 del artículo 2°:

"Pesca industrial: actividad pesquera extractiva realizada por armadores industriales, utilizando naves o embarcaciones pesqueras, de conformidad con esta ley".

El Título III de la misma ley trata del Acceso a la actividad pesquera extractiva industrial, confirmando la definición ya transcrita, a través de diversas normas que regulan dicha actividad. Conforme a las disposiciones contenidas en este Título de la ley, también resulta claro que la actividad extractiva no constituye una actividad industrial, sino cuando se ejecuta por quienes la ley califica como pescadores o armadores industriales, los que sí llevarían a cabo una actividad pesquera de características industriales calificándose así, la actividad como industrial. El resto de las actividades reguladas por la Ley de Pesca no serían de carácter industrial, destacando entre las más significativas las de acuicultura.

2.2.3. Las telecomunicaciones

La Ley de Telecomunicaciones N° 18.168, modificada en diversas oportunidades¹²⁸, entiende por telecomunicaciones:

"toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por líneas físicas, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos".¹²⁹

La actividad intrínseca consistente en las telecomunicaciones implica transmitir, emitir o recibir signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones, de tal manera que no hay un proceso de transformación industrial en la forma clásica de como se ha entendido dicha actividad. Igualmente no existe una actividad mercantil, conceptualizada en los términos del artículo 3° del Código de Comercio.

¹²⁸ Leyes N°s. 18.482, 18.591, D.F.L. N° 1 de 1987, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, ley N° 18.661 y ley N° 18.838.

¹²⁹ Artículo 1° de la Ley de Telecomunicaciones.

La actividad de las telecomunicaciones escapa enteramente a las actividades tradicionales de la industria y del comercio, como se la ha entendido cuando se efectuó la codificación en el año 1865 o cuando se dictaron las principales leyes sobre industria en el país. Obviamente aparece la actividad de telecomunicaciones ya avanzado el siglo XX y hace una verdadera explosión en el último tercio del siglo. De tal manera que los legisladores no pudieron considerar una actividad económica de gran escala en los términos hoy en día conceptualizados de las telecomunicaciones. Lo anterior explica que sea imposible encuadrar esta actividad en el concepto de actividad industrial.

Como la legislación no utilizó expresión alguna relativa a alguna actividad económica, de generación de riqueza, sin calificarla como se hizo en la ley N° 18.175, queda enteramente fuera de la posibilidad de calificarla como una actividad industrial.

De tal manera, un enorme campo de las actividades económicas que se llevan a cabo en el país son actividades civiles o que no pueden ser catalogadas dentro del campo comercial o industrial.

El artículo 3° de la Ley de Telecomunicaciones, que efectúa una clasificación de los distintos tipos de servicios de telecomunicaciones, tampoco permite efectuar una calificación más profundizada, no obstante el enorme contenido económico de las empresas que se dedican al giro de las telecomunicaciones. Es obvio que los servicios limitados de telecomunicaciones cuyo objeto es el de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas, entidades o personas previamente convenidas con éstas o los servicios de aficionados a las radiocomunicaciones escapan enteramente a una actividad económica de escala. Pero aun así, no es posible englobar a los demás servicios clasificados por la ley, como lo son aquellos de libre recepción o de radiodifusión, los servicios públicos de telecomunicaciones y los servicios intermedios de telecomunicaciones, como una actividad comercial o industrial, en los términos indicados en el artículo 3 del Código de Comercio o en leyes que tipifiquen o hubieren tipificado la actividad industrial.

Pensamos que este vacío debe ser solucionado, pues se trata de una actividad de características económicas que requiere encuadrarse claramente en las normas de la legislación concursal.

Lo anterior demuestra que la legislación, al utilizar la técnica de clasificar distintas actividades, quedó enteramente superada por el desarrollo económico, tecnológico y social del país.

"Las empresas de construcción de bienes inmuebles por adherencia, como edificios, caminos, puentes, canales, desagües, instalaciones industriales y de otros similares de la misma naturaleza".

De tal manera que todas las personas naturales o jurídicas que constituyan una empresa, individual o colectiva, en este último caso mediante los tipos societarios que existen en el derecho, cuyo objeto esté comprendido entre aquellos indicados en el N° 20 del artículo 3° del Código de Comercio, deben entenderse comprendidos entre los actos de comercio y por extensión se estaría en presencia de una actividad comercial, no obstante la precisa configuración que en nuestra legislación tiene la actividad de la construcción.

En consecuencia toda la actividad de la construcción tiene las características de constituir una actividad comercial, pues la legislación estima tratarse de un acto de comercio la empresa que se dedica a tal giro.

El término utilizado, en cuanto a "otros similares de la misma naturaleza", llevan a la inequívoca situación de tratarse de una actividad comercial, bajo la condición de que se trate de ejecutar una obra o construirla, efectuar un montaje de estructuras de acero u hormigón armado, entre otras.

Problema de distinta índole es la actividad inmobiliaria, diferente a la de construcción, en cuanto aquella genera, financia, promueve, proyecta y coordina la construcción y venta de inmuebles, sin construirlos directamente. Es decir, la venta de inmuebles ya construidos por su propia iniciativa.

Estimamos que dadas las normas contenidas en el artículo 3° del Código de Comercio, por tratarse de una actividad de venta de inmuebles, los cuales no los construye, arregla, modifica o mejora la propia entidad inmobiliaria, no podría considerarse ésta como una actividad comercial ni industrial.

2.2.6. Comentario final sobre la actividad industrial

Como puede apreciarse, la ley N° 18.175 modificó sustancialmente el presupuesto subjetivo imperante bajo el texto de la ley N° 4.558, en la cual sólo se miraba al deudor comerciante, definido en el propio Código. La nueva legislación al introducir el concepto de actividad y calificarla de industrial, no cabe duda que quiso ampliar el universo del presupuesto subjetivo, lo que ha logrado, aunque de un modo imperfecto, pues los conceptos introducidos permiten un alto grado de conflictividad interpretativa.

2.2.4. La actividad editorial, periodística y de comunicaciones sociales

A diferencia de las actividades que hasta aquí hemos examinado, la actividad relacionada con la información, con la cultura escrita o expresada a través de imágenes reales o grabadas o bajo cualquier forma, tales como la radiodifusión, la televisión, la prensa escrita, televisiva o radial o transmitida mediante sistemas electromagnéticos o bajo cualquier otra forma, que se efectúa a través de empresas periodísticas, de televisión, radio, diarios, revistas, libros, mecanismos grabados para ser reproducidos bajo cualquier forma, no tiene un cuerpo legal único que defina tales actividades. Muy por el contrario, la Constitución Política se encarga de garantizar el más amplio derecho para emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio. De tal manera que la referida libertad, por lo demás consubstancial a cualquier estado de derecho y democracia, no está regulada sino en casos de estados de excepción o en casos específicos contenidos en la legislación sobre Seguridad del Estado, N° 12.927.¹³⁰

Del análisis de tales preceptos y otros contenidos en la legislación sobre el Consejo de Televisión, se puede apreciar que la actividad desplegada al interior y en el proceso de elaboración y distribución de información no hay asomo de una actividad industrial o comercial. De tal manera que tales actividades no están alcanzadas por la Ley de Quiebras, siendo dentro del ordenamiento jurídico chileno sólo actividades de carácter civil. Tan sólo por el hecho de efectuarse por intermedio de sociedades anónimas, la actividad civil que llevan a cabo las empresas respectivas podrán calificarse de mercantiles, conforme se señaló en el N° 2.1.2. precedente.

2.2.5. La actividad de la construcción

Mediante la dictación del decreto ley N° 1.953, de 1977, se agregó como "acto de comercio", continuando con el error de configurar como "acto"¹³¹ a una empresa:

¹³⁰ Dicho texto está contenido en el D.S. N° 890 del Ministerio del Interior, de 1975, modificado por las leyes N°s. 18.222, 18.256, 18.342, 19.029 y 19.047 y decretos leyes N°s. 1.281 de 1975 y 2.578 y 2.866 de 1979.

¹³¹ Acto es un hecho o acción.

Basta con leer los textos de los autores Sres. Ricardo Sandoval, Álvaro Puelma y Juan Esteban Puga, que hemos citado precedentemente, en forma parcial, pudiendo recurrirse a ellos para un más detallado análisis de la manera bajo la cual se puede interpretar el concepto de actividad industrial, con lo cual se concluye que no basta con referirse al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, o incluso remontarse a las normas específicas que pudieren regular una determinada actividad, para encontrarse con una acabada idea sobre este particular.

Es de toda evidencia que el presupuesto subjetivo de actividad industrial debe ser enmendado y clarificado para lograr obtener la finalidad del legislador, en cuanto a expandir el universo de los sujetos pasivos del concurso, lo que pudo haberse llevado a cabo mediante una redacción más adecuada sobre las actividades mercantiles económicas, lucrativas o no, según fuere el objetivo del legislador.

2.3. El deudor que ejerza una actividad minera

La actividad minera o la ejecución de labores mineras, incluye las de catar y cavar, explorar y explotar sustancias minerales metálicas o no metálicas y, en general, toda sustancia fósil, en cualquier forma en que naturalmente se presente, incluyéndose las existentes en el subsuelo de las aguas marítimas sometidas a la jurisdicción nacional a las que se tenga acceso por túneles desde tierra.

También deben incluirse la exploración y explotación de sustancias no susceptibles de concesión que se desarrollen mediante concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, conforme lo dispone el artículo 8° del Código de Minería.

Las sociedades de naturaleza minera, reguladas en el Código de Minería, no constituyen una actividad minera per se, sino la propia actividad minera que tales sociedades ejecuten, a diferencia de lo que sucede con la sociedad anónima, que siempre es mercantil.

El artículo 230 del Código de Minería regula ciertos derechos que se establecen a los acreedores en las quiebras de los mineros, materia que no profundizaremos por no estar vinculada al presupuesto subjetivo de que trata este capítulo.

2.4. El deudor que ejerza una actividad agrícola

Debe entenderse por la simple aplicación de las reglas gramaticales y la definición de las palabras, que "agrícola" es lo concerniente a la agricultura y ésta a su vez es la labranza o cultivo de la tierra.

La labranza es el cultivo de los campos y cultivo es la acción y efecto de cultivar, constituyendo esta última expresión la de dar a la tierra y a las plantas las labores para que fructifiquen.

De tal manera que la actividad agrícola debe entenderse como la labor que se efectúa directamente sobre la tierra para que ésta y las plantas fructifiquen.

Este sucinto análisis nos llevaría a descartar de la actividad agrícola lo que se conoce como actividad ganadera o cultivo de ganados, sea vacuno, ovino o de otra especie, ya que la tierra en este caso es explotada sin efectuar una labor de cultivo de ésta, según sea el caso. Sin embargo ello no es así, conforme a la reglamentación existente, según se dirá luego.

En igual situación se encontraría la silvicultura o cultivo de los bosques, sean naturales o producto de una actividad organizada por personas.¹³²

Suele diferenciarse en nuestro país la actividad agrícola de la campesina, atribuyéndose esta última, al campesino, quien sería un pequeño propietario o minifundista, que realiza labores de labranza. El D.F.L. N° 13 de 1968 tipificó un tipo de cooperativa denominado campesina, al cual sólo podían pertenecer determinadas personas del sector agrícola, tales como productores que explotan una pequeña propiedad rústica, medieros, inquilinos, trabajadores agrícolas entre otros, con lo cual se estructuraba un tipo de sociedad campesina, por excelencia, compuesta por personas que se clasificaban como campesinos, diferentes a los agricultores. Sin embargo la ley N° 18.175, no formula tales distinciones, razón por la cual es imposible diferenciar al tipo de empresario agrícola, entre campesino y agricultor, aplicándose a ambos la legislación de quiebras.

Es importante tener presente el Reglamento de Contabilidad Agrícola, contenido en el Decreto Supremo N° 1.139, de 1990, del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 5 de enero de 1991, disponiendo que se entenderá:

"por actividad agrícola, el conjunto de operaciones que tienen por finalidad la obtención de los productos de predios agrícolas, incluyendo su elaboración, conservación, faenamiento y acondicionamiento, siempre que se trate de bienes de producción propia y que predominen en el producto final resultante", agregado que "la crianza y engorda de animales, en cualquier forma, constituye actividad agrícola".¹³³

¹³² En el mismo sentido A. PUELMA, op. cit., p. 36. Sin embargo, este autor estima que no son actividades agrícolas las frutícolas o de plantación, posición que no compartimos, en razón de tratarse de cultivo de la tierra, como lo constituye el plantar vides, u otros frutales, que precisamente implican un cultivo o labranza.

¹³³ Art. 2° N° 2.

El Servicio de Impuestos Internos, conforme a su potestad interpretativa y reglamentaria, emitió instrucciones especiales para la aplicación de este Reglamento¹³⁴, enfatizando el concepto de actividad agrícola, en el sentido que es amplio e involucra tanto la producción agraria como la pecuaria y forestal, cuando esta última se desarrolla conjuntamente con las anteriores o no se encuentra amparada por el D.L. N° 701, de 1974, o el decreto N° 4.464, de 1931. También estas Instrucciones precisaron que "la crianza y engorda de animales, en cualquier forma, constituye actividad agrícola".

3. CASOS EN QUE TRATÁNDOSE DE ACTIVIDADES COMERCIALES, SE EXCLUYEN TOTAL O PARCIALMENTE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE QUIEBRAS

Se trata de:

- 1) los bancos,
- 2) sociedades financieras,
- 3) compañías de seguro,
- 4) sociedades "securitizadoras",
- 5) concesionarias de Servicios Sanitarios.

3.1. Bancos y sociedades financieras

El Título XV de la Ley de Bancos, contenida en el D.F.L. N° 252 de 1960, el cual ha tenido numerosas modificaciones, entre las cuales cabe mencionar la establecida por la ley N° 18.576 de 27 de noviembre de 1986, incorporó un nuevo título a la misma, sobre las medidas para regularizar la situación de los bancos y de su liquidación forzosa.

El artículo 117 de la referida ley, establece:

"Los bancos sólo podrán ser declarados en quiebra cuando se encuentren en liquidación voluntaria".

De tal modo que un banco, antes de encontrarse en un procedimiento de liquidación voluntaria, no puede ser declarado en quiebra. La quiebra, en tal caso, se debe someter a las normas de la ley N° 18.175.

¹³⁴ Circular N° 22, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 1991.

La liquidación forzosa de un banco puede ser resuelta por la Superintendencia de Bancos, quedando en tal caso el banco excluido de cualquier procedimiento de quiebra, por disponerlo así el artículo 117 de la Ley de Bancos, ya transcrito.

El hecho esencial para un banco, al igual que a los demás comerciantes, lo constituye en el cese en el pago de una obligación, sin distinguir el tipo o naturaleza de la obligación.

La Ley de Bancos, además, obliga al banco "que revele problemas de solvencia que comprometan el pago oportuno de sus obligaciones", a presentar proposiciones de convenio a sus acreedores dentro del plazo de 10 días desde que se haya detectado la falta de solvencia. El artículo 119 de la Ley de Bancos presume la existencia de problemas de solvencia en los casos que se indican en el mismo artículo.

De tal manera que la Ley de Bancos, siempre se mantiene en la manifestación del hecho básico de cesar en el pago de una obligación, para generar el proceso de quiebra, siempre que se encuentre en liquidación voluntaria.

No es del caso describir aquí, los complejos procedimientos de prevención, ya que en este Capítulo examinamos sólo las causales de quiebra, de las cuales están absolutamente exceptuados los bancos antes de entrar en un proceso de liquidación voluntaria.

Las sociedades financieras, reguladas en el Título XIV de la misma Ley General de Bancos, están sometidas en iguales términos que los bancos a las causales de quiebra.

3.2. Compañías de Seguros

Normalmente, se vinculan los procedimientos administrativos de solución de las dificultades económicas de las empresas con ayudas estatales, lo cual no siempre es así.

