

RELACIÓN ENTRE EL PRESUPUESTO MATERIAL OBJETIVO DE LOS CONCURSOS (LA INSOLVENCIA) Y LA SOLICITUD DE CONCURSO VOLUNTARIO EN LA LEY 20.720

RELATIONSHIP BETWEEN THE OBJECTIVE MATERIAL BUDGET OF THE CONTESTS (INSOLVENCY) AND THE REQUEST FOR A VOLUNTARY CONTEST IN LAW 20.720

MAURICIO ORTIZ SOLORZA*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: En el procedimiento de liquidación voluntaria y de reorganización judicial y/o extrajudicial, a diferencia de la liquidación forzosa (artículo 117 Ley 20.720 –en adelante LC–), no se exige, en forma explícita, la concurrencia de algún hecho revelador del estado de insolvencia del deudor, lo que no significa su total ausencia como presupuesto de los mismos.

ABSTRACT: *In the procedure of voluntary liquidation and judicial and / or extrajudicial reorganization, unlike forced liquidation (article 117 Law 20.720 -hereinafter LC-), the concurrence of some revealing fact of the state of insolvency of the debtor, which does not mean its total absence as a prerequisite for them.*

PALABRAS CLAVE: insolvencia; procedimiento concursal voluntario; liquidación voluntaria; procedimiento concursal de reorganización.

KEY WORDS: *Insolvency; voluntary bankruptcy procedure; voluntary liquidation; reorganization bankruptcy procedure.*

* Mauricio Ortiz Solorza; Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales PUC, Profesor (Asociado) de Derecho Comercial, Facultad de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción, ciudad de Concepción; DEA en Derecho Empresarial Universidad de Sevilla, España, Doctorando en Derecho por la misma Universidad; Abogado Integrante I. Corte de Apelaciones de Concepción; Dirección: Lincoyán 255 Concepción; correo electrónico: mauricio.ortiz@ucesc.cl.

1. Los presupuestos del concurso y la manera cómo se agrupan

La denominación genérica “*presupuestos del concurso*” alude a aquellos requisitos previos que, también con otras variadas denominaciones (causas, motivos, supuestos, elementos constitutivos, *condiciones iuris*, etc.), justifican y determinan el nacimiento y desarrollo de la concreta relación jurídico-procedimental en que consiste el concurso de acreedores, radicada en nuestro caso –por tratarse de una empresa deudora (en adelante deudor)– en el procedimiento concursal de liquidación, de reorganización judicial y/o de reorganización extrajudicial o simplificada.

Estos requisitos o presupuestos deben existir al momento de dar inicio al procedimiento concursal respectivo, siendo la ocurrencia de éstos totalmente irrelevante con posterioridad.

Según expresa Vázquez Cueto, los presupuestos del concurso consisten en una serie de condiciones o requisitos para que se abra el procedimiento concursal, a fin que el deudor sea declarado concursado y se desencadenen los efectos jurídicos que derivan de tal declaración¹. Son motivos o causas que justifican el desarrollo de un procedimiento concursal y que actúan como supuestos o requisitos previos, de cuya concurrencia depende la apertura de dicho procedimiento, como *condiciones iuris* determinantes de la relación procedimental, según lo expone Rodríguez de Quiñones y De Torres².

Tradicionalmente, en doctrina, los presupuestos del concurso suelen ser agrupados en dos categorías o clases, según revistan una naturaleza material o sustantiva, o, en su caso, una formal, adjetiva o procesal.

En definitiva, pueden tener la calidad de presupuesto material o formal³.

El presupuesto de naturaleza *material* puede ser de corte *subjetivo* u *objetivo*. Los primeros fijan las cualidades que es preciso cumplir para ser concursado, esto es, para ocupar la parte pasiva de la relación jurídico-procedimental que se entabla mediante el concurso de acreedores. El segundo determina la situación o conjunto fáctico que ha de evidenciarse (el *estado de insolvencia*) para que el Ordenamiento jurídico brinde su tutela a través del instituto concursal.

El presupuesto de índole *formal* no se halla explícitamente recogido como tal por LC. De este modo, el concurso de acreedores se asienta sobre un determinado procedimiento que parte de un pronunciamiento judicial, como es, la *declaración judicial del concurso*, el cual es su presupuesto formal, declaración que precisa –a su vez– de una *solicitud* previa, a instancia de interesado.

