

30 AÑOS DE LEY DE QUIEBRAS: LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

Nelson Contador Rosales



PROFESOR DE DERECHO COMERCIAL - UNIVERSIDAD DE CHILE

I.- INTRODUCCIÓN

Cuando el 28 de Octubre del año 1982 se dictó la Ley 18.175 sobre quiebras, fue considerado un texto extraordinariamente novedoso, comparado a las antiguas normas concursales que regían a los países latinoamericanos y solo asimilable con algunas legislaciones europeas; durante la vigencia de la Ley 4558 – NORMATIVA CONCURSAL ANTERIOR - se detectaron numerosos problemas en su aplicación, que fundamentalmente derivaron un prolongado procedimiento, que en promedio superaba los 8 años, lo que significaba que el proceso de reasignación de recursos a la economía, dado por la liquidación de los activos productivos inmovilizados era muy lento. Paralelamente, a partir del 13 de Enero del año 1981, se inició en nuestro país una profunda crisis económica, lo que significó la intervención de entidades bancarias y financieras por la autoridad, con las consiguientes declaratorias de quiebras, no solo de empresas vinculadas a los grupos económicos relacionados con los bancos intervenidos, sino que también al resto de la industria, partiendo por las industrias textiles algodóneras y otras de diferentes giros, que no pudieron sortear el repentino cambio de las políticas monetarias que se implantaron en la época. Lo anterior significó que a comienzos de los ochenta, el número de quiebras subiera sustancialmente, llegando solo en un año a superar las 1.800 falencias.

En el escenario descrito, resultaba indispensable poner en funcionamiento esta nueva normativa concursal - QUE EN LO SUSTANCIAL - entregaba la administración de las quiebras a síndicos privados, a quienes se les dotó de una normativa tal que les podría permitir bajar los tiempos de tramitación de los procesos y, fundamentalmente, acelerar la venta de activos; en esta ley se crea la Fiscalía Nacional de Quiebras, encargada de supervigilar la actuación de los síndicos, entidad que estaba llamada además, a ser un actor importante en la prosecución de las responsabilidades penales, derivadas de la quiebra donde se presumía una actuación dolosa o culposa de los fallidos.

Durante casi treinta años de vigencia de esta ley, se efectuaron ocho modificaciones; que podemos resumir muy sucintamente como sigue:

a.- La primera de ellas, se encuentra establecida en la **Ley 18.598**, de fecha 5 de Febrero del año 1987, que introdujo modificaciones a los artículos 100, 112, 113, 114 y 115 que apuntaban a mejorar la administración y funcionamiento de las empresas donde se decreta la continuación de giro; esta misma Ley, incorporó el primitivo art. 177 bis, que pasó a facilitar la tramitación de los convenios, al otorgarse un plazo de 90 días de protección, período en que el deudor no puede ser declarado en quiebra ni ejecutarse sus bienes, siempre que el convenio lo apoye "*la mayoría de los acreedores que representen a lo menos el 51% del total pasivo*", norma que como veremos más adelante, fue perfeccionada por otra reforma; finalmente esta disposición,

agregó al artículo 219, una presunción de quiebra culpable, dada sobre la base de agravar el mal estado de los negocios, durante el período de protección de los 90 días antes señalado.

b.- Una segunda reforma se realiza el 13 de Junio del año 1992, al dictase la **Ley 19.144**, que trató de perfeccionar las disposiciones de los artículos 123, 124, 125 y 127 de la Ley, relativo a la venta de activos y, particularmente, la venta bajo la modalidad de Unidad Económica.

c.- El 30 de Septiembre del año 1993, se dictó la **Ley 19.250**; esta tercera reforma, que aunque se refirió a un solo artículo no fue menor, porque incorporó al artículo 148 que regula el pago de los créditos privilegiados de la primera clase, un solo inciso que señala: "*Los créditos privilegiados de la primera clase preferirán a todo otro crédito preferente o privilegiado establecido por leyes especiales*", por esta vía normativa, se zanjó una lata discusión respecto de la llamada súper preferencia, que por un tiempo la doctrina y parte de la jurisprudencia le confirió a los créditos garantizados por el antiguo sistema pignoraticio prenda industrial. Con esta reforma, los créditos laborales mantuvieron indemne su privilegio.