Existe en países extranjeros este tipo de procedimientos y en Chile también los ha habido, pero el caso de las Compañías de Seguro o empresas aseguradoras, es un procedimiento, en el cual no están comprometidas ayudas del Estado, sino un peculiar sistema de prevención y de solución, que el legislador ha establecido con carácter discriminatorio, exclusivamente para este sector.

El procedimiento establecido tiene la característica de estar concebido para de alguna manera suplir las deficiencias que importaría someter a los procedimientos jurisdiccionales, la crisis o las dificultades que puedan afectar a una empresa aseguradora.

3.2.1. La regularización

El Título IV de la Ley sobre Compañías de Seguros fue introducido por la ley N° 18.660 de 20 de octubre de 1987.

La ley estima que una empresa aseguradora esta en situación irregular, en tres grandes casos, a saber:

1. Por déficit patrimonial.
2. Por déficit de inversiones o sobreendeudamiento.
3. Por déficit de patrimonio y de inversiones o sobreendeudamiento conjuntamente.

Tales déficit, conforme a la ley, significan una dificultad al interior de la empresa de seguros, que debe tener un tratamiento especial.

3.2.2. Los sistemas de alerta

La ley de empresas aseguradoras contempla procedimientos de alarma o de alerta, que al detectarse los déficit indicados en el párrafo precedente, deben entrar en operación.

Por de pronto, cabe consignar que la ley dispone que toda compañía de seguros debe tener un capital no inferior a 90.000 unidades de fomento al momento de constituirse, el cual debe estar totalmente suscrito y pagado para autorizar su existencia, acto que debe llevar a cabo la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS).¹³⁵

Si el referido capital se reduce a menos de la mencionada cantidad, la empresa aseguradora está obligada a completarlo, conforme a las normas sobre regularización.

Existe una diferenciación que se formula en las disposiciones sobre el capital mínimo y las normas de regularización, pues estas últimas se refieren al "patrimonio" y las otras al "capital".

"Patrimonio", está definido expresamente en el artículo 1°, letra c), de la ley, disposición que establece: "Patrimonio de una sociedad: la diferencia entre el valor de los activos totales y los pasivos exigibles, deducida la suma de cualquier activo que no constituya inversión efectiva, entendiéndose por inversión efectiva aquellos activos que tienen un claro valor de realización o capacidad generadora de ingresos para la sociedad".

¹³⁵ Artículo 7° del D.F.L. N° 251, de 1931, modificado por la ley N° 18.660.

De tal modo que un déficit patrimonial está constituido por el hecho de reducirse el capital bajo el mínimo de las 90.000 unidades de fomento, exigido por la ley, como mínimo para poder funcionar como tal, es decir para emitir pólizas de seguro.

Existe pues un hecho objetivo que provoca la alerta, cual es la mencionada reducción, la que opera frente a una autoridad gubernamental, la cual tiene una enorme capacidad de control e información respecto de las entidades supervigiladas, ya que éstas deben presentar trimestralmente informaciones de carácter contable, autoridad que puede tomar drásticas medidas ante el incumplimiento de las normas legales, reglamentarias y administrativas que se impartan. La entidad aseguradora está obligada a informar a los dos días de constatado el hecho de la disminución patrimonial. A su vez la ley contempla un plazo de seis días, desde que entregue la información a la Superintendencia para adoptar medidas correctivas o una proposición de medidas para corregir el déficit patrimonial.

La ley otorga un plazo de 80 días para superar la disminución patrimonial producida, la que en caso de no revertirse obliga al Directorio de la sociedad aseguradora a convocar en una única citación a una Junta Extraordinaria de Accionistas, destinada a aprobar el aumento de capital necesario para cumplir con el monto mínimo exigido por la ley.¹³⁶ También está facultada la propia Superintendencia para efectuar la convocatoria a Junta. Dicha reunión deberá efectuarse antes de los 30 días hábiles siguientes a la primera publicación de la citación.

Si la Junta convocada acuerda aumentar el capital, éste debe ser enterado en el plazo de 80 días hábiles contado desde la fecha de acuerdo y su pago se debe hacer en dinero efectivo. En caso de no ocurrir este aumento deberá revocarse la autorización de existencia de la Compañía de Seguros. Igual sanción se aplicará si la Junta no se constituye o no hay acuerdo para aumentar el capital y el déficit de patrimonio no se hubiere superado, dentro del plazo indicado.

En el caso de que una compañía de seguros no dé cumplimiento a una o más normas sobre relaciones máximas de endeudamiento, o presente un déficit de inversiones representativas de reservas técnicas o de patrimonio de riesgo, queda obligada a presentar a la Superintendencia, dentro del plazo de 2 días hábiles a la constatación de tal hecho, una explicación de sus razones.

Dentro de los 6 días hábiles al hecho deberá presentar un informe sobre las medidas adoptadas o las que adoptará para superar el déficit constatado.

¹³⁶ Artículo 66 de la ley.

Si los problemas subsisten por más de 60 días hábiles, deberá la Compañía presentar un plan de ajuste a la Superintendencia. Tal plan deberá permitir lograr el cumplimiento de la normativa transgredida en el plazo de 120 días hábiles siguientes a la aprobación por parte de la Superintendencia.¹³⁷

Si al cabo de los 120 días, los hechos no se han superado, la Superintendencia podrá ordenar medidas que le permitan salvar la situación dentro del plazo de 40 días hábiles contado desde la fecha indicada. Igual facultad tiene la Superintendencia si hubiere rechazado, mediante resolución fundada técnicamente, el plan, o si éste no se hubiere presentado.¹³⁸

Vencido el plazo de 40 días indicado anteriormente, si aún existieren incumplimientos a la normativa sobre relaciones máximas de endeudamiento o presente un déficit de inversiones, la Superintendencia, mediante resolución fundada podrá asumir la administración de la compañía aseguradora por un plazo no superior a 60 días, renovable por una vez, para adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento a la normativa infringida. Esta resolución es reclamable ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Si la reducción del patrimonio por debajo de la cantidad de capital necesario y conjuntamente se produjere alguna infracción a la normativa sobre relaciones máximas de endeudamiento o presente un déficit de inversiones, se podrá actuar por la Superintendencia atacando los problemas en forma conjunta, utilizando los procedimientos previstos para ambos casos, en forma simultánea. Pero si se concluye el proceso de regularización y no se logran superar las situaciones, la Superintendencia está obligada¹³⁹ a la revocación de la autorización de existencia, procediendo a la liquidación de la entidad aseguradora.

Se puede apreciar la existencia de un avanzado procedimiento de alerta, regulado por la Ley sobre Compañías de Seguro, el cual está sujeto a las decisiones del órgano contralor o supervisor, como lo es la Superintendencia de Valores y Seguros, entidad estatal de carácter administrativo.

¹³⁷ El inciso final del artículo 69 de la ley establece el contenido del plan, incluyendo "cualquier medida que procure la solución de los problemas existentes".

¹³⁸ El inciso final del artículo 70 de la ley establece el contenido de las medidas que puede adoptar la Superintendencia, finalizando con la frase "y otras (medidas) que vayan en solución de los problemas detectados".

¹³⁹ La ley en el artículo 73 emplea el verbo "procederá".

Los procedimientos someramente descritos permiten al interior de la respectiva compañía de seguros provocar un estado de alerta, a fin de adoptar medidas urgentes en plazos perentorios y muy rápidos, los cuales deberán llevar a la gerencia a presentar una información al Directorio, para que éste adopte las medidas necesarias a fin de controlar la crisis que se manifiesta en una erosión patrimonial o en los déficit de inversión.

Tales procedimientos son típicos de un mecanismo de alerta, cuyo efecto principal deberá ser hacia el interior de la compañía aseguradora y si ésta no establece un plan destinado a solucionar la inminencia de la crisis, la acción del organismo estatal se desencadena en una primera etapa como evaluador de los planes o programas para resolver la crisis o las dificultades transitorias que afecten al ente asegurador, y en el caso que ello no resulte, se introduzca al interior de la compañía de seguros.

3.2.3. La quiebra de una compañía de seguros

En conformidad al artículo 79 del D.F.L. sobre Compañías de Seguro, en caso que un acreedor solicite la declaración de quiebra de ésta, el Juzgado estará obligado a dar aviso al Superintendente, quien investigará la solvencia.

Esta es otra peculiaridad de las empresas aseguradoras, ya que no importa la cesación de pagos, sino la solvencia.

Si el Superintendente comprueba, lo que implica poseer medios de prueba efectivos, en cuanto a que la compañía puede responder a sus obligaciones, propondrá las medidas conducentes para que prosiga sus operaciones. Proseguir sus operaciones, entre otras cosas implicará proceder a pagar al solicitante de la quiebra.

El Superintendente tiene un plazo de 20 días hábiles para dar su resolución, plazo que se cuenta desde que es informado por el Tribunal. Durante este plazo no podrá entablarse contra la compañía acción ejecutiva por cobro de dinero ni demanda alguna y quedarán suspendidas todas las tramitaciones judiciales de la quiebra.

Si la compañía al momento de solicitarse la quiebra se encontrare en algunas de las etapas descritas de carácter preventivo, el Superintendente debe informar de ello al tribunal, en cuyo caso no podrá darse lugar a la quiebra.

En el caso que se cumplieren todos los procedimientos de prevención descritos y no hubiere una solución, el tribunal declarará la quiebra, actuando como síndico el Superintendente o la persona que éste designe.

El D.F.L. no establece con claridad si el síndico aparte del Superintendente puede ser una persona que no tenga la calidad de síndico. Nos

inclinamos por la posición que el síndico habrá de ser una persona de la nómina nacional, ya que la ley N° 18.175 se aplica en forma supletoria conforme se establece en el artículo 87.

De tal manera que la quiebra de una compañía de seguros requiere de un complejo procedimiento a seguir en forma previa a su declaratoria, procedimientos que tienden a prevenir el concurso y en caso que el Superintendente estime que la empresa carece de solvencia, el tribunal podrá declarar la quiebra, lo cual hace que este procedimiento sea de carácter excepcional.

3.3. Las sociedades titularizadoras (securitizadoras)

La Ley del Mercado de Valores se refiere a estas sociedades como securitizadoras. Cabe explicar este extraño nombre que proviene del inglés, bajo el cual se amparan las denominadas operaciones de titularización, entendiéndose por tales aquellas actividades cuyo fin consiste en emitir títulos de deuda con el respaldo de una cartera de créditos, como una forma de financiamiento y de inversión, propio de los mercados de capitales.

La ley N° 18.045, modificada por la ley N° 19.301, de 19 de marzo de 1994, o Ley del Mercado de Valores, en su Título XVIII regula este tipo de sociedades señalando que su objeto exclusivo es la adquisición de los créditos y derechos a que se refiere el artículo 135 de la misma ley. El artículo 135 determina qué títulos o valores pueden ser adquiridos, tales como letras hipotecarias, mutuos hipotecarios endosables o no, facultándose a la Superintendencia de Valores y Seguros para determinar otros títulos semejantes.

Las sociedades titularizadoras deben constituirse como sociedades anónimas, con objeto exclusivo, mediante la correspondiente autorización de la Superintendencia de Valores y Seguros.

La sociedad titularizadora, como toda sociedad, cuenta con un patrimonio propio, correspondiente al capital de la sociedad, respecto del cual por las obligaciones que contrae, generará en favor de sus acreedores el derecho de prenda general. Pero lo propio de la sociedad titularizadora es el de generar patrimonios separados, integrados con las carteras de créditos o activos del respectivo patrimonio separado. De tal manera que este patrimonio separado se distingue enteramente del patrimonio societario.

Sobre este patrimonio separado sólo puede perseguirse el pago de obligaciones que provengan de los títulos de deuda emitidos por la sociedad titularizadora, con cargo al mismo patrimonio.

El artículo 138 de la ley establece:

"Los acreedores generales de la sociedad, cualquiera sea el origen o calidad de sus créditos, no podrán hacerlos efectivos en los bienes que conformen el activo del o de los patrimonios separados constituidos por su deudor ni afectarle con gravámenes, prohibiciones, medidas precautorias o embargos, sino sólo cuando hayan pasado a integrar el patrimonio común en los casos que se permiten en este título".

El artículo 140 se refiere al caso de retirar bienes que conformen el patrimonio separado para llevarlos al patrimonio social o común, como lo denomina la ley.

El mismo artículo 138 agrega:

"Sobre los activos que integren un patrimonio separado, sólo puede perseguirse el pago de obligaciones que provengan de los títulos de deuda emitidos con cargo al mismo...."

Por su parte el artículo 139 establece que la contabilidad del patrimonio común o de la sociedad titularizadora y las contabilidades de cada patrimonio separado que la sociedad administre, deben ser llevados en forma independiente.

El artículo 146 establece que:

"La quiebra de la sociedad sólo afectará a su patrimonio común y no originará la quiebra de los patrimonios separados que haya constituido.

Un patrimonio separado no podrá ser declarado en quiebra en caso alguno, sino que entrará en liquidación cuando concurra respecto de él alguna de las causales que habrían dado origen a la quiebra.

La quiebra de la sociedad emisora y de su patrimonio común importará la liquidación del o de los patrimonios separados que haya constituido. La liquidación de uno o más de éstos no acarreará la quiebra de la sociedad, ni la liquidación de los otros patrimonios separados.

Cuando la sociedad fuere declarada en quiebra, el representante respectivo de los tenedores de títulos o quien designe la junta de tenedores de títulos de deuda, administrará y liquidará los patrimonios emparados".¹⁴⁰

Se concluye de lo expuesto que la sociedad titularizadora o "securitizadora" puede ser declarada en quiebra por las mismas causas o bajo los mismos presupuestos que cualquier sociedad anónima. Sin embargo, tal quiebra no involucra a los patrimonios separados, siempre que en su respectiva constitución y administración se hubieren guardado los procedimientos legales y reglamentarios para constituirlos y administrarlos. Más aún, los patrimonios

¹⁴⁰ El artículo contiene dos incisos más sobre materias, tales como la enajenación de los patrimonios separados y otros de procedimiento.

separados no pueden ser sometidos al procedimiento de quiebra o como lo dice la propia ley: "no podrá ser declarado en quiebra encaso alguno". Sólo el patrimonio separado, "cuando concorra respecto de él alguna de las causales que habrían dado origen a la quiebra", entrará en liquidación, cuya regulación está contenida en el artículo 147 de la ley respectiva.

3.4. *Concesionarias de servicios sanitarios*

La exclusión de este tipo de sociedades se refiere al funcionamiento de la concesionaria respecto de la aplicación de la legislación concursal, en cuanto a que se les aplican enteramente las causales establecidas en la ley N° 18.175, conforme se establece en el artículo 32 bis del D.F.L. N° 382 del Ministerio de Obras Públicas¹⁴¹, pero se dan normas especiales para mantener el funcionamiento de los servicios que presta.

En efecto, el Superintendente de Servicios Sanitarios, una vez notificado de la sentencia que declare la quiebra, lo cual ordena el mencionado cuerpo legal, siempre que la concesión se encuentre en explotación, debe disponer la administración provisional del servicio, quedando incluidos los gastos en que se incurra para tales fines dentro de aquellos que gozan de la preferencia establecida en el artículo 2472 N° 1 del Código Civil.

En consecuencia, una empresa de servicios sanitarios está sujeta enteramente a la legislación concursal quedando exceptuada únicamente en relación con la prestación de los servicios que constituyen su giro, de tal modo que al momento de dictarse la sentencia de quiebra ésta deberá calificarla como una empresa mercantil, ya que su giro será siempre la producción y distribución de agua potable o la recolección de aguas servidas, actividades todas que implican procesos de transformación lo cual es lo propio de una empresa o establecimiento destinado a proporcionar el servicio de agua potable y recolección de aguas servidas.