2. El presupuesto formal: La resolución que declara el concurso, previa solicitud de parte interesada

El presupuesto formal está constituido por aquellas condiciones adjetivas o procesales sin las cuales el procedimiento no se inicia ni despliega sus efectos. En definitiva, consiste en una declaración judicial dictada por el tribunal competente, previa solicitud efectuada por el deudor

¹ VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “Los Presupuestos materiales del concurso” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima quinta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, p. 127.

² RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, “Derecho Concursal” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vigésima edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2017, p. 799.

³ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Derecho Concursal*, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015, pp. 53 y 54. El autor al tratar los presupuestos de los procedimientos concursales indica que: “para que tengan aplicación se requiere que exista la causa, esto es, la situación patrimonial de imposibilidad de pagar que afecta a una empresa o persona deudora y la reacción de alguno de los afectados, los acreedores y la propia empresa o persona deudora, que ocurre ante el tribunal competente o ante el órgano administrativo pertinente, para lograr que se dicte la resolución respectiva”. Concluye que la “causa” y la “acción” son los dos grandes presupuestos de los procedimientos concursales.

o, según corresponda, por el o los acreedores (para el caso de la liquidación voluntaria o forzosa, respectivamente), o, únicamente, a instancia del deudor en falencia, en el caso del procedimiento concursal de reorganización; sea éste judicial o extrajudicial (este último también denominado simplificado).

Aunque no se hayan recogido expresamente como tal, en la LC encontramos en esta categoría la “solicitud de concurso” y la consecuente “resolución que lo inicia” dictada al efecto por el tribunal competente, esto es, el que corresponda al domicilio del deudor. Igual cosa ocurre en la Ley 2/2003, de 9 de julio, concursal, que disciplina los concursos de acreedores en España (en adelante LCE)⁴.

Para mayor claridad en el análisis, se hará un distingo entre el procedimiento concursal de liquidación y el de reorganización judicial y/o extrajudicial o simplificado.

2.1 Procedimiento concursal de liquidación

En este caso, en lo que respecta a la solicitud de concurso, distinguiremos, a su vez, según se trate el sujeto activo que lleve adelante la petición (el propio deudor o, en su caso, alguno o algunos de sus acreedores), entre liquidación voluntaria y forzosa.

Eso sí, todo lo que se diga con respecto a la resolución que inicia el procedimiento concursal de liquidación, cuyo contenido se disciplina en el artículo 129 LC, será común, esto es, aplicable a ambas categorías de concurso, atendida la expresa remisión legislativa que efectúa el art.116 LC al art. 129 LC.

2.1.1 Procedimiento concursal de liquidación voluntaria

La solicitud de liquidación efectuada por el propio deudor se disciplina en los arts. 115 y 116 LC. En el primero se hace mención a los antecedentes y/o documentos que deben ser acompañados a la respectiva solicitud. En el segundo se prescribe que el tribunal llamado a conocer de la misma -previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la disposición 115 LC y, también, de aquellos relativos a la nominación del liquidador contemplados en el art. 37 LC- deberá proceder a la dictación de la respectiva resolución de liquidación disciplinada en el art. 129 LC.

Ahora bien, relativo a la solicitud de liquidación voluntaria, es menester esbozar, desde ya, dos reflexiones, las cuales resultan del más alto interés.

En primer término, la carencia de facultades legales en favor de los demás “interesados” (que no sea el deudor) en el marco del procedimiento concursal que se inicia (a saber: acreedores –proveedores o suministradores–, trabajadores y, en general, terceros con interés), que los habilite para plantear excepciones o defensas contra la solicitud de liquidación del deudor, a efectos que no

⁴ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “El Presupuesto Formal del Concurso. El Procedimiento de Declaración de Concurso Derecho”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima quinta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013, pp. 155 y 156. Los autores con el afán de esclarecer el presupuesto en comento, indican sobre el particular que “el tránsito de la condición de simple deudor a la de concursado y el desencadenamiento de los efectos del concurso sobre el deudor, sus créditos y los contratos que mantiene en vigor requieren de una declaración judicial dictada en el marco de un juicio instado por una parte legitimada para ello”, aclarando que “la declaración de concurso se rige por el principio de rogación” (no obstante algunas “salvedades” y “matices” sobre el particular expuestas por los propios autores). Concluyen indicando que “la declaración de concurso representa la resolución judicial que pone fin a un proceso iniciado a instancia de parte y en el que el juez debe desarrollar una actividad de cognición de diversa intensidad según los casos, fundada en las alegaciones de los comparecientes y en la prueba propuesta y practicada, y previa la admisión a trámite de la solicitud”. De este modo la declaración judicial de concurso, iniciada a solicitud de parte interesada, constituye en España -al igual que acontece en la legislación nacional chilena- el presupuesto formal del concurso.

se verifique la correspondiente declaratoria de la misma. En efecto, sólo se consagra en favor del propio deudor, acreedores y de terceros el recurso de apelación contra la resolución que declara la liquidación, esto es, ya gatillado el concurso, sin que tampoco, posteriormente proceda recurso alguno—ordinario ni extraordinario— contra la resolución de segunda instancia que se pronuncie sobre la apelación planteada (art.129, inciso final, LC).