d.- La cuarta reforma data del día 31 de Marzo del año 2002, fecha en que se dictó la **Ley 19.806**, que modificó los artículos 17, 18, 60, 113, 117, 222, 223, 226, 228, 234, 236, 239, 240 y 263 en lo que dice relación con la nueva entidad que nace - **SUPERINTENDENCIA DE QUIEBRAS** – que reemplaza a la Fiscalía Nacional de Quiebras y realiza una serie de adecuaciones de redacción para sustituir cualquier referencia al antiguo sistema de enjuiciamiento penal, por el nuevo procedimiento oral de este carácter.

e.- La **Ley 20.004** dictada con fecha 8 de Marzo del año 2005, establece una importante modificación, entregando mayores facultades de fiscalización a la Superintendencia de Quiebras, que alcanza incluso a los ámbitos disciplinarios para los síndicos y nuevas modalidades para la designación de éstos en las quiebras y convenios, cumplimiento con ello un anhelo importante: dotar de imperio suficiente al órgano fiscalizador y transparentar el proceso de designación de síndicos en los concursos, dado que a esa fecha, el sistema imperante había demostrado su flaqueza porque por un buen tiempo se prestó para arbitrariedades sobre la materia.

f.- El 24 de Noviembre del año 2005, se hace un ajuste técnico desde el punto de vista normativo, ordenándose incorporar la ley concursal al **Libro IV del Código de Comercio**, con exclusión de las disposiciones orgánicas de la Superintendencia de Quiebras, reservándose para ésta, el número de la Ley 18.175.

g.- El 29 de Noviembre del año 2005, se dicta la **Ley 20.073** que estableció una reforma a los Convenios Judiciales, mejorando la redacción del artículo 177 bis; incorporando la institución de los "*expertos facilitadores*", llamados a hacer los encausadores de los acuerdos entre el deudor y sus

acreedores; estableció el llamado "*convenio obligado*" como herramienta que se le otorga al acreedor para conminar que su deudor formule proposiciones de convenio, bajo apercibimiento de ser declarado en quiebra si no lo hiciera dentro del plazo establecido por la Ley; introdujo el arbitraje obligatorio para el conocimiento y fallo de los convenios que deben presentar las sociedades que se encuentran sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros; introdujo además el arbitraje voluntario, para aquellas proposiciones de convenio que cuenten con la determinación para el cambio de jurisdicción, de acreedores que representen un porcentaje importante del pasivo y, algunas normas que de una u otra forma procuraron dar mayor celeridad a la tramitación de este acuerdo judicial celebrado entre el deudor y sus acreedores, antes de la declaratoria de quiebra y que precisamente se acuerda para evitarla. Adicionalmente esta Ley, amplió a dos años el plazo de prescripción para el ejercicio de las llamadas acciones concursales de inoponibilidad y, estableció el procedimiento sumario para la tramitación de estas acciones, por oposición del procedimiento ordinario establecido hasta esa fecha.

h.- Finalmente, la última reforma se establece al dictarse la **Ley 20.190** de fecha 5 de Junio del año 2007, que incorpora en el artículo 69, como integrante del compendio de obligaciones conexas que sí permiten la compensación concursal, las operaciones que aún siendo de distinta moneda, emanen de operaciones de derivados y señala ejemplos de los instrumentos que pueden contener estas operaciones; adicionalmente, en el artículo 147 regula el pago de los créditos valistas en relación a los créditos subordinados de esta misma clase y se agrega al artículo 137, la situación de las impugnaciones que puedan realizarse a este tipo de créditos.

En treinta años de vigencia de la Ley de quiebras se realizaron ocho reformas y, las preguntas que corresponden hacer son: a) ¿Se redujeron los tiempos de tramitación del juicio de quiebra y, consecuentemente, se agilizó el procedimiento de reasignación de recursos a la economía, por la enajenación rápida de activos inmovilizados?; b) Comparativamente con otros países, ¿el costo del procedimiento y el porcentaje de recuperación de los créditos es aceptable?; c) ¿Cómo ha sido el comportamiento del sistema de inoponibilidades concursales, en cuanto a recomposición del patrimonio del fallido, cuando han salido activos en fraude de los acreedores? d) La actual normativa concursal en el ámbito de los convenios, ¿constituyen herramientas útiles para salvar las compañías viables, determinando con rapidez, aquellas que necesitan someterse a una liquidación de activos o mantenerse en el proceso de quiebra? y, en este mismo orden de ideas, ¿esta ley es acogedora para que los deudores anticipen la solución a su estado de insolvencia y puedan con éxito seguir en el mercado? y, e) Finalmente y en materia penal, durante estos 30 años, las normas establecidas en los artículos 219 y 220 de la Ley, que describen conductas punibles bajo la técnica legislativa de las presunciones de insolvencia punible de carácter culpable o fraudulenta, ¿fueron suficientemente claras para facilitar el ejercicio punitivo del Estado, frente a los delincuentes económicos