3.5. *Entidades privadas de depósito y custodia de valores*

La Ley N° 18.876, publicada en el Diario Oficial de 21 de diciembre de 1989, estableció el marco legal para la constitución y operación de entidades privadas de depósito y custodia de valores.

Definió dicha ley a estas empresas indicando un objeto exclusivo para ellas, consistente en "recibir en depósito valores de oferta pública de las

entidades a que se refiere el artículo 2° y de facilitar operaciones de transferencia de dichos valores, de acuerdo a los procedimientos contemplados en la misma ley".

Son diversas las entidades que pueden llevar a cabo estas operaciones de depósito de valores con las empresas constituidas en conformidad a la mencionada ley. No vale la pena hacer una reseña de ellas, pues se indica al final de la enumeración a "las demás que autorice la empresa", es decir cualquier empresa puede llevar a cabo depósitos de valores si la entidad depositaria así lo autoriza.

El título IV de dicha Ley N° 18.876 establece normas sobre la regularización, disolución y quiebra de estas empresas. La ley no crea una causal diferente de aquellas que la propia Ley de Quiebras ha establecido.

Sin embargo se establecen normas especiales para enfrentar el déficit patrimonial en el párrafo 1° del Título IV, con alguna semejanza a aquellas de las Compañías de Seguro.

Cabe resaltar que la quiebra de estas empresas no puede declararse sin que previamente se haya dado aviso por el Tribunal ante el cual algún acreedor ha solicitado la quiebra, sin haberse dado aviso a la Superintendencia de Valores y Seguros, la que debe evacuar un informe dentro del plazo de 20 días hábiles desde que sea requerida por el tribunal. Si así no lo hace el tribunal prescindirá de tal informe y procederá a actuar sin ella. La Superintendencia en el informe puede proponer medidas conducentes a proseguir las operaciones de la empresa. Si el Tribunal resuelve que se proseguirán las operaciones, dentro de los 180 días siguientes a la resolución judicial, nadie podrá entablar contra la empresa acción ejecutiva por cobro de dinero ni demanda alguna y quedarán suspendidas todas las tramitaciones judiciales de la quiebra. Vencido dicho plazo se seguirá con el procedimiento.

La ley no ha distinguido acerca del tipo de obligaciones, tales como las laborales, previsionales u otras, de tal modo que todas las acciones quedan suspendidas durante dicho lapso de tiempo.

4. LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS

4.1. *Cesar en el pago de una obligación*

Existen los llamados presupuestos del juicio de quiebra y los presupuestos del estado de quiebra.¹⁴²

¹⁴² BRUNETTI distingue entre presupuestos del estado de quiebra y presupuestos procesales para la declaración de quiebra. *Tratado de quiebras*. México, 1945.

¹⁴¹ Este D.F.L. fue publicado en el Diario Oficial de 21 de junio de 1989, modificado por la Ley N° 19.293, publicada en el Diario Oficial de 11 de febrero de 1994.

Ello lleva a concluir que no existe una quiebra de derecho, sin quiebra de hecho o la existencia de un estado de quiebra. Lo que hace existir a la quiebra es la resolución judicial o sentencia que reconoce la existencia previa de un estado de quiebra. En consecuencia para que haya quiebra jurídicamente hablando, se requiere un juicio de quiebra, el que a su vez exige una sentencia declaratoria de quiebra, la cual reconoce el fenómeno de orden económico de la quiebra o insolvencia.

La quiebra desde el punto de vista económico es una patología en el sistema crediticio y comercial, implicando un patrimonio enfermo que es menester reconstituir, ajustar a sus proporciones mediante los mecanismos previstos en la legislación de quiebras o liquidar, cuando la situación de insolvencia se aprecia como irreversible.

Los procedimientos pueden ser de carácter privatísticos o publicísticos, dependiendo de la injerencia de tan sólo los acreedores o del Estado, sin perjuicio de soluciones intermedias.

Hemos efectuado un análisis en el Capítulo IV sobre el presupuesto básico de la crisis patrimonial, esto es la cesación de pagos y específicamente, como presupuesto para declarar la quiebra de aquellos respecto de los cuales se cumpla el presupuesto subjetivo analizado en el N° 2 del presente Capítulo.

Del análisis efectuado, conforme a los textos legales de la Ley N° 18.175, la quiebra no se identifica con la insolvencia, a diferencia de la gran mayoría de las legislaciones en las cuales nuestros principios jurídicos encuentran su basamento. El hecho de cesar en el pago de una obligación mercantil, incluso impide considerar si esta única cesación de pagos es circunstancial o respecto de ella subyace la imposibilidad radical de efectuar el pago de la obligación vencida, conforme al análisis que efectuamos en el N° 2 del Capítulo IV.

La jurisprudencia incluso se ha pronunciado respecto de la posibilidad de la exigencia de requerir previamente de pago al deudor que cese en el pago de una obligación mercantil, lo cual ocurre cuando el deudor está en mora. Es así, como en sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 18 de mayo de 1995¹⁴³, confirmada por la Corte Suprema, se resolvió

¹⁴³ Rol N° 18.151, reproducida por Oficina Coordinadora (Memorandum N° 57 de 1996), revocándose una sentencia de primera instancia declaró la quiebra de un deudor señalando: "1.- Que la Ley de Quiebras en parte alguna habla de mora, sino del cese en el pago de obligaciones. Lo dispuesto en el texto de la ley se confirma teniendo en cuenta que el propio deudor debe pedir su quiebra si cesa en el pago de una obligación, aun cuando no haya sido requerido de pago (art. 41 de la Ley de Quiebras)". 2.- Igualmente se puede pedir la declaratoria de quiebra aun cuando los créditos no sean exigibles en cada uno de los casos señalados en el art. 43 de la ley citada, todo lo

que el deudor no necesitaba ser requerido de pago, toda vez que la ley no exige estar en mora, sino sólo haber cesado en el pago de una obligación".

La fórmula utilizada por el legislador, a partir de 1929, tiene la ventaja de eliminar un análisis arbitrario por el juez, al dejar sentado que se encuentra en quiebra quien cesa en el pago de una obligación, conjúguese los demás requisitos. Es obvio que el sistema chileno tiene sus ventajas y sus desventajas, siendo una de las primeras el situar el fenómeno de la quiebra en un hecho simple, único y extremadamente tangible como lo constituye la existencia del incumplimiento o cesación en el pago de una sola obligación mercantil. La desventaja se encuentra en que establece que la cesación en el pago de una obligación es el efecto de una causa mayor, cual es la cesación de pagos.

Las fórmulas diseñadas por los diferentes sistemas legales se fundan pues en la existencia de los denominados actos de quiebra¹⁴⁴ o en la comprobación de existir una cesación de pagos, imposibilidad de pagar e insolvencia.¹⁴⁵

Sin embargo el principio en todos los sistemas, el factor determinante lo consiste en un estado de imposibilidad de pagar, diferenciándose unos sistemas de otros en el desarrollo de una determinada casuística, para dejar entregada la decisión judicial a mayores, menores o ninguna apreciación judicial. El juez en tales casos debe limitarse a declarar la quiebra cuando han ocurrido los hechos taxativamente enumerados, ya que en caso contrario no procede la declaratoria de quiebra. Si la ley se remite a fórmulas más generales, deja entregada la decisión al juez, respecto del alcance que debe dar a los hechos reveladores del estado de imposibilidad de pagar.¹⁴⁶

Continuación nota ¹⁴³

cual lleva a concluir que la ley no exige estar en mora, sino sólo haber cesado en el cumplimiento de una obligación". La sentencia agrega más adelante, analizando una excepción opuesta por el deudor que: "Además el traslado que se confiere al deudor de la petición de quiebra es una reconvencción para que pague, enervando la quiebra" (art. 45). La Corte Suprema confirmó la referida sentencia en un recurso de queja que se dedujo en contra de los Ministros. (Rol N° 31.414).

¹⁴⁴ Estados Unidos, Inglaterra, Suecia, Brasil, México, etc.

¹⁴⁵ Francia, Bélgica, España, Argentina, Alemania, Austria, etc.

¹⁴⁶ El tratadista argentino RAMONDO FERNÁNDEZ en los años 1937 y 1939 efectuó un acabado análisis sobre la materia. *Tratado teórico-práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra. Y la cesación de pagos en el derecho argentino y universal*. Clasifica los sistemas bajo la denominación de determinadas teorías que denomina: 1.- Teoría materialista: cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento. 2.- Teoría intermedia: cesación de pagos como estado patrimonial, pero que sólo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos. 3.- Teoría amplia: cesación de pagos como estado patrimonial que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente.

4.1.1. La obligación de solicitar la quiebra por el deudor

Este presupuesto genera la obligación para el deudor de solicitar su propia quiebra, obligación que le impone la ley. La obligación impuesta por la ley se genera en forma inmediata en virtud de la cesación en el pago de una obligación.

Es probable que para evitar el casuismo en el elemento de cesación en el pago de tan sólo una obligación, se haya exigido por el legislador que se trate de una obligación que se encuentre materializada en un título ejecutivo, ya que esta clase de títulos tiene la ventaja de facilitar con gran certeza y claridad la fecha en que ocurre el impago o cesación en el pago de la obligación de que da cuenta el respectivo título.

En efecto es característica de los títulos ejecutivos el requisito del plazo del vencimiento de la obligación de que dan cuenta, con excepción de aquellos extendidos a la vista, cuyo plazo de vencimiento queda entregado a la decisión unilateral del acreedor, a partir de un determinado momento en la vida del título.

Hay que destacar la existencia del breve plazo de 15 días, al término del cual se hace exigible la obligación legal de solicitar la propia quiebra.

Lo anterior hace que se revele la existencia de un estado de quiebra subsanable, nueva categoría en nuestro derecho concursal, ya que de lo contrario, esto es sin la existencia de tal plazo, sería de una inmediatez total la obligación de solicitar la quiebra.

La quiebra subsanable, pues, existe desde el momento en el cual hay una cesación en el pago de una obligación, respecto de la cual se concede este plazo legal, para el efecto de sanear la situación producida o solicitar al tribunal la quiebra.

Lo anterior es sin perjuicio del derecho de cualquier acreedor que reuñendo las calidades de tales y cumpliéndose los demás requisitos pueda solicitar o demandar la declaración de quiebra de su deudor durante dicho plazo.

Se constituye así una situación en la cual existe una contradicción, pues para el deudor aún no se produce la cesación de pagos, ya que la ley le concede el plazo de 15 días ya indicado y para el acreedor dicho plazo carece de toda relevancia, pues se encuentra habilitado para pedir la quiebra de su deudor.

¿Cómo se cuenta dicho plazo? Es decir, ¿se está en presencia de 15 días corridos o de 15 días hábiles? La respuesta la da el artículo 5º, inciso tercero de la Ley de Quiebras al disponer:

"Los términos de días establecidos en esta ley se entenderán suspendidos durante los feriados, a menos que ella misma o el tribunal, por motivos fundados, disponga lo contrario".

En consecuencia los 15 días deben entenderse días hábiles, desde el punto de vista del calendario. Lo anterior lo explicitamos más aún, para que no vaya a entenderse que los 15 días de plazo que da la ley puedan sumarse al feriado judicial previsto en el Código Orgánico de Tribunales para la justicia civil.

La Corte Suprema ha establecido que el plazo para cumplir con el deber de solicitar la quiebra por el deudor de solicitar la declaración de su quiebra, antes de que transcurran 15 días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, no es un plazo fatal como para impedir que lo haga con posterioridad al vencimiento, toda vez que la norma del artículo 41 de la Ley de Quiebras no consagra un derecho, sino una obligación, y porque, además, su demora en pedirla produce otros efectos posibles que en cada caso pudiera determinar el tribunal correspondiente.¹⁴⁷

4.1.2. Efectos de incumplir con la obligación de solicitar la quiebra dentro del plazo previsto por la ley

¿Qué sanción conlleva el hecho de que el deudor obligado a solicitar su propia quiebra no lo haga dentro del plazo de 15 días de haber cesado en el pago de una obligación mercantil?

La Ley Nº 18.175 prevé que el deudor descrito en el artículo 41, vale decir quien ejerce la actividad de comerciante, industrial, agricultor o de la minería, enfrentándose a la situación de cesar en el pago de una obligación mercantil por más de 15 días, si incumple con el deber legal de solicitar su propia quiebra, se le presume culpable de la quiebra. En efecto, el artículo 219 de la ley, establece:

"La quiebra se presume culpable en los siguientes casos:

4. Si el deudor no hubiere solicitado su quiebra, en el caso del artículo 41,....".

La norma contenida en la Ley de Quiebras es de antiquísima data, pues ya se encontraba contenida en el Código de Comercio de 1865, artículo

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema recaída en un recurso de queja de fecha 12 de septiembre de 1984. Rol Nº 5.730. Soc. Hojas Escobar y Cía. Ltda., publicada en la *Revista Fallos del Mes* Nº 310, p. 450.

1333 N° 7, la que a su vez reconoce como antecedente el artículo 586 del Código francés de 1838 y en el artículo 587 del Código de 1807.

Tal normativa pretende amedrentar al sujeto activo a quien va dirigida, para que no demore su estado de cesación de pagos, exigiéndole que dentro del plazo de 15 días proponga su quiebra o se dirija a proponer un convenio judicial preventivo y subsidiariamente su propia quiebra, dentro del referido plazo.

Lo que constituye un derecho, como lo es solicitar la propia quiebra, pasa a constituirse en una obligación que la ley califica de culpable a la conducta negligente asumida por el deudor.

La figura tipificada por el legislador se clasifica como una acción delictual en detrimento del patrimonio propio del deudor, ya que éste continúa ejecutando actividades que tienden a agravar la situación de deterioro, a la vez que esconde de los terceros que contratan con el eventual fallido su estado de insuficiencia patrimonial. La norma por lo general no es cumplida por los deudores, ya que éstos caen en la creencia de que su situación es momentánea y transitoria, creyendo que podrán conseguir crédito o que podrán revertir su situación mediante operaciones o reorganizaciones de sus actividades, lo cual les permitirá afrontar adecuadamente a los acreedores.

El análisis de la norma exige perentoriamente que la obligación adeudada debe ser mercantil, de tal manera que si la obligación es de carácter laboral, previsional o civil, no se da el presupuesto exigido en el artículo 41 de la Ley N° 18.175. Lo anterior se fundamenta en que el delito que se tipifica pretende proteger el bien jurídico constituido por el crédito de que goza el comerciante, agricultor, industrial o minero o que se le otorga a quienes ejercen las actividades correspondientes.

La distinción que hace la ley puede ser objetable, ya que se impulsaría al deudor a discriminar entre diferentes tipos de obligaciones, ya que sólo las mercantiles originarían el deber de solicitar la quiebra bajo la penalidad de incurrir en el delito de quiebra culpable¹⁴⁸, pero el tenor de la disposición y el contenido de su origen, que como reiteramos se funda en la protección del crédito, nos llevan a la aludida conclusión.¹⁴⁹

¹⁴⁸ En la Ley N° 4.558 se incluía un caso de presunción de quiebra fraudulenta, incorporado por la Ley N° 17.322, de 1970, consistente en el reconocimiento de un crédito por concepto de imposiciones adeudadas en favor de una institución de previsión. La causal fue enteramente eliminada en la Ley N° 18.175.

¹⁴⁹ Véase en el mismo sentido: JUAN ESTEBAN PUGA, *Derecho Concursal. Delitos de la Quiebra*, p. 137. Editorial Jurídica de Chile, 1994.