A nuestro juicio, la carencia de facultades en favor de los demás “*interesados*” en el procedimiento concursal que se inicia, en los términos indicados, trae consigo un debilitamiento considerable de los mecanismos de control puestos al frente de aquella facultad que ostenta el deudor de solicitar su propia liquidación, teniendo en cuenta que hoy el único que posee atribuciones “*de freno*” de las pretensiones del deudor es el tribunal encargado de conocer la solicitud de liquidación.

Una segunda reflexión, al hilo de la primera, construida en base a las facultades que posee el tribunal correspondiente frente a una solicitud de liquidación presentada por el propio deudor, al parecer de algunos, estas apuntarían más bien a un examen meramente formal o “*check list*” del cúmulo de antecedentes exigidos en el art. 115 LC, en vez de consistir en un análisis de conjunto o más bien global de los mismos, desplegado con el afán de poder determinar el real estado de insolvencia por el cual atraviesa el deudor solicitante, en su condición de presupuesto material objetivo del concurso, considerado como la causa de éste.

Este contrapunto será desarrollado en el apartado relativo al vínculo o conexión existente entre el presupuesto formal (compuesto, además de la declaración de inicio del concurso, por la solicitud de liquidación voluntaria efectuada por el propio deudor) y el presupuesto material objetivo (concretado en la insolvencia como causa del concurso).

Ahora bien, en lo que dice relación a los antecedentes que deben ser acompañados en la respectiva solicitud de liquidación voluntaria (art.115LC)⁵, destaca aquel requerido en el numeral 3 de la citada disposición, en el cual se exige la “*relación de sus juicios pendientes*”. En efecto, a nuestro entender, la “*relación de juicios pendientes*” no debe ser entendida como una condición “*sine qua non*” para dar curso a la solicitud de liquidación (al extremo de ser tenido como un presupuesto de admisibilidad procesal), de modo tal que su incumplimiento -por no existir juicio alguno en contra del deudor- pueda servir de fundamento para el rechazo de la solicitud de liquidación respectiva⁶. En la vereda del frente también han existido pronunciamientos de los tribunales de justicia que han sostenido la postura contraria⁷, cobrando sentido, de este modo, la exigencia relativa a la “*relación de juicios pendientes*” si se tiene en cuenta que en la LC no se disciplina la denominada

⁵ Según la disposición legal citada, es menester acompañar el listado de los bienes del deudor (con señalamiento del lugar en que se encuentran, de los gravámenes que le afectan, indicando, a su vez, aquellos bienes que se encuentran excluidos de la liquidación); el estado de sus deudas con individualización de sus acreedores; la nómina de sus trabajadores, con señalamiento de su situación contractual y de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas (exigencia motivada por el efecto extintivo de la relación laboral que trae consigo la resolución de liquidación, según se expresa el art. 163 bis del Código del Trabajo; en adelante C del T); sin perjuicio del respectivo balance, en caso que el deudor llevare contabilidad completa. A su turno, en España, el art. 6 de la LCE, luego de indicar que “*en el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de insolvencia es actual o si lo prevé como inminente*”, exige que se acompañen a la referida solicitud una serie de documentos, como son el poder especial para solicitar el concurso, la memoria expresiva de la historia económica y jurídica del deudor, un inventario de bienes y derechos, relación de sus acreedores, plantilla de sus trabajadores, debiendo acompañar, de corresponder, documentos contables establecidos en el punto 3 del citado art.

⁶ RUZ LÁRTIGA, GONZALO, *Nuevo Derecho Concursal chileno. Procedimientos Concursales de Empresas y Personas Deudoras*, Tomo II, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2017, p 733. En sustento de esta postura, indica un cúmulo de sentencias dictadas por tribunales superiores de justicia: C.A. Valdivia, 21 de noviembre de 2016, Rol 635-2016; C.A. Valdivia, 5 de agosto de 2016, Rol 387-2016; 8 de agosto de 2016, Rol 386-2016. En lo que se refiere a la homologación de la expresión “*juicios pendientes*” a “*juicios en actual tramitación*” C.A. Iquique, 10 de febrero de 2017, Rol 36-2017.