que provocaron o agravaron deliberadamente su estado de insolvencia o, que por actos negligentes en la administración de sus bienes, generaron perjuicio a los acreedores?

II.- ESTADÍSTICAS PARA EL ANÁLISIS

En cuanto a la primera interrogante que se refiere a la rapidez en la tramitación del juicio de quiebras y, consecuentemente, a la agilización del proceso de reasignación de recursos a la economía, por la enajenación rápida de activos inmovilizados, podríamos en principio estar satisfechos, porque estos tiempos se redujeron a la mitad; es decir de algo más de ocho años promedio que teníamos como duración en los procesos de quiebra cuando en el año 1982 se dictó la Ley 18.175, hoy este promedio es de cuatro años y medio ¹; sin embargo, no hay mucho que festejar, porque en países como Colombia, este plazo es de un año tres meses; en tanto que en Bolivia este promedio sube levemente a un año ocho meses ²; en cuanto a los costos asociados al proceso, cuando en Chile en los años 2009 al 2012, alcanzaron un promedio del 15% del valor de los activos enajenados; en Colombia es del 1% y en Uruguay es el 7% ³; finalmente la recuperación de créditos también es deficitaria en nuestro proceso concursal, porque solamente alcanza en el mejor de los casos (año 2011) al 28,2% del los créditos reconocidos, en tanto que en los países antes citados llega al 82,8% y 43,4%, respectivamente.⁴

En el año 2007, Chile pasó a convertirse en país miembro de la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE)**, organismo del cual forman parte 30 países que comulgan con los más importantes principios de las sociedades modernas, como lo es la democracia y del libre mercado. De este selecto grupo formado por 30 países, 27 son considerados economías desarrolladas y sólo tres economías en vías de desarrollo o de ingresos medios como lo son Polonia, Turquía y Méjico; en consecuencia, es extraordinariamente meritorio nuestra incorporación a esta organización, razón por la cual, debemos modificar muchas instituciones económicas y cuerpos normativos para alcanzar algunos de sus estándares. En lo que a nuestra materia se refiere, comparémosnos solamente con Noruega: la duración de los procesos de liquidación de activos en insolvencia, dura nueve meses, con un costo del 1% del valor de los activos enajenados y con una recuperabilidad de los créditos que alcanza al 90,6% ⁵. Convengamos que esta comparación obviamente que nos invita a pensar en sustituir totalmente

¹⁻²⁻³⁻⁴ Fuente ranking Doing Busines del Banco Mundial.

⁵ Fuente citada en notas 1,2,3 4.

nuestro sistema concursal, para poder ser considerados como pares en esta organización.

Nos preguntamos cómo ha sido el comportamiento del sistema de inoponibilidades concursales, en cuanto a recomposición del patrimonio del fallido, cuando han salido activos en fraude de los acreedores. Para responder lo anterior, remitámonos a nuestra jurisprudencia⁶; en casi 30 años de vigencia de la Ley de Quiebras, no se han dictado más de once sentencias sobre la materia; ¿qué ha sucedido hasta la fecha?: ¿los fallidos han tenido un comportamiento extraordinario?: ¿el plazo de prescripción de la acción de inoponibilidad (un año) era muy breve hasta la dictación de la reforma de la **Ley 20.073** de fecha 29 de Noviembre del año 2005, que extendió este plazo a dos años? y, en ambos, casos contados desde la celebración del acto o contrato; ¿o definitivamente nos encontramos con un conjunto de normas anacrónicas, poco claras, de difícil aplicación y que lo único que han logrado es entorpecer soluciones concursales para superar las crisis de Compañías, que no pueden acceder a recursos mediante la disposición de activos (v.gr. leaseback o factoring), por temor a la sanción civil de inoponibilidad, aunque se acredite fehacientemente que estos recursos ingresaron a la caja de la Compañía y se utilizaron en la operación para abastecimiento y/o para el pago de créditos de mejor derecho, como son las cotizaciones previsionales y las remuneraciones?