Se ha discutido la naturaleza del plazo de 15 días, en cuanto a si es fatal, es decir si la solicitud de quiebra se presenta después de transcurridos los 15 días, no se incurriría en la conducta que la ley tipifica. Sin embargo el tenor de la norma legal nos puede llevar a confusión al respecto, pues ella expresa que "antes que transcurran quince días" deberá solicitarse la propia quiebra. El hecho de que no se expresen locuciones como "dentro de" o "en", no le quitan a la norma la perentoriedad que el legislador le ha dado.¹⁵⁰ La norma enmarca un tipo penal compuesto de la descripción de la conducta que se especifica en el artículo 219 N° 4, combinándose con la disposición contenida en el artículo 41, de tal manera que no se está frente a la imposición simple de una obligación legal, la cual existe, pero también envuelve la descripción de una figura delictiva.

No profundizaremos en el análisis de esta disposición, que corresponde al Derecho Penal Económico, específicamente en los "Fraudes del deudor", pues nos apartaríamos de nuestro propósito, cual es el análisis de las causales de la quiebra. Bástenos para concluir esta materia de orden eminentemente penal económico que la pena establecida por la ley, respecto de la figura tratada precedentemente es de presidio menor en cualquiera de sus grados, esto es de 61 días a 5 años.

4.1.3. La cesación en el pago de una obligación se refiere sólo a las obligaciones mercantiles

Las obligaciones, tal como lo expresa el artículo 1437 del Código Civil, "nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia".

La descripción de las obligaciones efectuada en la disposición antes transcrita, precisamente es la que a nuestro juicio hace que el artículo 41 y el artículo 43 N° 1, de la Ley de Quiebras, restrinja el fenómeno concursal sólo a las obligaciones que sean mercantiles.

¹⁵⁰ Véase PUELMA. Op. cit., p. 44. SANDOVAL, op. cit., Tomo III, p. 66. Véase nota N° 147.

Sobre este particular, el Código de Comercio establece en el artículo 96 que:

"Las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que establece este Código".

De tal modo que las reglas civiles son enteramente aplicables a los negocios mercantiles. ¿Cuáles son los negocios mercantiles?

El Código no define el concepto de "negocios mercantiles", pero no puede haber duda que son aquellos actos que constituyen, modifican o extinguen relaciones de relevancia jurídica, los cuales pueden ser de carácter unilateral o plurilateral. Entre los primeros, encontramos todas aquellas declaraciones de voluntad que originan los títulos o valores de crédito, como los más relevantes entre muchos otros; entre los segundos, los contratos bilaterales mercantiles en su amplia gama y los acuerdos de juntas societarias o la constitución de sociedades, los acuerdos de las juntas de tenedores de bonos, etc.

De tal manera que la respuesta no puede ser otra que negocios mercantiles son aquellos descritos en el artículo 3° del Código de Comercio, en el cual se describen 20 actos o negocios mercantiles, "ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos".

Lo anterior no significa la inexistencia de otros negocios mercantiles, ya que la ley puede ir abriendo paso a otras actividades o actos de comercio, como tuvimos ocasión de examinar anteriormente.¹⁵¹

A la vez, nuestra legislación mercantil reconoce a la costumbre como fuente de derecho, materia la cual no nos compete analizar.

Lo que debemos analizar son las obligaciones mercantiles como tales, ya que a ellas se refiere la Ley de Quiebras, debiendo reconocerse que no existe un concepto de obligación mercantil diferente a la de obligación civil. Ya el Derecho Romano fijó el concepto de obligación, el que se ha ido enriqueciendo con el correr de los siglos, pudiendo establecerse con total nitidez la existencia de tres elementos claves, como lo son los sujetos, el objeto y el vínculo jurídico. Esta noción de la obligación destaca por el deber que recae sobre un sujeto a fin de satisfacer una prestación y la responsabilidad patrimonial del mismo sujeto en orden al cumplimiento del deber, esto es, cumplir la prestación.

¹⁵¹ Véase el N° 2.2.2.

El derecho mercantil se caracteriza por el desarrollo de una concepción en la cual el elemento subjetivo que hay envuelto en el cumplimiento de la prestación, se objetiva, para dar lugar a una patrimonización de la obligación. El acreedor valora en gran medida al deudor, no por lo que es, sino por lo que tiene en activos tangibles o intangibles, estando interesado en la seguridad de obtener la prestación en la forma pactada.

Es básico en el desarrollo de las obligaciones mercantiles la masificación de éstas, razón por la cual en el derecho mercantil existen numerosísimas obligaciones enteramente estandarizadas, cuyo nacimiento arranca de una adhesión por parte del deudor o acreedor a determinados modelos, preestablecidos en la ley o en las costumbres mercantiles.

Aparte de las características establecidas en las normas del Código de Comercio sobre determinados contratos mercantiles, algunas obligaciones mercantiles en general reúnen características especiales como lo son la tipicidad, la solidaridad y la generación automática de intereses.

En efecto, la tipicidad implica un cierto grado de estandarización, homogeneidad y uniformidad, ya sea establecida en la ley o por medio de costumbres, sin perjuicio de la existencia de normas regulatorias que dictan las autoridades supervisoras, las que también tienden a uniformar y tipificar los instrumentos en los cuales constan las obligaciones.

Es así como existe el cheque, la letra de cambio, el pagaré, las cartas de crédito, vales vista, depósitos de captaciones a plazo, libretas de ahorro, las emisiones de acciones, etc.

La solidaridad emerge de la ley o de la costumbre mercantil, que reconoce la ley. Tales son los casos de la sociedad colectiva, la Ley N° 18.092, sobre Letra de Cambio y Pagaré, sobre responsables cambiarios o endosantes. El D.F.L. N° 707, sobre cheques, en particular la materia sobre el endoso del cheque.

Los intereses, regulados en la Ley N° 18.010, se generan por la mera tardanza en el pago de las obligaciones, al igual que en la tardanza en el pago de obligaciones de pago de servicios públicos, como el agua potable y alcantarillado, electricidad y otros.

De tal manera que tan sólo en la cesación en el pago de una obligación mercantil, según ha quedado conceptualizado precedentemente, puede caber el presupuesto objetivo correspondiente para declarar una quiebra.

No descartamos en caso alguno la existencia de obligaciones mercantiles derivadas de cuasicontratos comerciales o delitos o cuasidelitos económicos cuya naturaleza sea evidentemente mercantil, ya que también serían obligaciones mercantiles, cuya fuente obligacional es de naturaleza mercantil.

Nos referimos fundamentalmente a aquellas sanciones que pudieren aplicarse por la autoridad económica en el área de la competencia y que además genere responsabilidades, las que en caso de no pagarse serían enteramente de carácter mercantil; asimismo podrían considerarse aquellas sanciones aplicadas por las autoridades reguladoras de las sociedades anónimas, compañías de seguro, bancos u otras.

4.1.4. El acreedor debe ser titular de un título ejecutivo, representativo de una obligación mercantil, para tener derecho a solicitar la quiebra del deudor del título

El artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras, establece:

"Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

1. Cuando el deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo."

Para que sea exigible al deudor el cumplimiento de solicitar su propia quiebra, en conformidad al artículo 41, se establece como presupuesto de la declaración de quiebra el haber cesado en el pago de una obligación mercantil. Distinta es la situación que se formula respecto de si es un acreedor quien pretende solicitar la quiebra de su deudor.

En efecto, al acreedor se le exige presentar al tribunal un título ejecutivo, en conformidad al artículo 43 N° 1, aun cuando su crédito no sea exigible, siempre que el deudor ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, y cese en el pago de una obligación mercantil.

Es decir, al acreedor se le exige un requisito más que al propio deudor, a quien no se le establece la obligación de adeudar títulos ejecutivos. El acreedor debe tener en sus manos un título ejecutivo para poder iniciar una demanda o acción destinada a que se declare la quiebra del deudor del título.

El artículo 45 de la Ley de Quiebras, en su inciso segundo que establece:

"La audiencia del deudor sólo tendrá carácter informativo, no dará lugar a incidente, y en ella éste 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".

Esta disposición dice relación directa con lo expuesto en cuanto a la existencia de un título, su posesión legítima y de buena fe, en cuanto a ser

presupuesto básico para el ejercicio de la acción de quiebra, establecida en el artículo 43 N° 1 de la ley. Esta relación se produce por cuanto si la deuda del demandado, en cuanto a su monto, supera el valor del título ejecutivo presentado al tribunal, habiéndose invocado tal deuda para establecer la cesación de pagos, es obvio que no bastará con pagar el monto del valor consignado en el título ejecutivo, ya que éste sólo viene a ser un presupuesto habilitante para el ejercicio de la acción. Al respecto no debe confundirse que la acción de quiebra no es una acción de cobro de una obligación, sino una acción destinada a resguardar el principio de la *par conditio creditoris*. El acreedor que sólo tiene un título ejecutivo y los demás títulos carecen de esta cualidad, es tan acreedor de los valores consignados en todos los títulos respecto del deudor que resultaría injusto pretender que en el juicio de quiebras, durante la audiencia a que se refiere el artículo 45 de la ley, sólo se paguen los valores que están establecidos en el título ejecutivo presentado como presupuesto habilitante de la acción. De tal modo que no existen deudas de primera clase y otras de segunda, siendo todas deudas y el hecho de constar algunas en un título ejecutivo y otras no, establece claramente que el deudor debe consignar todos los fondos necesarios para demostrar al tribunal que no está en cesación de pagos reclamados o que sean la base a la solicitud de quiebra. El título presentado al tribunal de naturaleza ejecutiva sólo sirve para cumplir con el requisito exigido en el artículo 43 N° 1 de la Ley de Quiebras, pero todos los créditos reclamados y que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra, deben ser consignados para que no proceda la declaración de quiebra.

Anotamos en este presupuesto de la acción concursal a iniciativa del acreedor una evidente contradicción, respecto del hecho de haber cesado en el pago de una obligación mercantil con el solicitante de la quiebra, "aun cuando su crédito no sea exigible", por cuanto la disposición legal materia del análisis exige que la cesación en el pago de la obligación mercantil lo sea con el solicitante. Es decir, el solicitante debe contar con un Título ejecutivo, respecto del cual se haya cesado en su pago, de tal manera que el beneficio aparente que concede la ley en cuanto el crédito no sea exigible se contradice con la norma establecida en el N° 1 del artículo 43.

Resulta imposible entender que exista un título de una obligación mercantil respecto del cual se haya cesado en su pago, aun cuando no sea exigible, conforme lo dispone el inicio del artículo 43 de la ley. Si se ha cesado en el pago de una obligación mercantil, que consta en un título ejecutivo, es obvio que la obligación es enteramente exigible.

En efecto, para cesar en el pago de una obligación mercantil y a partir de cuya cesación se produce la exigibilidad del pago del título, no puede pretenderse que a la vez el crédito no sea exigible. Es posible que esta situación se dé con respecto a los demás casos o causales de quiebra establecidas en el artículo 43 de la ley, pero no con respecto a la descrita en el N° 1 de dicho artículo, pues resulta enteramente contradictoria. No puede cesarse en el pago de una obligación mercantil, cuyo título sea ejecutivo, sin que la obligación por ese hecho se encuentre en estado de exigibilidad total y completa. La cesación en el pago de una obligación coincide enteramente con la exigibilidad, es decir, la cesación es la causa de la exigibilidad, de tal modo que la hipótesis de que no sea exigible el título es imposible que se produzca o se dé, respecto de la causal establecida en el N° 1 del artículo 43 de la ley.

El título ejecutivo tiene por objeto establecer la existencia de una obligación en el cual conste de manera fehaciente e indubitada hasta dónde es posible crear una obligación de tal naturaleza en las relaciones económicas, que se baste a sí mismo¹⁵², de tal manera que la obligación aparezca en toda su plenitud en el mismo título, que su exigibilidad y por ende la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación no dé lugar a una compleja discusión.¹⁵³

Sigue así, la Corte Suprema, la doctrina del procesalista italiano Francesco Carnelutti¹⁵⁴, quien señala que "el título ejecutivo no es, como sostienen algunos, un acto, sino un documento al cual la ley atribuye efecto de prueba integral del crédito respecto del que se pide la ejecución. Lo que el documento representa es un hecho jurídico, que puede ser un proveimiento del juez o, en general, del oficio judicial, o bien una declaración de las partes o, incluso, de una parte".

En el Derecho francés encontramos una explicación satisfactoria del concepto de título, al señalar el tratadista Joseph Henard¹⁵⁵, que el

¹⁵² La Corte Suprema, en sentencia de 4 de noviembre de 1991, publicada en la *Revista Fallos del Mes* N° 396, sentencia N° 5, p. 628, ha establecido que "No constituye título ejecutivo habilitante para solicitar la quiebra un pagaré en que no aparece que se haya autorizado la firma del obligado por un notario, sino que esa circunstancia sólo se produjo respecto de la 'prórroga', referente a la cantidad y fecha que se señalan".

¹⁵³ Mediante sentencia de la Corte Suprema, de 27 de junio de 1996, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIII, secc. 1°, p. 232, establece que "la ley no ha dado mérito ejecutivo a los negocios jurídicos, sino a documentos a los cuales se atribuye ese mérito y que, por supuesto, puede contener negocios jurídicos o referirse a ellos".

¹⁵⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Unión Tipográfica Hispánica-Americana (UTHEA), Buenos Aires, 1944, Tomo II, p. 552.

¹⁵⁵ *Précis Elementaire de Droit Civil*, Paris, 1928, Tomo I.

instrumento toma el nombre de título "cuando constata un hecho generador de derecho, que establece, modifica o transmite un derecho".

El profesor Mario Casarino Viterbo¹⁵⁶ señala que "se define el título ejecutivo como aquella declaración solemne a la cual la ley le otorga, específicamente, la fuerza indispensable para ser el antecedente inmediato de una ejecución". Agrega otra definición para el título ejecutivo, señalando "que es aquel documento que da cuenta de un derecho indubitado, al cual la ley le atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación que en él se contiene".

Este autor expresa también que "cualquiera que sea la fuente u origen del título ejecutivo, lo cierto es que la manifestación de voluntad creadora de la obligación cuyo cumplimiento se pretende, por vía de apremio o compulsiva, debe ser expresada en forma solemne". Añade más adelante: "Pero, en definitiva, quien crea los títulos ejecutivos es la ley. Sólo ella puede atribuir mérito ejecutivo a determinados títulos. El señalamiento de los requisitos o condiciones para que una obligación pueda ser exigida compulsivamente, o sea, por medio de un proceso ejecutivo, es de la incumbencia exclusiva del legislador, porque está de por medio, evidentemente, el interés público. Los particulares, en consecuencia, no pueden crear títulos ejecutivos; a lo sumo, podrán consentir en aquellos ya establecidos por la ley, y nada más".

Juan Colombo C.¹⁵⁷ expresa que "en nuestro derecho positivo el concepto de título ejecutivo comprende indistintamente el concepto del título considerado como el derecho material que contiene y como instrumento". Explicando lo anterior, agrega: "puede tenerse un derecho sin título ejecutivo y un título ejecutivo sin el apoyo de un derecho que lo sustente, como ocurre con el título que contiene una obligación prescrita".

Darío Benavente¹⁵⁸ expresa que "título ejecutivo es aquel documento que da cuenta de un derecho indubitado al cual la ley atribuye la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación en él contenida".

José Quezada M.¹⁵⁹ define al título ejecutivo diciendo que "es un documento solemne que da constancia fehaciente de un derecho y que autoriza su ejecución".

¹⁵⁶ *Manual de Derecho Procesal*, Tomo V, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

¹⁵⁷ *Juicio Ejecutivo. Panorama Actual*. Universidad de Chile-Departamento de Derecho Procesal. Editorial Conosur.

¹⁵⁸ *Derecho Procesal. Juicio Ejecutivo*. Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1960.

¹⁵⁹ *Procedimientos Declarativos Especiales y del Juicio Ejecutivo*. Universidad de Chile. Resúmenes de Clases. (Separata) Santiago, octubre de 1984, Capítulo I, del Juicio Ejecutivo, p. 40.