⁷ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III, Volumen 1, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019, pp. 127 y 128. El autor, al hacer referencia a la prueba del presupuesto material objetivo del concurso voluntario, en honor al criterio formalista que rechaza la apertura de este tipo de concursos por la sola confesión del deudor, específicamente, por falta de “*juicios pendientes*” o la existencia de un “*único juicio pendiente*”, cita sentencias que avalan esa postura, principalmente de primera instancia: 23° Juzgado de Letras de Santiago, 24 de mayo de 2016, Rol N 11.240-2016; 7° Juzgado Civil de Santiago, 15 de enero de 2016, Rol C-30.410-2015; 2° Juzgado de Letras de Puerto Montt, 23 de diciembre de 2015, Rol C-7358-2015 (en el cual se sustenta el rechazo de la petición de concurso voluntario en la existencia de un “*único*” juicio pendiente); CA Santiago, 16 de diciembre de 2016, Rol C-11.620-2016.

insolvencia “*inminente*”, tal cual ocurre en el ordenamiento jurídico español⁸, entendiéndose entonces el legislador nacional que el estado de insolvencia debe ser avalado, entre otros antecedentes, por la existencia efectiva y real de juicios o procedimiento abiertos en contra de la empresa deudora, que se encuentren en actual tramitación. Por otro lado, la exigencia es de gran utilidad práctica, a objeto que el tribunal del concurso pueda efectuar las comunicaciones correspondientes a sus pares jurisdiccionales encargados de la sustanciación de los juicios respectivos, a efectos de instar a su paralización y posterior acumulación al respectivo procedimiento concursal de liquidación.

2.1.2 Procedimiento concursal de liquidación forzosa

La solicitud de liquidación forzosa (llamada en la LC “*demanda*”, en honor, seguramente, al carácter contencioso que podría revestir el procedimiento iniciado), presentada ante el tribunal civil que corresponda al domicilio del deudor, se encuentra disciplinada en la disposición 118 LC, recayendo sobre el acreedor peticionario (pudiendo, también, ser más de uno)⁹ la obligación de “*señalar la causal invocada y sus hechos justificativos*”¹⁰, debiendo allegar al proceso los documentos o antecedentes escritos que acrediten la causal invocada, lo que es sin perjuicio de las denominadas causales de liquidación “*reflejas*” o “*consecuenciales*”, cuya existencia y producción de efectos están supeditados a la ocurrencia de un determinado hecho descrito en la LC¹¹. Cabe hacer presente que la obligación de invocar una causal y proceder a su justificación, solo aplica en caso de una solicitud de liquidación forzosa, dado que respecto de la voluntaria el deudor únicamente debe acompañar a su solicitud los antecedentes exigidos en el artículo 115 LC, teniendo ésta la calificación de una verdadera “*confesión de insolvencia*” manifestada por el deudor por la mera presentación de la solicitud respectiva.

⁸ El art. 2.3 de la LCE indica: “*Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*”.

⁹ Es menester recordar que bajo la vigencia del Libro IV del Código de Comercio (en adelante C de c), existía discusión doctrinaria con respecto a la obligada concurrencia de más de un acreedor a objeto de dar inicio a un procedimiento de quiebra. Vid: SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Tomo IV, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 63; PALMA ROGERS, GABRIEL, *Legislación de quiebras*, Santiago de Chile, 1940, p. 30; VARELA VARELA, RAÚL, *Curso de Derecho Comercial, Quiebras. Apuntes de clases*, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1962, p. 18; PUELMA ACCORSI, RAÚL, *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1983, p. 46; GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL y SMART EYZAGUIRRE, RAFAEL, *El Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009, pp. 121 y 123. Estos últimos autores justifican su postura (en principio sin mayor profundidad, eso sí), al señalar que: “*sería injusto que cuando estuviere solo -el acreedor- se le negara el derecho que se le confiere a todo otro acreedor, cuando son muchos*”, precisando que “*parece extraño que tenga interés en demandar la quiebra un acreedor único, cuando le bastaría con ejecutar a su deudor, siendo suficiente en la generalidad de los casos la ejecución individual, pero a veces la quiebra resulta más eficaz*”. Ahora bien, bajo el impero de la LC la discusión se disipa, ya que el propio numeral 3 del art. 118 LC habla de “*acreedor peticionario*”, en una clara alusión a que bien puede ser un sólo acreedor quien dé inicio a un procedimiento liquidatorio. En España, por todos, RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VIGUERA RUBIO, JOSÉ, “*Pluralidad de acreedores*”, en BELTRÁN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012, pp. 2279 a 2296. Los autores efectúan un exhaustivo y fundado análisis acerca de si la existencia de una pluralidad de acreedores es o no necesaria “*condición*” para declarar el concurso; concluyendo, en definitiva, que: “*...en modo alguno, puede considerarse esta pluralidad un presupuesto subjetivo del concurso*”. OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *La nueva ley concursal. La declaración de Concurso*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005, pp. 42 y 43. El autor indica sobre el particular que: “*aun no exigiendo expresamente el requisito de la pluralidad de acreedores para la declaración de concurso, ese dato está presente en la LC*” (arts.4 y 20.4), añadiendo que “*en ambos preceptos se trata de estimular la solicitud de concurso necesario si aparecen indicios de insolvencia y de existencia de una pluralidad de acreedores, sin que la reducción de la masa pasiva a un solo acreedor figure entre las causas legales de conclusión del concurso* (art.176 LCE).