Ahora bien; cabe analizar además si la actual normativa concursal en el ámbito de los convenios, constituyen herramientas útiles para salvar las compañías viables? Para responder esta interrogante es necesario referirnos a un estudio realizado por la Superintendencia de Quiebras ⁷ a partir de la reforma del año 2005, cuando se dicta la **Ley 20.073** que estableció una supuestamente importante reforma a los Convenios Judiciales; desde el año 2006 a la fecha, solamente ingresaron a tramitación 45 Convenios Judiciales Preventivos; es decir, al parecer algo está sucediendo. Conforme a las propuestas que más adelante se indicarán, procuraremos destrabar esta parte de la ley concursal, proponiendo cambios sustanciales de modo que la normativa concursal, cumpla su objetivo.

Para culminar el análisis de las interrogantes formuladas con motivo de estos 30 años de vigencia de la Ley de Quiebras, podemos señalar que no hay nada auspicioso en materia penal; solamente se dictaron 33 sentencias por quiebra fraudulenta o culpables; al igual que en el caso anterior, formularemos una propuesta para que definitivamente se cuente con una normativa penal que le otorgue al Estado una eficacia en la imposición punitiva para aquellos que dolosamente afectan a los bienes jurídicos de fe pública y de la propiedad, que individual o pluriofensivamente se dan en los actos provocativos de insolvencia.

⁶ Sistematización de Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de la Ley de quiebras, entre los años 1982 y 2011; Memoria de Prueba e .t. aprobación, Postulante Sr. Hermes Ortega Jara, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Profesor Guía quien suscribe el presente artículo.

⁷ Estudio sobre efectos de la Ley 20.073- Superintendencia de Quiebras.

III.- LAS DEFICIENCIAS DEL ACTUAL SISTEMA CONCURSAL

En el ámbito civil, existen distintos estudios ⁸ que han formulado una suerte de catálogo de las causales por las cuales, nuestra normativa concursal no sirve en la actualidad, para lograr los estándares de eficiencia; estas causales se resumen como sigue:

a. *"La administración del sistema está entregado a la justicia ordinaria, que carece de conocimientos específicos y que no dispone del tiempo suficiente";* b. *"El procedimiento es poco ágil, y los plazos y medios suelen ser excesivos";* c. *"La insolvencia tiene un efecto infamante que aleja a los deudores del sistema concursal formal". "Quien es declarado en quiebra es percibido como una persona que no es sujeto de crédito futuro";* d. *"La forma como se trata la quiebra fraudulenta es inadecuada e incita a que los deudores eviten entrar al sistema".*

Nosotros podríamos agregar además que los procesos de liquidación de activos son lentos y solamente se privilegia la venta, sin buscar las mejores alternativas de precios; en realidad, no se le puede pedir al síndico que sea un Banco de Inversiones, con niveles de relaciones comerciales importantes que permitan colocar bien los productos, porque la ley establece procedimiento rígidos de enajenaciones, salvo que al efecto medie la voluntad del fallido, donde se pueda explorar una forma distinta de venta, según lo ordena el actual artículo 123; si embargo, en los casos que el síndico ha actuado como liquidador de convenios de liquidación ordenada de bienes (v.gr. Grupo Inmobiliario Marbella de la V Región y textiles Pollak S.A de la región metropolitana), los resultados han sido totalmente distintos y la recuperabilidad de los créditos en ambos casos superó el 80%.

En materia de determinación del pasivo, también nos encontramos con un procedimiento engorroso y lento, particularmente, cuando se presentan impugnaciones de créditos, donde los fallos se eternizan, no obstante que el artículo 5° de la Ley, establece un procedimiento incidental; sobre el particular, cabe señalar que un buen proceso de reasignación de recursos a la economía en materia de concursal, no solamente apunta a la velocidad en la venta de los bienes sino que también al pago de los acreedores, porque obviamente que esta inyección de recursos, contribuye a la circularización de activos productivos en el sistema.