Guillermo Gruss M.¹⁶⁰ lo define así: "un documento o conjunto de documentos, que cumple con las solemnidades legales y que constituye la prueba legal de un derecho de crédito y su correlativa obligación, que el titular del crédito puede hacer valer, legitimando su pretensión, para promover la ejecución forzada".

Han sido las exigencias del tráfico mercantil y la necesidad de una muy pronta realización de las relaciones jurídicas, las que han llevado a crear una categoría de documento, cuya función principal es facilitar el ejercicio del derecho a que se hace mención en el mismo documento. Una de las funciones del documento lo constituye la prueba o investidura formal del derecho mencionado en el título, además de la función de legitimación del derecho, de tal modo que éste no puede ser demostrado sino con la exhibición del documento. El título de crédito se diferencia de los documentos de legitimación del derecho, fundamentalmente en que aquellos están destinados a la circulación, ya que predisponen de un medio de prueba eficaz para la individualización del acreedor y del deudor.

De tal modo que el documento en el cual se encuentra el título de crédito cumple una función traslativa, de la cual depende la investidura formal en el derecho y la función probatoria en orden al ejercicio del derecho. La prueba de la investidura formal en el derecho no puede ser dada sino a través de la exhibición del título, de tal manera que si no se está en condiciones de exhibir el documento no se estará formalmente investido de ejercitar el derecho contenido en el documento. Siempre hay alguien que está investido formalmente, ya que mientras el documento exista alguien lo tiene y puede exhibirlo, de tal modo que la investidura formal no desaparece sino con la adquisición por otro. La legitimación desaparece cuando no hay posibilidad de exhibir el documento.

Resultado de lo expuesto, que la existencia del título, su posesión legítima y de buena fe son presupuestos básicos para el ejercicio de la acción de quiebra, contemplado en el artículo 43 N° 1 de la ley. El juez, en consecuencia, deberá examinar si hay título, para en seguida si el mismo título posee las características de ejecutividad, que no son otras que las que se regulan en el Título del Juicio Ejecutivo, es decir, que contenga una deuda líquida, actualmente exigible, no prescrita y que sea una obligación de dar, hacer o no hacer.

Los principales títulos ejecutivos están enumerados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.¹⁶¹ A lo anterior hay que agregar que el artículo 530 del mismo Código establece que hay acción ejecutiva en las obligaciones de hacer cuando, siendo determinadas y actualmente exigibles, se hace valer de conformidad al artículo 434; a su vez el artículo 544 establece que las disposiciones que le preceden se aplicarán también a las obligaciones de no hacer, siempre que concurran las circunstancias que se indican.

Escapa a nuestro análisis el efectuar un estudio pormenorizado de los principales títulos ejecutivos, existiendo muchos otros diferentes a los señalados en el Código de Procedimiento Civil, que conforme se establece en el artículo 43 N° 1 de la ley, permitirían al acreedor solicitar la quiebra del deudor.

Las características del título ejecutivo, en breve síntesis, son las siguientes:

1. Debe tener origen en la ley, ya que sólo la ley puede dar carácter de título ejecutivo a los instrumentos.¹⁶²

¹⁶⁰ "El juicio ejecutivo tiene lugar en las obligaciones de dar cuando para reclamar su cumplimiento se hace valer alguno de los siguientes títulos:

1° Sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria;

2° Copia autorizada de escritura pública;

3° Acta de avenimiento pasada ante tribunal competente y autorizada por un ministro de fe o por dos testigos de actuación;

4° Instrumento privado, reconocido judicialmente o mandado tener por reconocido. Sin embargo no será necesario este reconocimiento respecto del aceptante de una letra de cambio o suscriptor de un pagaré que hayan puesto tacha de falsedad a su firma al tiempo de protestarse el documento por falta de pago, siempre que el protesto haya sido personal, ni respecto de cualquiera de los obligados al pago de una letra de cambio, pagaré o cheque, cuando puesto el protesto en su conocimiento por notificación judicial, no alegue tampoco en ese mismo acto o dentro de tercero día tacha de falsedad.

Tendrá mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, la letra de cambio, pagaré o cheque, respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por un notario a por el Oficial del Registro Civil en las comunas donde no tenga asiento un notario;

5° Confesión judicial;

6° Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios. Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución, la protesta de falsedad del título que en el acto haga el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio; y

7° Cualquiera otro título a que las leyes le den fuerza ejecutiva.

¹⁶¹ Véase al respecto la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de 17 de agosto de 1913, y *Jurisprudencia*: Tomo XII, secc. 1°, p. 10, sentencia de la Corte Suprema de 17 de agosto de 1913, Tomo XIX, secc. 1°, p. 467, sentencia de la Corte Suprema de 26 de agosto de 1921. Tomo XXIII, secc. 1°, p. 139, Sentencia de la Corte Suprema de 14 de diciembre de 1935. Tomo XLII, secc. 1°, p. 278. Sentencia de la Corte Suprema de 29 de agosto de 1944.

¹⁶² *Juicio Ejecutivo*. Teoría General de la ejecución y del remate judicial de inmuebles. Tomo I. Ediciones Jurídicas "La Ley", 1992.

2. Un título ejecutivo es autónomo, entendiéndose por tal que se basta a sí mismo, sin perjuicio de que conste en un solo instrumento o en un conjunto de ellos, que deben coincidir en la presentación que se formule al tribunal.
3. El título debe ser perfecto, es decir, que no requiera de otros procedimientos para alcanzar la ejecutividad, como es el caso de aquellos instrumentos imperfectos, que deben ser complementados con otros actos procesales para alcanzar la perfección ejecutiva.¹⁶³
4. El título ejecutivo genera una presunción de veracidad a favor de su tenedor o de quien lo presenta al tribunal.
5. El título ejecutivo es fundante de la demanda, razón por la cual debe acompañarse a la solicitud de quiebra, pues si no se hace así, no puede, al igual que en el juicio ejecutivo, procederse a decretar ninguna actuación, que no sea la de acompañar el título.
6. La existencia del título ejecutivo altera el peso de la prueba que recaerá en el demandado, quien deberá probar exactamente lo contrario que indica el título, para evitar la declaratoria de quiebra.
7. El título ejecutivo presentado al tribunal permite excepcionarse de su pago, mediante el ejercicio de las excepciones previstas en la legislación, las cuales el juez deberá examinar. No nos corresponde efectuar un análisis de la controversia que puede suscitarse ante la petición de quiebra en esta ocasión.

4.1.5. La exigencia de tener títulos ejecutivos

Estimamos pertinente reflexionar sobre el hecho de exigir a los acreedores poseer títulos ejecutivos, respecto de los cuales el deudor haya cesado en su pago, frente al hecho de que al deudor tal exigencia no se le formula por la ley. De tal modo que un deudor que ejerce una actividad de comercial, industrial, minera o agrícola que no ha generado títulos ejecutivos en su contra está en la obligación de pedir su propia quiebra, cosa que no pueden hacer sus acreedores.

Los acreedores que no tienen títulos ejecutivos carecen de la posibilidad de solicitar la quiebra del deudor, derecho que la ley les otorga sólo a los acreedores que han logrado hacerse de títulos ejecutivos.

¹⁶³ La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que: "No constituye título ejecutivo habilitante para solicitar la quiebra un pagaré en que no aparece que se haya autorizado la firma del obligado por un notario, sino que esa circunstancia sólo se produjo respecto de la 'prórroga', referente a la cantidad y fecha que se señalan". Sentencia de 4 de noviembre de 1991. *Revista Fallos del Mes* N° 396, sentencia N° 5, p. 628.

¿Es discriminatoria esta actitud de la ley?

Pensamos que la respuesta es afirmativa, ya que la ley está en una posición de dar ventajas a quienes operan sobre la base de títulos ejecutivos, constituyendo esta clase básicamente las entidades financieras, ya que entre comerciantes, industriales, mineros o agricultores, normalmente no se llevan a cabo operaciones con títulos ejecutivos. Las entidades financieras, por la naturaleza de su negocio, operan fundamentalmente con títulos ejecutivos, que son caros, complejos y requieren de una posición de subordinación del deudor frente al acreedor. Tal posición de subordinación emerge del propio negocio financiero, en cuanto la entidad puede establecer tal exigencia, la cual mientras no esté cumplida, no se le entrega el préstamo o dinero al deudor, situación que no sucede en el tráfico mercantil de compra y venta o suministro de bienes o servicios, los cuales no están en condiciones de ser pactados mediante la suscripción por las partes de contratos complejos, en los cuales pueda dejarse constancia de la existencia de títulos ejecutivos, los cuales a su vez están gravados con impuestos, que progresivamente se encarecen a medida del paso de los meses, hasta llegar a una tasa máxima del 1,2% del monto total del crédito si alcanzan a un año o más, sin perjuicio del pagaré o letra de cambio a la vista que tiene un tope de 1% sobre el capital.

El tema de la discriminación enunciada precedentemente dice relación con el principio jurídico de la igualdad ante la ley, reconocido por la Constitución Política de la República, ya que atribuye derechos diversos a sujetos que tienen títulos jurídicos iguales, implicando un trato desigual o injusto. En efecto los acreedores se supone que son todos iguales frente al patrimonio del deudor, con excepción de aquellos a los cuales la ley les reconoce determinados privilegios o preferencias, establecidos en la legislación civil y en leyes especiales, con respecto a la distribución del patrimonio.

Sin embargo, la legislación de quiebras ha generado un nuevo privilegio otorgado a los acreedores que pueden trabajar con títulos ejecutivos en sus operaciones. Este privilegio de poder pedir la quiebra del deudor emerge frente al hecho de que los acreedores tienen la misma posición, es decir tienen títulos iguales para que el deudor solicite su propia quiebra en el caso de cesación de pagos respecto de cualquiera de ellos, sin distinción si son ejecutivos o no. No obstante ello, sólo los que poseen títulos ejecutivos pueden pedir la declaración de quiebra, en desmedro de aquellos que carecen de tales títulos ejecutivos.

La fórmula establecida por la legislación chilena nos parece criticable, pues atenta en contra de la justicia distributiva, cuyo objetivo es la

proporcionalidad en la distribución, ya que se da una ventaja especial a los acreedores con títulos ejecutivos. Ocurre que mientras un acreedor con título ejecutivo no formule la petición de quiebra, el deudor se mantendrá vigente, salvo que cumpla con su obligación de solicitar su propia quiebra. Pero si no lo hace, los acreedores que carecen de títulos ejecutivos nada podrán hacer, salvo iniciar juicios de cobranza ordinarios, los que no abren el camino a la declaratoria de quiebra, según se explicará más adelante. Es evidente que el deudor seguirá afectando su patrimonio al no presentar su declaratoria de quiebra o al no exigir un acreedor con título ejecutivo la correspondiente declaratoria. El deterioro y menoscabo del patrimonio del deudor será mayor, lo que afectará en definitiva a la capacidad de pago de los créditos sin garantías, lo que resulta imposible de evitar por los acreedores valistas y sin títulos ejecutivos. Es obvio que la ley al desear la conceptualización de los títulos de crédito en general, para privilegiar sólo a los ejecutivos, los que están afectados en sus alcances o efectos frente a la situación de insolvencia de una empresa o patrimonio, atenta en contra del principio de la igualdad, materia que es básica en el Derecho Mercantil y en el derecho concursal, no obstante las flexibilizaciones que pueden ocurrir al principio de la *par conditio creditoris*. Esta discriminación legal puede implicar efectos graves, según el tipo o naturaleza de los acreedores, que incluso podría ser atacada desde el campo de la inaplicabilidad de la ley, pues afecta una garantía constitucional básica de nuestro ordenamiento jurídico. La discriminación afecta y lesiona a la justicia distributiva, en conformidad a los derechos naturales de cada acreedor, en relación con los títulos positivos que el legislador ha creado, ya que no es posible la creación de éstos por la voluntad de las partes contratantes.

El bien jurídico protegido en este caso es el derecho de prenda general de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, el que va siendo erosionado en la medida en que la actividad del deudor se sostenga por la sola imposibilidad de la omisión en que incurra el mismo deudor o los acreedores con títulos ejecutivos, los cuales podrían resultar responsables de una omisión voluntaria al no ejercer las acciones que pudieron ejercer y que resulten favorecidos con la tardanza en la declaratoria de quiebra, como podría ser el caso de un acreedor con títulos ejecutivos, garantizados con prendas o hipotecas. Tal actuación, si llegare alcanzar el calificativo de arbitraria, podría conceptualizarse como dañosa para los restantes acreedores.

Cabe consignar que aparentemente el legislador ha privilegiado al título ejecutivo como factor determinante para la declaratoria de

quiebra, por la mayor exigencia que impone al acreedor frente al tribunal y eventualmente ante el propio deudor, asegurando de manera más cómoda la actuación del tribunal, ya que podrá con facilidad, cumpliéndose los requisitos examinados como concurrentes al título de carácter ejecutivo, dictar la sentencia declaratoria de quiebra, sin otros análisis que los que se efectúan normalmente en los juicios ejecutivos. Es indudable que este tema debe ser revisado con mayor profundidad por futuros legisladores.

4.1.6. *La relación causal entre el deudor con el solicitante de la quiebra*

La cesación en el pago de la obligación mercantil, que constituye la deuda respecto de la cual se ha cesado en su pago, debe tener una relación de causalidad con el solicitante de la quiebra, ya que de otro modo no puede prosperar la demanda o solicitud. La causalidad que exige la disposición contenida en el N° 1 del artículo 43 de la Ley de Quiebras, es básica para dar curso a la demanda, imponiéndose así un requisito de procesabilidad, ya que el titular del título ejecutivo es quien puede dar origen a la solicitud. Ahora bien, la ley con esta exigencia no está estableciendo que el titular deba serlo en su origen, sino que puede ser un titular derivado, como ocurre en el caso de que se haya transferido por cualquiera de los modos permitidos por la ley, el título ejecutivo que sirve para probar la cesación en el pago del título. En tales casos deberá demostrarse la cadena de la causalidad con el titular originario, ya sea a través de los sucesivos endosos del título, si se tratare de una letra de cambio o de un pagaré, o mediante otros títulos, en los cuales pueda ocurrir una transferencia de ellos, sin requerirse una formalidad particular, como ocurre en los casos de las cesiones de créditos civiles. De tal manera que el solicitante debe ser titular legítimo de un título ejecutivo, respecto del cual el deudor haya cesado en el pago de la obligación contenida en el mismo título, a fin de que el requisito de procesabilidad sea cumplido válidamente.

La ley no distingue en qué calidad el obligado al pago de la obligación contenida en el título deberá haberla cumplido, esto es en calidad de obligado principal, de deudor solidario o fiador o avalista o en cualquier otra posición, bastando con que en el título conste que la persona a quien se le imputa la cesación en el pago de la obligación contenida en el mismo, no haya satisfecho cumplidamente el pago o prestación a la cual estaba obligado. En consecuencia, no pueden alegarse excepciones derivadas de una posición secundaria con respecto a la obligación, porque bastará con

establecer que el deudor está obligado a satisfacer la prestación y no lo ha hecho cesando en el cumplimiento de la misma, para configurarse la respectiva causal.

4.2. *La existencia de tres o más títulos ejecutivos y vencidos y la iniciación de dos ejecuciones, sin haber presentado bienes suficientes*

El artículo 43 N° 2, de la Ley de Quiebras establece:

"Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

2. Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones, no hubiere presentado en todas éstas, dentro de los cuatro días siguientes a los respectivos requerimientos, bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas;"

Esta causal de quiebra fue establecida en la Ley N° 4.558 y se trasladó exactamente igual a la Ley N° 18.175, de tal modo que toda la doctrina y jurisprudencia existente sobre la misma debería aplicarse a la actual norma.