¹⁰ En la disposición citada se contemplan tres causales, cada una de las cuales habilita al acreedor peticionario para demandar el inicio del procedimiento de liquidación. Una de ellas supone el mero “*cese*” (o incumplimiento) en el pago de una obligación que consiste en un título ejecutivo con el acreedor solicitante (N°1), exigiéndose en otra (N° 2), dos o más títulos ejecutivos vencidos, que provengan de obligaciones diversas, habiéndose iniciado, al menos, dos ejecuciones. Por último, aquella contenida en el (N°3) hace alusión a otros “*hechos reveladores*” de la insolvencia, más allá del mero incumplimiento de obligaciones, tales como, el cierre de las oficinas de la empresa deudora, sin nombramiento de mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones, sin que sean habidos sus administradores o la propia empresa deudora (tratándose de persona natural o física).

¹¹ SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO (2015), ob. cit., pp. 135 a 146. Como se dijo, el autor efectúa un completo y detallado examen del catálogo de causales “*reflejas*” contemplado en su obra. En España, el procedimiento concursal responde al principio de “*rogación*” o de instancia, que implica o supone que éste solamente se puede iniciar a instancia de parte, es decir, mediante una petición en tal sentido dirigida al juez a través de una declaración unilateral emitida por persona legitimada, y que se concreta, en definitiva, en el requerimiento al juez para que proceda a la declaración de concurso. Para estos efectos, persona legitimada debe considerarse, exclusivamente, cualquiera de las mencionadas en el art. 3 L.C.E., teniendo en cuenta, eso sí, las integraciones, excepciones, inclusiones y exclusiones efectuadas por las normas concursales complementarias

El acreedor petionario debe acompañar, asimismo, un vale vista o boleta bancaria –a la orden del tribunal- por la suma de 100 unidades de fomento, para “*subvenir los gastos iniciales del procedimiento concursal de liquidación*”, exigencia que, por cierto, generó debate durante la tramitación legislativa de la LC, teniendo en cuenta para ello los efectos que pudiere producir esta obligación en cuanto a la efectiva utilización –mayor o menor– de este procedimiento concursal¹². Culminan las exigencias de cargo del acreedor petionario, con la designación de un veedor que deberá ejercer sus funciones en caso que el deudor se oponga a la liquidación, sin perjuicio del señalamiento de los liquidadores –titular y suplente– para el supuesto que el deudor no compareciere o no efectuare actuación alguna en la audiencia inicial prevista en el art. 120 LC¹³.

Ahora bien, con respecto a la resolución que inicia el procedimiento concursal de liquidación (pieza integrante del presupuesto formal en estudio), como se dijo, todo lo que se indique a su respecto será aplicable a ambas categorías de “*concursos liquidatorios*”, atendida la expresa remisión legislativa que efectúa el art. 116 LC al art. 129 LC. Su contenido se encuentra tratado en el art. 129 LC¹⁴, operando como mecanismo procesal de apertura del procedimiento concursal de liquidación, tildándosele de “sentencia definitiva, universal, colectiva, que causa ejecutoria”¹⁵, atendido que debe cumplir con los requisitos del art. 170 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC). Destaca el hecho que no es necesario aguardar su notificación a fin que pueda producir sus efectos, los cuales se producen desde ya, esto es, desde su dictación por el tribunal competente¹⁶, conclusión que no difiere de lo acontecido en la LCE¹⁷. En la doctrina nacional se ha justificado este efecto en el hecho que lo que subyace en la resolución de liquidación es un implícito reconocimiento de la existencia de un estado patrimonial crítico de la empresa deudora¹⁸, “*dado a luz*” mediante determinados “*hechos reveladores*” del mismo, ventilados y discutidos ante el tribunal llamado a conocer de la solicitud de liquidación.