Podemos agregar además, que dentro de los costos al proceso, que por cierto repercuten obviamente en los porcentajes de recuperabilidad de los créditos, nos encontramos con comisiones de ventas, que muchas veces son desproporcionadas frente a las gestiones simples asociadas a ella, tenemos los costos de publicidad y, notificaciones en el Diario Oficial, de aquellas

⁸ Ministerio de Economía – Consejo Asesor para perfeccionar el proceso de entrada y salida de empresas – Marzo del año 2010, entre otros.

resoluciones que la Ley ordena notificar por avisos; un moderno sistema concursal, como el que más adelante se propone, debiera hacerse cargo del tema para minimizar estos costos.

En materia de convenios, la baja tasa de uso de esta modalidad concursal (45 Convenios Judiciales Preventivos tramitados desde el año 2006) que buscan obtener alternativas de salidas a la quiebra de las Compañías que enfrentan crisis financieras, obedece entre otros aspectos, a que la Ley no es lo suficientemente atractiva para entrar al proceso, particularmente porque los deudores temen agravar más su situación, cuando hacen evidente la necesidad de una estructura de pagos distintas a sus obligaciones; por de punto, todas las Compañía que pertenecen a determinados Registros Públicos o Privados, para ser considerados contratistas o proveedores de cualquier servicios, son separados de estos registros por la sola circunstancia de presentar proposiciones de convenios.

En lo estrictamente normativo, no se divisa la razón por la cual los acreedores privilegiados, no pueden ingresar a una estructura de convenios, por cuanto si votan pierden su preferencia, reservando solamente los convenios para los acreedores valistas, cuando en la práctica resulta ser indispensable contar con la voluntad de los primeros para cualquier proceso de reestructuración financiera. Tampoco la ley permite abrir el convenio a categorías de acreedores, permitiendo un tratamiento distinto para algunos, cuando obviamente medie una voluntad mayoritaria.

Otro de los aspectos que aleja el convenio al uso como herramienta concursal, es que a diferencia de la quiebra, no se les puede otorgar a los proveedores la nota de debito, correspondiente al IVA que pagaron en su oportunidad. Además existe falta de claridad en la determinación de los acreedores a quienes el convenio les afecta (en la masa) y aquellos posteriores a su presentación (de la masa), que deben tener un pago preferente y la forma en que se debe llevar a afecto la votación del convenio, que es tediosa, de juntas extremadamente tomentosas y con una definitivamente mala normativa para la llamada "*compra del voto*", del acreedor disidente, que incluso la jurisprudencia no ha podido aclarar del todo.

A todo lo anterior, hay que agregar que la actual ley de quiebras no tiene ninguna normativa que permita regularizar el ingresos de recursos frescos a Compañías que se encuentran en proceso de tramitación de convenios, sea por la venta o enajenación de activos prescindibles (v.gr leaseback o factoring) o bien, por la incorporación directa de fondos, por cuanto ronda como ánima en pena, la llamada "*acción pauliana*", que por estar mal tratada en la Ley, entorpece más que ayuda.

Finalmente y como circunstancia adicional, milita contra el uso de los convenios, la actual prohibición que tiene la banca para capitalizar créditos y el tiempo muy breve que se le otorga para liquidar sus activos adjudicados,

situación que impide que entren en interesantes procesos de restructuración, como el que recientemente se aprobó en el convenio judicial preventivo de Empresas La Polar S.A.

En materia de delitos concursales o como lo señala la doctrina penal, de insolvencia punible de carácter culpable o fraudulenta, observamos como deficiencia base mantener el anacrónico sistema de las presunciones, para la descripción de conductas punibles; en la especie no cabe la presunción de responsabilidad penal porque es inconstitucional; ahora bien, en lo estrictamente normativo, consideramos que en una economía moderna, no se puede sancionar con penas de cinco años de prisión, al deudor mercantil (calificado) que no pida su propia quiebra, dentro de los quince días siguientes al haber cesado en el pago de una obligación comercial (art.219 N°4 Libro IV del Código de Comercio). De acuerdo a esta norma, el deudor que deja de pagar una factura y no pide su quiebra dentro del plazo señalado, debe tener una sanción penal; sin embargo, en la propia ley, nos encontramos con otra norma que señala que el respectivo acreedor - A QUIEN OBVIAMENTE LE AFECTA EL NO PAGO DE SU CRÉDITO - no puede solicitar la quiebra de este deudor, porque la factura no tiene la calidad de "TÍTULO EJECUTIVO", salvo que haya mediado su notificación judicial, instrumento indispensable para configurar la causal de petición de quiebra.