4.2.1. *Esta causal es común a todos los deudores, sin distinguir la actividad*

En efecto, la ley en este caso no hace distinciones entre deudores que ejerzan una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, bastando para que el acreedor pueda ejercerla, que el deudor se encuentre en el caso que la disposición legal describe, es decir, presente un estado de insolvencia concreta, la que se manifiesta y prueba, mediante la situación descrita en la ley, esto es, afrontado a lo menos dos ejecuciones y en cuya contra existan tres o más títulos ejecutivos vencidos, provenientes de obligaciones diversas. De tal manera que el deudor puede tener una actividad enteramente distinta a las señaladas en el artículo 41 de la ley e igualmente será sujeto pasivo de la solicitud de declaración de quiebra.

La causal en examen es la típica situación de concursalidad. En efecto, el concurso es el medio por el cual se puede solucionar el conflicto descrito en esta causal, ya que cada acreedor ejercita una pretensión que se encuentra en una colisión frontal con los demás acreedores singulares que concurren a una ejecución, por supuesto singular, respecto de cada uno de

ellos. De hacerse efectiva la ejecución singular, se está limitando o impidiendo la satisfacción de los demás acreedores que pretenden recuperar sus créditos atacando el patrimonio del deudor. Provinciali ya lo decía: "el conflicto es connatural al concurso, y existe por el solo hecho de que varios acreedores tienden a obtener su satisfacción sobre los mismos bienes del deudor".¹⁶⁴

El concurso es totalizante y universal, porque ante el hecho de que se disputen los acreedores el patrimonio del deudor, la ley llama a todos los acreedores a manifestar sus derechos frente a dicho patrimonio incapaz de satisfacer las obligaciones contraídas bajo el supuesto que sería suficiente para generar recursos, que bien administrados, satisfarían a los acreedores. Al no ocurrir dicha satisfacción se entra en la liquidación total del patrimonio, a fin de dar satisfacción a todos los acreedores.

La causal de quiebra en análisis se superpone a las ejecuciones individuales, pasando de este modo a constituir un asunto de naturaleza pública, ya que no sólo interesa a dos acreedores o más, sino a la totalidad de ellos, puesto que la existencia de dos ejecuciones, sin que se hayan presentado bienes bastantes para responder a las prestaciones que se adeuden, implica la existencia de un estado de insolvencia, distinto al incumplimiento que deriva en la ejecución individual. Son las ejecuciones individuales las que prueban la existencia del estado de insolvencia, sin expresarlo así la ley, pues al no presentarse bienes para dar cumplimiento a las obligaciones que se ejecutan, es evidente el estado insolvente del patrimonio. Ciertamente que la existencia de dos o más juicios ejecutivos implican la demostración de un estado de cesación de pagos, puesto que el deudor no ha presentado dentro de los cuatro días siguientes a la notificación de las demandas bienes suficientes. El indicio es grave y, ciertamente, en el procedimiento de quiebra podrá demostrarse lo contrario, pero la causal en análisis obliga al deudor a demostrar la existencia de un patrimonio que será suficiente para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones que se contrajeron en vista del mismo patrimonio que se encuentra atacado por las ejecuciones individuales.

El legislador cuida, mediante esta causal, de impedir que el deudor siga disponiendo de su patrimonio, ante una clara demostración de insolvencia, razón por la cual entrega a los acreedores el derecho por instar la apertura de un concurso para que entre los acreedores se decida cómo se va a repartir

¹⁶⁴ RENZO PROVINCIALI. Op. cit. Volumen I, p. 34.

dicho patrimonio, con exclusión del deudor, quien es apartado de la administración de dicho patrimonio.¹⁶⁵

De tal modo que ante la existencia de dos ejecuciones y con los demás requisitos previstos en la causal, el deudor, sin importar su actividad o naturaleza, puede ser declarado en quiebra por otros acreedores, ante la evidencia del estado de insolvencia que presenta su patrimonio. El derecho concedido a los acreedores es irrestricto y solamente están excluidos de ejercerlo en contra de aquellas entidades que no son objeto de un juicio concursal, como lo hemos examinado precedentemente.

4.2.2. *El acreedor no requiere que la obligación legítimamente de su accionar sea exigible*

En efecto, como ya se ha señalado, el acreedor "aun cuando su crédito no sea exigible", está legitimado para solicitar la declaración de quiebra, si se dan los presupuestos consignados en el N° 2 del artículo 43.

Tampoco se le exige, en este caso, que el título en el cual conste su crédito en contra del deudor sea de carácter ejecutivo, de tal modo que sólo este acreedor está obligado a presentar un título de crédito sea o no exigible respecto del deudor y acreditar los demás requisitos que establece la disposición para que sea decretada la quiebra.

La Ley de Quiebras no consigna el hecho de que se debe presentar un título de crédito, sino que se refiere directamente a la existencia de "su crédito", respecto de los acreedores legitimados para solicitar la quiebra del deudor. Sin embargo es fácil colegir que debe acreditarse al tribunal respectivo la realidad y existencia del crédito, para cuyo efecto lógicamente éste deberá acreditarse de manera documental, conforme a la legislación civil chilena.¹⁶⁶ Es por eso que indicamos que debe acreditarse la existencia de un título, en el cual conste el crédito, el que podrá ser simple, cual

¹⁶⁵ José A. Ramírez, en su Tratado "La Quiebra", *Derecho Concursal Español*, Tomo I, 2ª edición puesta al día por J. M° Caminals y F. Clavé Bosch, Casa Editorial S.A., 1998, Tomo I, p. 20, expresaba: "El deudor, en efecto, podría, en tal caso, de querer favorecer a determinado acreedor en detrimento de los restantes, o facilitarle títulos ejecutivos singulares que le permitiesen una rápida liquidación de su patrimonio, o agraciarse con una sentencia preferente, a base de apelar de las restantes en su contra y dejar que aquella gane firmeza, o constituirle una hipoteca en garantía, o llegar al extremo de suponerle o asignarle un mayor crédito del verdadero. En cualquiera de tales hipótesis, se daría una misma circunstancia: la arbitrariedad, sinónimo de injusticia. El deudor, en resumidas cuentas vendría a convertirse en árbitro del cobro o no cobro por sus acreedores".

¹⁶⁶ El artículo 1709 del Código Civil establece que: "Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias".

ocurre con una letra de cambio o pagaré, o compuesto, como sería el caso de una escritura pública de reconocimiento de una deuda u obligación referida a contratos de suministro o de otras operaciones civiles o mercantiles.

En consecuencia existiendo el instrumento en el cual conste un crédito en contra del deudor, aunque no sea exigible, el acreedor que acredite los demás requisitos estará plenamente legitimado para solicitar la quiebra del deudor potencial. Este derecho, obviamente, se concede ante el problema que ocurre al patrimonio lesionado de insolvencia, a fin de que concursen en él y respecto de él, todos los acreedores llamados a participar de las resultas de la liquidación de dicho patrimonio, sin importar si al momento de solicitar la quiebra el crédito que da origen a la acción, está en posición de ser exigido o no, ya que en conformidad al artículo 67 de la Ley de Quiebras, en virtud de la declaración de quiebra, quedan vencidas y exigibles, respecto del fallido, todas sus deudas pasivas, para el solo efecto de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra y percibir los dividendos que correspondan al valor actual de sus respectivos créditos.

4.2.3. *La exigencia copulativa de existir contra el deudor tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas y estuvieren iniciadas, a lo menos, dos ejecuciones*

Las exigencias establecidas para que opere esta causal son complejas y para un mejor análisis las examinaremos en forma separada:

4.2.3.1. *La existencia de tres o más títulos ejecutivos contra el deudor*

La Ley de Quiebras exige que existan tres o más títulos ejecutivos, asunto sobre el cual no abundaremos, ya que nos hemos referido someramente en el párrafo 4.1.4, dada la índole de este estudio, a fin de examinar las características generales de los títulos ejecutivos.

Sin embargo vale la pena destacar que la "existencia" presupone que los títulos tengan una plena vigencia, ya que la existencia se refiere precisamente a que por el hecho de existir, tienen o poseen una vida jurídica de tal naturaleza, que es posible que sean objeto de cobro las obligaciones contenidas en el título, aun cuando no sean exigibles¹⁶⁷. Es

¹⁶⁷ PUELMA estima que los títulos deben representar obligaciones actualmente exigibles. Op. cit. 2ª edición del año 1971, p. 50.

por ello que deben descartarse aquellos títulos prescritos, por la sencilla razón que no existen o aquellos títulos que se han desnaturalizado y carecen de la característica de la ejecutividad.

También es importante destacar que el título le debe ser oponible al deudor, es decir, la ejecución potencial que pudiere llevarse a cabo afectará al patrimonio del deudor, porque de alguna manera dicho patrimonio es responsable del cumplimiento de la obligación contenida en los tres títulos.

Es interesante la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema, sobre el tipo de título ejecutivo a tener en consideración. En efecto, en sentencia del alto tribunal ha dejado "establecido que al declararse la quiebra de una persona existían tres ejecuciones en su contra, dos por cobro de pesos y otra de desposeimiento, debe considerarse cumplido el requisito de la existencia de tres títulos ejecutivos y vencidos en contra del deudor. Por tanto, la sentencia que, desentendiéndose de ello y considerando que sólo dos de los títulos son ejecutivos, declara que en el caso no se cumplen los requisitos indicados en el N° 2 del artículo 37 de la Ley de Quiebras y, en consecuencia, repone la resolución declaratoria de quiebra, es nula porque infringe dicho precepto legal y los artículos 1438 y 2428 del Código Civil".¹⁶⁸

4.2.3.2. Los títulos ejecutivos deben estar vencidos

Esta exigencia, a nuestro juicio, no se refiere al título que tiene el acreedor que solicita la quiebra, quien puede o no tener un crédito que sea exigible, tal como lo establece el enunciado del artículo 43.

Es decir, los títulos ejecutivos y vencidos deben constar en el expediente de la solicitud de quiebra, siendo perfectamente posible que el acreedor solicitante de la quiebra no posea un crédito vencido, pero que alegue que el deudor tiene ya títulos ejecutivos y vencidos en a lo menos en un número que no baje de tres.

De esta manera se reafirma la concursabilidad del patrimonio del deudor, puesto que debe enfrentar pagos por a lo menos tres títulos ejecutivos, obviamente que vencidos, de tal modo que cuando hay un acreedor que estima de justicia repartir el patrimonio no sólo entre los tres acreedores que presentan obligaciones vencidas, sino también respecto de un nuevo acreedor, quien puede no tener un crédito exigible, pero cuyo patrimonio

tiene igual derecho a las resultas de someter el patrimonio del deudor a un concurso, para que el principio de la *par conditio creditoris* se lleve a cabo, desalojando el otro principio de "*piotor in tempore piotor in jure*".

Se ha investigado la concurrencia de acreedores y la concurrencia de créditos¹⁶⁹, existiendo diversas tesis al respecto, sin perjuicio de los textos legales que en cada ordenamiento puedan regular la materia.

Queda así configurada la protección que por esta vía establece el legislador chileno, a uno de los principios básicos de la concursabilidad, cual es que frente a la insolvencia, debe producirse la comunidad en las pérdidas, evitando de esta manera las injusticias que se producirían privilegiando a aquellos acreedores que en razón de circunstancias cuya protección legal son irrelevantes, puedan alcanzar el patrimonio del insolvente con preferencia a otros acreedores.

Qué duda cabe que la exigencia de tener títulos vencidos, unido al requisito que se examina más adelante en cuanto a la no presentación de bienes suficientes para responder a las ejecuciones en curso, es un reflejo directo y exterior de la insolvencia del deudor y de la incapacidad de su patrimonio para generar recursos, bajo la administración del mismo deudor. Este es uno de los múltiples hechos bajo los cuales se manifiesta la situación de insolvencia que el legislador ha pretendido caracterizar bajo fórmulas casuísticas, dejando de lado un sistema genérico de calificación de insolvencia, como ya se ha tenido ocasión de examinar, sea indicando "la cesación en los pagos o en el cumplimiento de obligaciones" o en la simple "insolvencia".

Lo que busca el legislador es que los síntomas de la insolvencia sean inequívocos, exigiendo así al tribunal que examine tales hechos antes de declarar la quiebra. De esta manera el legislador chileno no ha querido que el tribunal se proponga investigar la capacidad patrimonial para hacer frente a las obligaciones, sino que ha preferido que el tribunal constate la realidad actual, al momento de presentarse la solicitud de declaratoria, comprobándose con los hechos exteriorizantes de la situación de insolvencia, pero sin entrar a un análisis de ella, como en muchas ocasiones los deudores intentan atrapar a los tribunales argumentando acerca de las causas que han producido los vencimientos que se hacen valer. El tribunal no puede, sea en esta causal o en las otras, analizar la capacidad potencial o virtual que tendría el patrimonio del deudor para afrontar las obligaciones vencidas o que causan

¹⁶⁹ Véase la obra de José A. Ramírez, *La Quiebra, Concurrencia de Acreedores*, Tomo I, p. 582, op. cit.

¹⁶⁸ 11 de enero de 1940. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XXXVIII, secc. 1°, p. 4.

El requisito exigido por la Ley de Quiebras, en cuanto a la diversidad de las obligaciones, precisamente está obligando al acreedor a demostrar que cada título ejecutivo, que se encuentre vencido, proviene de una obligación diversa y como la proveniencia exige determinar o investigar el origen, ello implica adentrarse acerca de la manera cómo se ha generado o nacido la obligación. En el caso de los llamados títulos autónomos, la Ley de Quiebras estaría develando el velo de la tal autonomía, a fin de que la causa que origina la obligación denominada autónoma demuestre su origen, el que en el ámbito cartular no se considera o no le concede la ley relevancia y que pueda ser oponible para los fines del cumplimiento de la obligación. En cambio, en esta disposición, como se trata de demostrar la situación de insolvencia y de concursalidad, el legislador aparentemente pretende que se le pruebe una mayor diversidad de situaciones obligacionales. Ciertamente es que si las letras de cambio, en el caso jurisprudencial antes citado, hubieren sido endosadas a diferentes acreedores, sería un grupo de acreedores el que pretendería atacar el patrimonio insolvente para pagarse de las respectivas acreencias, lo que de seguirse la línea jurisprudencial, debería ser rechazada la solicitud no obstante la pluralidad de acreedores, por provenir todas aquellas letras de una misma obligación, sin el requisito de la diversidad.

Puede apreciarse así que la norma, no obstante el propósito buscado, puede generar situaciones de injusticia frente a la pluralidad de tenedores de letras de cambio, pagarés o cualquier otro título ejecutivo que reúna las características de autonomía, es decir, cuya causa la ley no la considere relevante en el cumplimiento de la obligación contenida en el título, al preferir la literalidad de éste, lo que obviamente redunda en la mayor agilidad de las transacciones mercantiles.

4.2.3.4. *Deben haberse iniciado, a lo menos, dos ejecuciones*

Al hablar la Ley de Quiebras de ejecuciones, es evidente la referencia al juicio ejecutivo, es decir deben haberse iniciado dos juicios ejecutivos a lo menos.

El juicio ejecutivo se inicia con el despacho del mandamiento de ejecución y embargo y su correspondiente notificación.

Tan sólo si el título cumple con los requisitos procesales y de fondo correspondientes, después del examen que el tribunal debe hacer de dicho título conforme lo establece el artículo 441 del Código de Procedimiento Civil se podrá despachar la ejecución. El mandamiento de ejecución contiene, como lo establece el artículo 443 N° 1 del Código de Procedi-

la cesación de pagos. De tal manera que el balance de liquidación de una empresa no tiene relevancia a los fines de declarar la quiebra, intentándose demostrar que el activo superará al pasivo, sino la actualidad del incumplimiento de las obligaciones que demuestran la situación de insolvencia, mediante los hechos que describe la Ley de Quiebras.