2.2 Procedimiento concursal de reorganización, judicial y/o extrajudicial (o simplificado)

La solicitud de reorganización judicial efectuada por el propio deudor ante el tribunal com-

¹² Historia Fidedigna de la LC; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; p. 2095: Consta que Goldenberg Serrano era de opinión que su establecimiento jugaba en contra del propósito de pronta apertura del procedimiento de liquidación. Por su parte Puga Vial era de opinión que si lo que motiva su establecimiento es tratar de disuadir a los acreedores económicamente débiles o por cifras pequeñas, de que soliciten la liquidación, estima que esto sería injusto, agregando que para evitar acciones frívolas de quiebra basta con impedir el desistimiento de la acción de liquidación y que no proceda la consignación preventiva. En la otra vereda estaba la posición del poder ejecutivo, el que justificaba el establecimiento de esta consignación previa como un requisito destinado a evitar el uso de la acción de liquidación en forma indiscriminada o como vía de presión para alcanzar un pronto pago. Originalmente se establecía una suma de 200 Unidades de Fomento, la que fue rebajada a 100 Unidades de Fomento en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados.

¹³ Cabe al deudor en esta audiencia inicial, el deudor podrá proponer, por escrito o verbalmente, consignar fondos suficientes para el pago del crédito demandado y las costas correspondientes; allanarse a la demanda; acogerse al procedimiento concursal de renegociación o bien oponerse a la demanda de liquidación, ya sea mediante la interposición de excepciones contempladas en el art. 464 del CPC o, en su caso, planteando otras defensas debidamente fundadas; todas las que, posteriormente, serán objeto de prueba y fallo por parte del tribunal encargado de conocer la respectiva solicitud de liquidación.

¹⁴ El contenido del art. 129 LC se articula en base a una serie de “*decisiones*” adoptadas por el juez del concurso, muchas de las cuales importan profundas limitaciones a las facultades del deudor en materia de administración y disposición de sus bienes, tales como, la advertencia al público que no le pague ni le entregue mercaderías; la orden a las personas que tengan bienes o documentos del deudor para que los pongan a disposición del liquidador y lo propio a la oficina de correos con respecto a su correspondencia, debiendo el liquidador incautar todos los bienes del deudor, libros y documentos, bajo inventario. Incluye también esta resolución la orden de informar a los acreedores acerca del plazo de que disponen para verificar sus créditos, debiendo ser notificada mediante su publicación en el Boletan Concursal (en adelante BC) y a los acreedores que se encuentren fuera del territorio de la República, por el “*medio más expedito*”, en donde destaca el correo electrónico como mecanismo de notificación expresamente contemplado en el art. 6 de la LC). Destaca la magnífica similitud de contenidos existente entre el art. 129 LC con su par de la LCE, art. 21, que disciplina el “*auto de declaración de concurso*”, sobre todo en lo que dice relación con la limitación de las facultades de administración y disposición de bienes experimentada por el concursado, unido al llamamiento a los acreedores a fin de que “*comuniquen*” o “*verifiquen*” en el seno del concurso la existencia de sus créditos dentro del plazo dado al efecto en cada caso.

¹⁵ PUGA VIAL, JUAN, *Derecho concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2014, pp. 321 a 329.

¹⁶ A modo ejemplar: arts. LC. 130, 134, 135, 136, 140, 141, 142, 148; en cuyas disposiciones se le otorga efecto a la resolución de liquidación a partir de la dictación de la misma.

¹⁷ Lo indicado, a juzgar del tenor literal –escueto pero claro- del art. 21.2 LCE, el cual prescribe que: “*El auto producirá sus efectos de inmediato*”.