Incongruencias normativas como la indicada y otras, principalmente vinculadas a las figuras de insolvencia punible de carácter culpable, que aparecen descritas como presunciones en el citado art.119 del Libro IV, que por cierto son obsoletas, imponen la necesidad de la derogación de la normativa punitiva de la quiebra, para dejar paso al Código Penal, en lo términos que más adelante señalamos.

Estamos ciertos que esta propuesta puede ser muy discutida, principalmente si se mira el tema de la objetividad jurídica que está presente en los delitos de insolvencia punible.

En efecto, como sabemos: cualquier cuerpo legislativo siempre ha de tener en consideración, elementos valóricos para crear normas punibles destinadas a sancionar aquellas conductas que, en función de los referidos elementos valóricos, pueden considerarse como dañinas para el normal funcionamiento del cuerpo social.

Se considera dañina una conducta cuando afecta un interés. El interés es la posición subjetiva que las personas tienen para valorar determinados bienes; estos bienes pueden ser de orden material o inmaterial.

Cuando estos bienes se elevan a la categoría de necesarios para el funcionamiento de la sociedad, el legislador los protege con la norma penal, que conlleva una sanción para quien ataca estos bienes.

Este es el fundamento de lo que en doctrina penal se denomina la objetividad jurídica o los bienes jurídicos protegidos. Así, el bien inmaterial - vida humana- se protege con las normas que sancionan el homicidio, el parricidio, el infanticidio etc.; el bien integridad física, se protege con las normas que sancionan las conductas que provocan lesiones en las personas; el patrimonio como bien material, se protege con todas las normas que sancionan las conductas que atentan contra el derecho de propiedad; v.gr. robos, hurtos, defraudaciones, etc.

La determinación y precisión de los bienes jurídicos nos sirve para saber quienes son los titulares de la acción penal. En doctrina penal concursal, no existe uniformidad en precisar si la objetividad jurídica esta en la protección del crédito, como parte del derecho de propiedad o de la fe publica de la cual se nutre el crédito; por esta razón y para los efectos de la propuesta de reforma al ámbito penal de la Ley de quiebras que más adelante se propondrá, nos quedamos con la posición de Francesco Antolisei ⁹ en orden a considerar que estamos frente a un delito pluriofensivo, donde no solamente se atenta en contra del derecho de propiedad de los acreedores, sino que también se atenta en contra de la fe pública.

IV.- PROPUESTAS DE CAMBIO AL ACTUAL SISTEMA CONCURSAL

Conforme a lo expuesto en el capítulo anterior y particularmente al constatar que existen numerosos tópicos que están en el actual procedimientito de quiebras y que impiden contar con una normativa de tutela, que permita la conservación de la empresa viable, facilitando el ingreso oportuno al sistema de concursos de empresas que requieren superar crisis financieras incipientes y que sea extraordinariamente rápido para liquidar los activos de aquellos deudores, que definitivamente no tienen alternativas de reorganización de sus pasivos, consideramos necesario no seguir haciendo modificaciones o parches normativos, representados en numerosas disposiciones **bis**, **ter**, **quáter** etc.. Necesitamos una NUEVA LEY DE CONCURSOS, que parta por cambiar la denominación de la Ley de quiebras y los conceptos de los agentes que intervienen en el procedimiento concursal.

Esta nueva Ley, debiera comprender un cambio sustantivo en aspectos tales como hacer compatible con la judicatura ordinaria, el procedimiento arbitral, no solo para los convenios como ocurre hoy, sino que también para las quiebras de medianas y grandes empresas, cuando así lo determine un % no menor de acreedores, en la Junta Constitutiva.

Debe ser más expedita la dictación de la sentencia de quiebra, sobre la base de clarificar sus causales, eliminando algunos recursos que sobre la materia hoy reconoce la Ley y que dilatan el proceso final de ventas de activos.