Por otra parte, es evidente que tan sólo una vez que se haya declarado la quiebra del deudor se podrá conocer con entera realidad el equilibrio entre el activo y el pasivo de la empresa, para saber si el patrimonio resultante es suficiente para responder a las acreencias. Mientras la empresa se encuentra en marcha serán los síntomas demostrativos de su capacidad de pago los que el tribunal conforme a la ley debe apreciar mediante la constatación de los hechos que describe la norma legal.

4.2.3.3. *Los títulos ejecutivos, además de estar vencidos, deben provenir de obligaciones diversas*

La existencia de los a lo menos tres títulos ejecutivos y vencidos, deben provenir de obligaciones diversas.

Es este requisito una materia de cierta complejidad, pues exige que se demuestre de dónde procede o cómo se ha originado una obligación, de tal manera que esta originación debe ser diversa, es decir de distinta naturaleza, especie, número o figura, de una obligación con respecto a las restantes.

En consecuencia, el acreedor está obligado a demostrar que en los títulos ejecutivos, vencidos, se han originado obligaciones que no tienen una misma originación.

Hay un caso jurisprudencial sobre el particular¹⁷⁰, en el cual la Corte Suprema, en el año 1948, estimó que varias letras de cambio giradas con motivo de un mismo contrato no provienen de distintas obligaciones. Se ha reiterado dicha jurisprudencia en el año 1973.¹⁷¹

¹⁷⁰ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLVI, secc. 1ª, p. 207, que reproduce una sentencia de la Corte Suprema, en la cual varias letras de cambio giradas con motivo de un mismo contrato no provienen de distintas obligaciones. De tal modo que en dicho caso se estimó que el requisito no estaba cumplido. Don ALVARO FUELMA, en su obra *Curso de Derecho de Quiebras*, opina que "el caso es discutible dado el carácter de obligaciones autónomas de las letras de cambio".

¹⁷¹ "No se ajusta a la causal contemplada en el N° 2 del art. 37 de la ley del ramo la solicitud de quiebra del deudor que se funda en tres títulos ejecutivos y vencidos que emanan de obligaciones diversas, sino de una sola, derivada de un crédito en cuenta corriente y cuyo cobro ante los tribunales se hizo fraccionadamente. En consecuencia los títulos invocados para pedir la declaración de quiebra no reúnen las condiciones que exige la ley, y mal puede prosperar dicha solicitud". Corte Suprema, 10 de diciembre de 1973. *Revista Fallos del Mes* N° 172, sentencia N° 7, p. 284. (El art. 37 citado corresponde al actual art. 43 N° 2 de la Ley N° 18.175).

miento Civil, "la orden de requerir de pago al deudor". Ordena segundamente la citada disposición que el "requerimiento debe hacerse personalmente; pero si no es habido, se procederá en conformidad al artículo 44, expresándose en la copia a que dicho artículo se refiere, a más del mandamiento, la designación del día, hora y lugar que fije el ministro de fe para practicar el requerimiento".

En consecuencia, acorde con las disposiciones citadas una vez efectuado el requerimiento de pago, se ha iniciado el juicio ejecutivo o la ejecución a que se refiere la norma de la Ley de Quiebras. El requerimiento de pago es, pues, una forma de notificación practicada por el receptor judicial conforme a la orden expedida por un tribunal competente en cumplimiento de un mandamiento de ejecución, con las solemnidades legales, dirigida al deudor que se ha demandado, emplazándolo en el juicio y conminándolo al pago de la cantidad de dinero en el caso de las obligaciones de dar, en favor de su acreedor demandante, bajo el apercibimiento de que en caso de desobediencia se procederá al embargo de bienes de su propiedad, para proseguir con la ejecución forzosa de ellos.

El hecho de que el deudor oponga excepciones a las ejecuciones constituye una situación irrelevante para los efectos de considerar por cumplido el requisito de existir las dos ejecuciones, bastando para que este requisito exista con el solo hecho de haberse practicado el requerimiento de pago.

4.2.3.5. El deudor no debe haber presentado en todas estas ejecuciones bienes bastantes para responder a la prestación que se adeude y las costas

Finalmente, el requisito de no haber presentado bienes suficientes es el que finalmente habilitará al Tribunal para acceder a la solicitud del acreedor de la quiebra.

El plazo para haber presentado bienes es de cuatro días, acorde con lo que dispone el artículo 459 del Código de Procedimiento Civil, que concede al deudor el término indicado para oponerse a la ejecución.

Surge de inmediato la duda si este plazo deberá ampliarse acorde con los casos y situaciones reguladas en los artículos 459, 460 y 461 del Código de Procedimiento Civil, ya que la Ley de Quiebras no se remite a las disposiciones citadas del Código, sino que establece perentoriamente que el deudor requerido de pago debe de presentar bienes suficientes dentro de dicho plazo, sobreponiéndose esta disposición a la ritualidad del procedimiento civil.

No conocemos jurisprudencia sobre el particular, pero bien puede pensarse que el plazo para presentar bienes suficientes en cada ejecución es tan sólo de cuatro días, sin considerar los plazos que el Código agrega, según en donde se ubique el tribunal, en relación con el domicilio del deudor, ya que lo que se trataría de establecer es la situación del patrimonio del deudor, en cuanto a su capacidad de pago, incluyendo su liquidez.

Quien resuelve sobre estas situaciones es el juez de la quiebra y no el juez que conoce de la ejecución, sin embargo es éste quien al conocer del juicio ejecutivo, está en condiciones de establecer el comportamiento del deudor, no obstante que acerca de la oportunidad, suficiencia de los bienes y otras materias, caen dentro de la competencia del juez de la quiebra.

Se ha sostenido que la expresión "presentación de bienes", como el acto que debe efectuar el deudor ante el requerimiento de pago efectuado en el juicio ejecutivo, debería constituir un acto voluntario, de tal modo que el embargo que se practique no cumpliría con el requisito de efectuar la presentación de bienes a que se refiere el artículo 43 N° 2 de la Ley de Quiebras¹⁷². Sin embargo es difícil sostener tal tesis, por cuanto el presentar bienes suficientes puede ocurrir en el acto del embargo que el deudor designe los bienes que habrán de ser embargados, en conformidad al artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, y si aun así no ocurre y fuere el receptor o ministro de fe quien realizare el embargo, éste se efectúa siguiendo el orden que el artículo 449 del Código citado establece. En consecuencia, a nuestro juicio, la voluntariedad en la presentación de bienes no existe, sólo cuando hay oposición al embargo, ya que en los demás casos el deudor al no oponerse está demostrando su voluntad para que se embarguen bienes suficientes a fin de responder a la ejecución, acorde con las normas de procedimiento que regulan la materia, sin necesidad de actuar de una manera distinta para estimar que ha existido la presentación de bienes a que alude la disposición en análisis.

El deudor debe presentar bienes bastantes para responder a la prestación que adeude y las costas, exige la norma legal que analizamos, ya que de otro modo la causal de quiebra se configuraría.

La prestación debe corresponder íntegramente al valor del crédito, el que naturalmente incluye los intereses¹⁷³ y reajustes si es del caso, cuando se haya pactado una obligación en términos reajustables conforme a la Ley

¹⁷² Hay dos sentencias que recoge Puelma en su obra ya citada, ambas de la Corte de Apelaciones de Concepción, las que pueden ser consultadas en la *Gaceta* de 1935, 2° semestre, N° 149, p. 504, y en la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción, año XXII, p. 351 (1954).

¹⁷³ Artículo 1591, inciso 2° del Código Civil.

Nº 18.010 o en moneda extranjera, si existiere diferencia de cambios entre la moneda chilena y la extranjera.

Las costas que se hayan causado en el respectivo juicio ejecutivo también deben estar comprendidas en la avaluación de los bienes que habrá de hacer el juez de la quiebra, para decidir sobre la materia. La Ley de Quiebras no distingue entre costas personales y procesales, de tal manera que nos inclinamos por la alternativa de que se deben incluir ambas. Las tasaciones que haya practicado el receptor al efectuar el embargo o cualquier otra gestión, no son obligatorias para el juez de la quiebra, quien es el único llamado a apreciar si los bienes son bastantes o no. Este "*bastanteo*" de bienes es una cuestión de hecho que habrá de apreciar el juez a quien corresponda dictar la sentencia de quiebra, pudiendo considerar o no las apreciaciones del receptor que hubiere practicado el embargo de los bienes. Obviamente el juez de la quiebra podrá utilizar otros medios para avaluar si los bienes son bastantes para enfrentar la prestación y las costas originadas.

Los bienes que se presenten, en definitiva, deben ser bastantes para cubrir todas las obligaciones demandadas en los diferentes juicios ejecutivos y también por el solicitante de la quiebra, a fin de interrumpir este llamado a concursar en el pago de las acreencias, a prorrata de los respectivos créditos de cada acreedor. Es decir, si en una ejecución los bienes son bastantes para cubrir las prestaciones derivadas de esa ejecución, pero no alcanzan para cubrir la segunda ejecución, la causal se habrá configurado y el deudor habrá de ser declarado en quiebra.

4.3. Fuga u ocultamiento del deudor

4.3.1. Antecedentes históricos

Entre los más antiguos presupuestos de la quiebra y tal vez, el primero, se encuentra este instituto concursal de la fuga del deudor incapaz de hacer frente a sus acreedores, como un hecho revelador de la insolvencia en la legislación estatutaria comunal de la Italia medieval. "*Fugitivus*" era la expresión que se utilizaba para designar al deudor insolvente (*decoctus*), aun cuando no se apartara del lugar de sus negocios, conforme a los estatutos de las repúblicas italianas.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Florencia, 1415, lib. III, rub. I; Génova, 1498, lib. IV, cap. 7; Brescia, Nº 107; Padua, 1420, rub. de fugitivus. "Et si quis Senensis fugerit de civitate Senarum vel cessaverit cum avere alterius, vel fugerit, vel cessavit in perpetuum non possit esse civis vel habitator Senensis". Citado por A. Rocco, *Il Fallimento*, Teoría Generale ed origine storica, Turín, 1917, Nº 76, Nº 3.

El estatuto de Venecia ordenaba el secuestro y liquidación de los bienes del "*fugitivus*". El Estatuto de Florencia, en el año 1577, se refiere a "aquelli que notoriamente cessaranno o si fuggiranno con le pecunie e robe altrui o che si ritireranno in franchigia o in qualunque modo fuggiranno il cospetto dei loro creditore serrando i loro traffici e ricusando di fare il dovere a chi avra loro credito".

Deudor quebrado o fugitivo eran sinónimos.

Como la cultura jurídica de la época en que se estructuran los ordenamientos concursales consideraba la fuga u ocultamiento del deudor como un robo de la hacienda personal que debía hacer frente a las obligaciones de los acreedores, la fuga u ocultamiento se castigaba con la pena de muerte, como es el caso de Bolonia, si perdura el ocultamiento del fugado, después que el bando de la autoridad ordena su arresto. Los "*capitula mercatorum*" de Lucca preveían la tortura para inducir al deudor a pagar, considerando todos sus actos como fraudes dolosos, asimilándolos a un hurto calificado o estafa. En el Derecho Concursal Español, de la misma época medieval, el quebrado era considerado ladrón e infame.¹⁷⁵

Los tratadistas se han explayado sobre esta causal, como es el caso de Apodaca¹⁷⁶, quien indica que esta causal es una manifestación típica de la insolvencia "y ha sido considerado por todas las legislaciones modernas, especialmente por aquellas que adoptaron el sistema de especificar... los hechos generadores de la quiebra, como un caso excepcional por el cual se puede pedir la quiebra sin previa ejecución y sin título ejecutivo ni vencido". A. Rocco¹⁷⁷ señalaba que "el hecho más saliente revelador de la insolvencia es, casi en dondequiera se mire, la fuga y aun sólo la ausencia del deudor, de donde surge la identificación entre el deudor quebrado y el deudor fugitivo".

Bonelli¹⁷⁸ expresaba "que el comerciante que se sustrae a las compulsas e investigaciones de sus acreedores se confisca en la imposibilidad de pagarles, y es el hecho de sustraerse y no aquel de no pagar, el que, a más de revelar claramente el estado de insolvencia de su patrimonio, reclama la necesidad de una inmediata intervención de la ley".

De esta situación en la cual se encontraba el fugado, quien podía ser arrestado y penalizado en forma gravísima, nace el concordato, a fin de

¹⁷⁵ Pragmática de los Reyes Católicos de 1480. Cortes de Barcelona de 1299, de Lérida de 1301 y de Gerona de 1321.

¹⁷⁶ *Presupuestos de la Quiebra*. México, 1945.

¹⁷⁷ *Il fallimento*. Teoría Generale e origine storica. Turín 1917.

¹⁷⁸ G. BONELLI. *Del fallimento*. Milán, 1923. I, p. 90.

posibilitar la entrega de los bienes ocultados o al menos en una compleja y difícil situación, facilitándole al fallido un salvoconducto, a fin de que se presentara ante sus acreedores.¹⁷⁹

4.3.2. *El texto legal*

El artículo 43 N° 3 de la Ley de Quiebras dispone:

"Cualquiera de los acreedores podrá solicitar la declaración de quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, en los siguientes casos:

3. Cuando el deudor se fugue del territorio de la república o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas".

El texto actual difiere un tanto del artículo 37 N° 1 de la Ley N° 4.558, ya que este último no contenía la frase "con facultades para dar" cumplimiento a sus obligaciones, como tampoco el que entre las facultades estuviese la de "contestar nuevas demandas".

Debe tenerse presente que para que opere esta causal no es necesario que exista por parte del acreedor peticionario de la quiebra o de cualquier otro un crédito exigible, ya que precisamente el inciso primero del artículo 43, establece claramente que cualquier acreedor puede pedir la quiebra, aun cuando su crédito no sea exigible, respecto del deudor fugado o que se haya ocultado concurriendo los restantes requisitos que analizaremos.

La disposición transcrita no hace distinción respecto de la calidad o actividad que realice el deudor fugado u oculto. Es decir, esta es una causal de común aplicación a cualquier tipo de deudor, aunque como veremos más adelante sólo aplicable a las personas naturales.

4.3.3. *Concepto de fuga y de ocultarse*

Existen una serie de conductas vinculadas al hecho de la fuga, como lo son la ausencia, el ocultamiento, el alejamiento o el cambio de domicilio.

Desde un punto de vista del lenguaje, la fuga ha sido definida como la huida precipitada, siendo la huida, la acción de huir y esta última significa apartarse con velocidad, por miedo o por otro motivo de personas, para evitar un daño, disgusto o molestia. De tal modo que al emplear la ley el

¹⁷⁹ *Il fallimento*. FRANCESCO FERRARA JR. ALESSANDRO BORGIOI. 5ª Edizione. Milano-Giuffrè Editore. 1995, p. 57.

término fuga o se fugue, está indicando, precisamente, a nuestro juicio, la conducta del deudor insolvente que se aparta del lugar asiento de sus negocios o establecimientos, en forma apresurada, rápida, precipitada, para evitar daños en su persona, o molestias o disgustos, entre los cuales se comprende la angustia y tensión síquica y fisiológica que implica una presión de los acreedores sobre el patrimonio del deudor, que lo ve todo perdido, en manos precisamente de aquellos que lo persiguen para obligarlo a pagar.¹⁸⁰

Por su parte, ocultar significa esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista, callar advertidamente lo que se pudiera decir, o disfrazar la verdad. En consecuencia ocultarse significa, dentro de la norma legal, esconderse, disfrazarse o encubrir el lugar en donde el deudor se encuentra, callando lo que sus acreedores esperan del deudor o disfraizando la verdad de su insolvencia mediante los actos de ocultamiento.

4.3.4. *Objetivo de la fuga o del ocultamiento*

El objetivo de la fuga comprende la de evadir o evitar la responsabilidad en el pago de las acreencias que el deudor debe a sus acreedores, eludiendo la acción de la justicia, ejercitada mediante los correspondientes procedimientos judiciales.