¹⁸ RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., pp. 892 y 893. En el mismo sentido PUGA VIAL, JUAN, ob. cit., p. 328.

petente se disciplina en los arts. 54, 55 y 56 LC. En el primero de los aludidos, se aclara que existirá para estos efectos una solicitud “*tipo*”, disponible en las dependencias de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (en adelante SIR), en su sitio web y en los tribunales con competencia para conocer esta categoría de concursos, debiendo adjuntarse a la misma (art.56 LC) una relación de todos los bienes del deudor, con indicación del avalúo comercial y lugar en que se encuentren, incluyéndose –separadamente– aquellos bienes de terceros constituidos en garantía en favor del deudor, como también los que se encuentren en su poder en una calidad diversa a la de dueño; balance en el caso que lleve contabilidad completa y también el certificado a que se alude en el art. 55LC¹⁹, que dé cuenta del pasivo del deudor, los cuales –junto con la solicitud de reorganización ingresada al tribunal- deberán ser acompañados a la SIR para los efectos de la nominación del veedor titular y suplente, empleándose al efecto un procedimiento idéntico a aquel establecido para la nominación del liquidador (art. 22 en relación al art. 37 LC).

Por último, no puede ser soslayado el hecho que la solicitud de reorganización judicial “*carece de contenido*”, si de propuesta concreta de reorganización de trata, dado que en ella el deudor nada dice al respecto; no hace propuesta alguna a sus acreedores, sino que más bien manifiesta a los mismos su intención de poder resolver su insolvencia por medio de un procedimiento concursal “*conservativo*”. Luego, esto es, una vez dictada la resolución de reorganización, y dentro del plazo que en ésta se indica (art. 57 N° 4 LC), nace la obligación del deudor de elaborar y presentar su propuesta de acuerdo de reorganización judicial (más bien “*carga*”, teniendo en cuenta el apercibimiento de ser iniciada “*de oficio*” su propia liquidación en caso de incumplimiento), la cual debe ser sometida a la junta de acreedores a objeto que sea acordada (arts.79, 80 y 81 LC) y, luego, ya acordada, a consideración del tribunal correspondiente, a efectos que sea homologada y/o aprobada por éste, mediante la resolución que dicte al efecto (art.89 LC).

En cuanto a la resolución de reorganización de la empresa deudora, se encuentra regulada en el art. 57 LC, operando, también, como un mecanismo procesal de apertura; en este caso, del procedimiento concursal de reorganización, resolución que, a diferencia de la resolución de liquidación, produce sus efectos desde que es notificada por el veedor mediante su inserción en el BC, siguiendo con ello la regla general en materia de efectos de las resoluciones judiciales²⁰.

Destaca dentro de su contenido (art. 57 N° 1, 2 y 3 LC) la denominada “*protección financiera concursal*” (en lo que sigue, PFC), definida como: “*aquel período que esta ley otorga al deudor que se somete al procedimiento concursal de reorganización, durante el cual no podrá solicitarse ni declararse su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en los juicios de arrendamiento*” (art. 2 N° 31 LC), el cual se extiende desde la notificación de la resolución de reorganización y hasta el acuerdo de reorganización judicial (o el plazo fijado por la ley si este último no se acuerda)²¹. El plazo de duración de

¹⁹ El certificado aludido en el art. 55 LC deberá ser extendido por un auditor independiente al deudor, inscrito en el registro respectivo de la Superintendencia de Valores y Seguros, en el cual debe constar un estado de las deudas de este último, con individualización de sus acreedores o de sus representantes legales, monto de sus créditos e indicación de la naturaleza de los títulos, en su caso, y también con indicación del porcentaje que cada uno representa en el pasivo, con expresión de los tres mayores acreedores (a efectos de la nominación del veedor, conforme al art. 22 LC). Es menester destacar, que el certificado se extenderá conforme a la información disponible “*suministrada por el deudor*”, lo que, a nuestro entender, le resta fuerza al mismo, a falta de una fuente de información diversa al concursado y, en su caso, más fidedigna y objetiva. Al inconveniente indicado se une otro de naturaleza más bien financiera, como son los costos asociados a su elaboración, los que, en más de un caso, pueden resultar elevados, constituyendo en la práctica una verdadera barrera de entrada para el deudor, que puede traer a su respecto aparejada la imposibilidad de resolver su estado de insolvencia mediante el inicio de un procedimiento concursal de reorganización.

²⁰ En efecto, el art. 38 del CPC prescribe que: “*Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella*”. En el mismo sentido RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., pp. 262 y 263.