⁹ Manual Diritto Penale

Del mismo modo, debieran limitarse los incidentes dentro del mismo procedimiento para hacerlo más flexible.

En cuanto al procedimiento de liquidación del activo, debiera buscarse una fórmula que minimice sus costos, para mejorar los índices de recuperabilidad de los créditos reconocidos, eliminando además, la voluntad del fallido para los casos de ventas especiales que hoy se establecen en el artículo 123.

En cuanto a los convenios o acuerdos que al efecto se celebren con los acreedores, ya sea para evitar un proceso de quiebra o alzar una ya declarada, se requiere una normativa que regule bien el acceso a nuevos recursos que se requieren en el tiempo intermedio de la tramitación del convenio, de modo de compatibilizar la necesidad de la Compañía, con el resguardo de los intereses de los acreedores. Adicionalmente, se debiera permitir la participación en este acuerdo de voluntades (Convenios), a los acreedores garantizados sin que por intervenir pierdan su garantía, estableciendo además, una regulación normativa que posibilite el convenio por clases o categorías de acreedores.

Tratándose de acuerdos de reprogramación y giro, debiera estudiarse el impacto fiscal si se permite el beneficio de la entrega de notas de débitos, a los proveedores de un convenio, en los mismos términos que hoy existe para las quiebras.

Al igual que en el **CHAPTER ELEVEN DEL BANKRUPTCY CODE** de los EEUU, debiera permitirse posposiciones de convenio de reprogramación, donde se conceda un plazo para que el deudor o un tercero mandatado por éste, desarrolle un plan de reorganización de sus negocios, que implique una proposición futura de cualquier modalidad de pago de los créditos.

En cuanto la parte penal de la quiebra, consideramos que deben eliminarse todas presunciones de "quiebra culpable", porque en la propia ley de quiebras y, probablemente en la nueva Ley Concursal que se propone, nos encontraremos con disposiciones del orden civil de carácter pauliano que constituirán suficiente tutela para los acreedores. Mediante estas normas, se podrán dejar sin efecto los actos o contratos ejecutados con grave daños para ellos, sin que sea necesario poner en marcha el aparato punitivo del Estado, que debe estar destinado a sancionar las conductas revestidas de una intencionalidad dolosa, que provoquen un estado de quiebra o bien que agraven este estado.

No postulamos la despenalización de estas conductas para favorecer a los malos o negligentes empresarios; lo que se trata es que éstos tengan algún grado de movilidad que le permita salir de su estado deficitario que muchas veces puede ser transitorio. En efecto, no puede sancionarse con cinco años de prisión a quien paga a un proveedor después de encontrarse en un estado temporal de cesación de pagos; muchas veces ese proveedor es clave para mantener en funcionamiento el negocio.

En cuanto a las conductas de "quiebra fraudulenta", consideramos que es necesario dejar de lado la técnica legislativa de las "presunciones" para describir estas conductas, porque en materia penal no puede presumirse la responsabilidad del inculpaado, máxime ahora que con motivo del nuevo procedimiento de enjuiciamiento oral, la presunción de inocencia constituye una máxima del proceso.

Lo que corresponde en consecuencia, es que apartándose de la técnica de las presunciones, que entre otros aspectos afecta al principio de culpabilidad que debe observarse al imponer sanciones, se formule un tipo penal único, claro y moderno de conductas que obviamente se consideran como de insolvencia punible y constitutivas de delitos, tales como: la enajenación supuesta de activos en perjuicio de los acreedores; el ocultamiento; la alteración o inutilización de los antecedentes contables y, en general, la ejecución dolosa de operaciones tendientes a disminuir o aumentar el pasivo.

Por esta razón parece de toda lógica llevar las descripciones de conducta que puedan significar una insolvencia provocativa de una Compañía o la ejecución que importen actos dolosos para no expresar la realidad del patrimonio del deudor, al Código Penal, dejando la Ley de Concursal sólo como una norma general de tutela, en los aspectos netamente civiles.

NELSON CONTADOR ROSALES
PROFESOR DE DERECHO COMERCIAL



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

Las opiniones vertidas en esta publicación son de estricta responsabilidad del autor y no representan necesariamente la opinión de la Superintendencia de Quiebras.

- Diciembre 2011-