Ello implica una conducta maliciosa, que va acompañada de diversos actos efectuados sobre el patrimonio que controla el fugado, a fin de sustraerlo de la acción de los acreedores.

El artículo 220 de la Ley de Quiebras precisamente configura la conducta antes indicada al establecer:

"Se presume fraudulenta la quiebra del deudor:

1. Si hubiere ocultado bienes.
14. Si se ausentare o fugare, llevándose una parte de sus haberes".

De esta manera se configura la fuga u ocultación como una conducta criminal, al existir un grado de malicia o dolo en la actuación del deudor.

La fuga u ocultación deben revestir un grado de intencionalidad, a fin de sustraerse fraudulentamente a la acción legítima de los acreedores, del

¹⁸⁰ En el Gran Diccionario de Sinónimos Castellanos de ROQUE BARCIA, JOAQUÍN GIL, Editor, Buenos Aires, 1950, se indica: "La fuga expresa una idea más amplia, más general que la huida. La fuga comprende la idea de huir en todo sentido, en todas sus acepciones; la huida se refiere sólo a la guerra. Se fuga un preso cuando escala la cárcel; huye un soldado al frente de su enemigo. El que huye, teme lo presente; el que se fuga, el porvenir". (López Pelegrín).

síndico o de los actos judiciales, vinculados con la responsabilidad patrimonial asumida.

No existiendo esta intencionalidad en la conducta, no podrá hablarse ni configurarse la fuga u ocultamiento, complementada con la ausencia de bienes, por haberse hecho desaparecer éstos en forma previa o en forma simultánea con la fuga u ocultamiento.

De tal modo que no hay fuga si el deudor ha efectuado un viaje o se encuentra de viaje¹⁸¹, cuando se produce la cesación de pagos o se dan algunas de las otras causales de la quiebra. Igual cosa sucede si el deudor se retrae en su domicilio, por razones de salud, pues no ha existido la intencionalidad criminosa de la fuga u ocultamiento.

No debe olvidarse que conforme se establece en el encabezamiento del artículo 43, la fuga puede darse aun cuando la o las obligaciones que tenga uno o varios acreedores no se hayan hecho exigibles. Es posible que el o los acreedores vean el inminente deterioro del patrimonio del deudor y que éste se oculte o se fugue, antes de producirse alguna exigibilidad concreta de alguna determinada obligación. Ciertamente, en tal caso se habría configurado claramente la conducta que tipifica el artículo 43 N° 3 de la Ley de Quiebras.

La fuga u ocultamiento precede a la declaratoria de quiebra y es causal de ella, de tal modo que la fuga u ocultamiento a posteriori de la declaración de quiebra, es una actuación enteramente distinta de aquélla y tiene otras connotaciones y efectos, que no es del caso analizar aquí, por tratarse de las causales de la quiebra. Sin embargo, es atinente considerar que el

¹⁸¹ La Corte Suprema, en sentencia recaída en un recurso de casación en el fondo, de 26 de septiembre de 1938, estableció: "Que la segunda causal de casación que se invoca es la infracción del N° 3 del artículo 37 de la Ley N° 4.558 sobre Quiebras, que relaciona con el inciso 1° de dicho artículo dice: "Cuando el deudor... se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes y dé cumplimiento a sus obligaciones". Y se dan como fundamentos el que, estando la señora Albarrán de Motta en su establecimiento comercial de Catillo el 21 de mayo de 1934, día en que se le buscó allí para notificársele la petición de quiebra, al día siguiente se ausentó con su marido, conociendo ambos la gestión judicial que había, y no regresaron sino a principios de junio, sin cumplir con el precepto legal transcrito; 9°. Que respecto a este punto, el considerando 33 de la sentencia de primera instancia que la recurrida manuvo dice: "Que, por consiguiente, no se ha establecido ninguno de los requisitos que establece el artículo 37 N° 3 de la Ley de Quiebras, para que la deudora sea declarada en quiebra: no hubo ocultación, porque está probado que se trata de una simple ausencia exigida por motivos de salud después de cerrada la temporada del Establecimiento Termas de Catillo". Se agrega: "es el caso que no resulta legalmente establecida la otra circunstancia copulativa exigida por el N° 3 del art. 37 ya citado que es el hecho principal determinante del auto de quiebra de fs. 30 via... o sea, la fuga u ocultación del deudor, que no la constituye, en el caso por resolver, la ausencia por breve término de la señora Albarrán de su Hotel de Catillo, originada por motivos de salud y producida en una época del año en que, propiamente, estaba suspendida la actividad comercial de su negocio hotelero..."

artículo 219 N° 6 de la Ley de Quiebras presume culpable la quiebra en el caso de que se ausentare o no compareciere al tiempo de la declaración o durante el curso del juicio.

4.3.5. Examen de los requisitos de la causal

4.3.5.1. La fuga y el ocultamiento son actuaciones personales del deudor

La norma legal tiene como sujeto activo al deudor que realiza una acción: fugarse u ocultarse. La causal, por la forma de su redacción, sólo puede ser aplicada a las personas naturales o físicas, ya que las personas jurídicas no son capaces de fugarse u ocultarse.

El casuismo de la Ley de Quiebras, no obstante su modificación en 1980, no alcanzó a prever la fuga u ocultamiento de los directores, administradores o representantes de una persona jurídica, que es bastante más frecuente que la fuga del deudor persona natural, quien incurre en tales conductas frecuentemente más por los delitos de giro doloso de cheques, que pueden revestir pena de prisión, que por el hecho de no enfrentar adecuadamente a los acreedores, produciéndose una dicotomía más, aparte de la que se produce respecto de aquellos que poseen títulos ejecutivos, en las relaciones mercantiles.

En efecto, el deudor o representante de una persona jurídica tiende a fugarse frente al hecho de haber girado cheques sin estar cubiertos en la cuenta corriente bancaria, ya que como se sabe, conforme a la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, puede ser sancionado con las penas de presidio indicadas en el artículo 467 del Código Penal¹⁸², lo que es una conducta tipificada, conforme se está analizando en el artículo 43 N° 3 de la Ley de Quiebras, pero sólo respecto de las personas naturales. De tal modo que la fuga u ocultamiento de uno o más representantes de personas jurídicas no es una conducta que pueda asimilarse a la descrita en el N° 3 del artículo 43 de la Ley de Quiebras. El sujeto de la oración: "el deudor", no obstante que puede y de hecho ocurre así en la ley, ser igual a una persona jurídica o natural, es obvio que excluye la acción de fuga o de ocultarse, toda vez que una persona jurídica es un ente moral, creación intelectual y que nace a la vida jurídica ya sea por un acto de autoridad o por un acto registral. Las conductas que sus representantes realicen

¹⁸² D.F.L. N° 707, de 1982, artículo 22.

fugándose u ocultándose, obviamente que no implican la fuga de la persona jurídica, que permanece inactiva en los registros públicos o respecto de la autoridad que ha debido autorizar su existencia.

Por las razones anotadas, a nuestro juicio la norma legal contenida en el N° 3 del artículo 43 es aplicable únicamente a las personas naturales o físicas, siendo del todo conveniente modificar esta situación.

4.3.5.2. *La fuga está limitada sólo al caso de que se efectúe fuera del territorio de la República*

El deudor que adopte la decisión de fugarse se encuentra en el caso del artículo 43 N° 3, sólo si traspone los límites del territorio de la República.

A contrario sensu, si se fuga dentro del territorio nacional, no se constituye la situación de fuga. Es evidente que no logra entenderse a cabalidad esta distinción, porque ambas situaciones son semejantes. Tal vez el legislador pensó que una fuga dentro del territorio nacional no tenía los caracteres de tal y se asimilaba al ocultamiento. No hay antecedentes que nos permitan efectuar tal distinción. Es obvio que un deudor que se fuga de la Región o Comuna en donde tienen asiento sus negocios, a otra Región de gran distancia en la cual llevaba a cabo su actividad, al trasladarse no necesita ocultarse, ya que lo normal será que en el nuevo pueblo o ciudad a la cual se traslade nadie lo conozca y pueda actuar sin ocultamiento alguno a fin de emprender nuevas actividades, lo cual posibilitará interponer las defensas que se requieran, en el supuesto caso que la quiebra sea declarada sobre la base del artículo 43 N° 3 de la ley.

4.3.5.3. *El ocultamiento puede efectuarse en cualquier lugar*

La ley no distingue si el ocultamiento se sanciona por efectuarse fuera del territorio o dentro del territorio nacional, con lo cual en ambos casos se permite la declaratoria de quiebra basada en tales hechos.

El ocultamiento se produce por el hecho de que el deudor, no emprende una huida, sino que enfrentando hasta dónde más puede a sus acreedores, de pronto decide no actuar más frente a ellos, ocultándose de éstos, incluso pudiendo enviar emisarios o personas que transmitan a los acreedores la aflictiva situación en la cual se encuentra, sea dentro o fuera del territorio de la República.

En cualquier caso y sea cual fuere la forma en que se produzca tal ocultamiento, que puede ser de las más infinitas formas y su origen, igualmente puede adoptar las más variadas alternativas, la Ley de Quiebras

ante tal situación que provoca la incertidumbre de los acreedores permite se declare la quiebra del deudor oculto.

El problema reside en comprobar el ocultamiento ante el tribunal, el que puede darse mediante la búsqueda efectuada para notificarlo de demandas en juicios ordinarios o ejecutivos, no pudiendo efectuarse tales notificaciones por no ser habido, conforme a los procedimientos que regula el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil. A nuestro juicio la situación que se produce ante la imposibilidad de notificar a un deudor, implica a lo menos un principio de ocultamiento, ya que si no es habido en su domicilio comercial y particular es de toda evidencia que hay un ánimo de ocultarse para evitar ser arrastrado a los tribunales a fin de que asuma la responsabilidad que le compete ante el no pago de sus créditos.

4.3.5.4. *Además de la fuga u ocultamiento deben cumplirse tres requisitos copulativos*

En efecto, el N° 3 del artículo 43 de la Ley de Quiebras exige que se cumplan tres requisitos copulativos¹⁸³, a saber:

1. Que el deudor hubiere dejado cerrado cerradas sus oficinas o establecimientos;
2. Que no haya nombrado una persona para que administre sus bienes, y
3. Que la persona que haya designado posea facultades para dar cumplimiento a las obligaciones del deudor, incluyendo la de contestar demandas.

Los tres requisitos enumerados por la ley se explican por sí mismos, ya que no requieren de un análisis especializado, toda vez que el concepto de administrar está referido a la legislación civil, conforme se establece en el artículo 2132 del Código Civil, reiterando la Ley de Quiebras las facultades de pagar las deudas del mandante y exigiendo se contemple en el

¹⁸³ PUELMA estima que en el caso de la fuga no es necesario el cumplimiento de los demás requisitos, sino que basta con la fuga. Dicha interpretación es aceptable, sobre la base de considerar que la conjunción disyuntiva "o" que separa el caso de "cuando el deudor se fugue del territorio de la República" implica una oposición respecto de la conducta de ocultarse dejando cerradas sus oficinas, etc. Don Raúl Varela, en sus apuntes de clase, sostiene que los requisitos son copulativos. (*Curso de Derecho Comercial*. Segundo año. Segunda parte. Quiebras. Editorial Universitaria S.A., 1961).

mandato que se le otorgue la facultad prevista en el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, en orden a contestar nuevas demandas.¹⁸⁴

4.4. *Convenio extrajudicial que se ha declarado nulo o resuelto*

4.4.1. *Concepto de convenio extrajudicial*

Los convenios regulados en la legislación concursal son una de las instituciones más importantes de este Derecho, en cuanto están destinados a prevenir o solucionar la crisis de las empresas o de los deudores insolventes.

4.4.2. *Orígenes históricos*

El convenio extrajudicial regulado en la legislación chilena reconoce su origen en las Ordenanzas de Bilbao.

En efecto, en N° 2 del Capítulo 17 se hace referencia a un convenio que los acreedores pueden suscribir con el deudor, en los siguientes términos:

"2.- La primera clase o género de comerciantes que no pagan lo que deben á su debido tiempo, se deberá reputar por atraso, teniendo aquel ó aquellos á quienes suceda bastantes bienes para pagar enteramente a sus acreedores, y si se justificare que por accidente no se halla en disposición de poderlo hacer con puntualidad, haciéndolo después con espera de breve tiempo, ya sea con intereses ó sin ellos, según convenio de sus acreedores. A semejantes se les ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama".

Posteriormente, y bajo la firma del Presidente don José Joaquín Prieto y del Ministro don Diego Portales, se dictó el "Decreto Lei" sobre el juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837, el cual en el Título II, mediante el cual se regulaba lo concerniente a la oposición de terceros al juicio ejecutivo "i concurso de acreedores".

Antecedió al Código de Comercio la ley de 8 de febrero de 1837, la cual era parte del conjunto denominado "Leyes Marianas", por ser su principal

¹⁸⁴ El art. 2132 del Código Civil expresa: "El mandato no confiere naturalmente al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración; como son pagar las deudas y cobrar los créditos del mandante, perteneciendo unos y otros al giro administrativo ordinario; perseguir en juicio a los deudores, intentar las acciones posesorias e interrumpir las prescripciones en lo tocante a dicho giro; contratar las reparaciones de las cosas que administra; y comprar los materiales necesarios para el cultivo o beneficio de las tierras, minas, fábricas u otros objetos de industria que se le haya encomendado. Para todos los actos que salgan de estos límites necesitará de poder especial".

autor don Mariano Egaña, la cual reguló el convenio que podía ser propuesto por el deudor civil o comercial, y podía ser anterior o posterior a la quiebra, el cual no podía ser considerado si el proponente era un "alzado", o acusado de quiebra fraudulenta, como así también los que después de haber hecho cesión de bienes, o de estar concursados, se fugaren o no comparecieren al llamamiento del juez. Las proposiciones debían acompañarse con las listas de bienes, el valor de éstos en forma estimada, los acreedores y las deudas que tenía el proponente. Tan sólo una vez aprobado el Convenio el deudor podía ser excarcelado. En dicho momento el deudor volvía a asumir la administración de los bienes, la que siempre se encontraba sujeta a una intervención, ya que si en el Convenio no se designaba un interventor, éste debía ser designado por el Juez hasta el cumplimiento de los términos del convenio.

El Código de Comercio de 1865 igualmente incorpora una referencia a un convenio de este tipo, en el artículo 1326, al indicar que:

"la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común".

De tal modo que el Código en el siglo XIX contaba con un mecanismo reconocido, mediante el cual se podía pactar una espera unánime de todos los acreedores, en relación con los créditos ya vencidos o por vencer, reconociendo que el deudor podía suspender los pagos, mediando el convenio. El objeto de este convenio era el de pactar esperas o aplazar el pago en el cumplimiento de las obligaciones, al igual que el convenio previsto en las Ordenanzas de Bilbao. Es decir, la legislación no se mueve y se mantiene dentro de la línea de beneficiar, regular y establecer un procedimiento particular para pactar una prórroga en los plazos que se podían conceder al deudor, impidiendo y sustrayendo a éste de la quiebra.

Sin embargo, a partir del Código de 1865, el deudor comerciante queda excluido de la posibilidad de presentar proposiciones de convenio, tal como se indica en el artículo precedentemente transcrito, toda vez que tal beneficio se concedió al deudor común.

El Código de Procedimiento Civil de 1902 en los artículos 663 y siguientes trataban el convenio que podía formularse antes de iniciado el concurso, tanto por comerciantes como por deudores civiles. Incluso la jurisprudencia determinó que un comerciante que no hubiese sido declarado en quiebra podía celebrar con sus acreedores las convenciones que de común acuerdo tengan a bien, tanto sobre rebaja de créditos como sobre plazos de pago, sin que sea menester en ellas la intervención de la justicia