²¹ PUGA VIAL, JUAN, ob. cit., p. 233. Precisa que con la nueva Ley 20720 el efecto de protección nace de la mera admisibilidad de la solicitud de apertura de un procedimiento concursal de reorganización, sin consulta alguna a los acreedores, admisibilidad que se manifiesta en la resolución de reorganización, con lo cual Chile se alinea con las legislaciones concursales de Alemania, Argentina, España y Colombia, que tomaron del sistema de los Estados Unidos el instituto del “*automatic stay*”, con la diferencia que en este último país el efecto no deriva de una resolución judicial, sino del mero hecho de la solicitud de apertura del concurso de reorganización regulado en el Chapter XI del Bankruptcy Code.

la PFC es, en todo caso, de 30 días contado desde la notificación de la resolución de reorganización (art. 57 N° 1 LC), ampliable hasta por 30 días más, si el deudor obtiene el apoyo de dos o más acreedores, que representen más del 30% del total del pasivo, excluidos los créditos de las personas relacionadas²² y hasta 30 días –adicionales– más, si el apoyo de dos o más acreedores obtenido representa más del 50% del total del pasivo, con la misma exclusión en su cómputo de los créditos de las personas relacionadas (art.58 LC). En caso que se suspenda la junta de acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo, ésta se deberá efectuar no más allá de diez días, conservando el deudor la PFC hasta la celebración de dicha junta (art.82 LC). Por último, en caso de rechazo de la propuesta, si lo acuerda la junta, el deudor podrá efectuar una nueva propuesta de acuerdo, conservando el deudor –nuevamente– la PFC hasta la celebración de la junta que debe pronunciarse sobre la nueva propuesta efectuada por éste (art.96 LC).

Mención aparte –y final– merece el procedimiento concursal de reorganización extrajudicial o simplificado, el cual se articula en base a dos etapas o fases bien delimitadas; una de naturaleza contractual, privada, extrajudicial (“*extramuros*” del ámbito judicial), que culmina con la suscripción de un acuerdo entre el deudor y sus acreedores y, otra –cuya ocurrencia es eventual– cuya específica finalidad es la homologación o aprobación judicial del acuerdo sellado extrajudicialmente en la etapa contractual, a efectos que éste, debidamente aprobado, obligue al deudor y a todos los acreedores de cada clase o categoría, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde, en conformidad a lo dispuesto en el art. 113 LC en relación al art. 91 del mismo cuerpo de normas.

Ahora bien, lo que se mencione respecto a la solicitud y/o resolución de reorganización simplificada, debe ser entendido –exclusivamente– con relación a la etapa de homologación judicial del acuerdo. En efecto, en cuanto a la solicitud de aprobación judicial (arts. 107, 109 y 110 LC), se exige que se acompañe a la misma aquellos antecedentes contenidos en el art. 56 LC (propios de la reorganización judicial), además de un informe de viabilidad del acuerdo elaborado por el veedor elegido por el propio deudor junto a dos de sus principales acreedores (art.107 LC), unido a un listado de todos los juicios y procesos administrativos seguidos contra el deudor que tengan efectos patrimoniales, debiendo haber sido aprobado el acuerdo extrajudicial –cuya homologación judicial se solicita– por el deudor y por dos o más acreedores que representen al menos tres cuartas partes del total de su pasivo correspondiente a su respectiva clase o categoría (excluidos en la determinación del quorum tanto las personas relacionadas como los cesionarios de créditos adquiridos dentro de los 30 días anteriores a la fecha de presentación del acuerdo extrajudicial a la aprobación judicial, según lo prescribe el art.109 LC), debiendo ser acompañado al efecto copia del acuerdo y de los demás antecedentes exigidos en el art. 107 LC, entregados al veedor a fin que puedan ser publicados por éste en el BC (art.111 LC), para conocimiento y, eventual, impugnación de los acreedores disidentes o que hayan sido excluidos del listado de acreedores establecido en el referido art. 107 LC en relación al art. 56 LC.

Finalmente, conforme al art. 112 LC, dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo simplificado, el tribunal podrá citar a todos los acreedores a quienes les afecte el acuerdo, para su aceptación ante el tribunal, la cual deberá contar con el quórum señalado en el art.109 LC, dictando luego, cuando corresponda, la respectiva resolución que aprueba el acuerdo simplificado o extrajudicial, conforme a lo previsto en el art.112, inciso segundo, LC.

En cuanto a la resolución de reorganización simplificada, se encuentra contenida en el art. 108 LC, la cual es una versión resumida de aquella contenida en el artículo 57 LC, antes aludida, cuyas menciones constituyen sus principales efectos²³.

²² Conforme al art. 2, N° 26 LC, se considerarán personas relacionadas respecto de una o más personas o de sus representantes, las siguientes: **a)** El cónyuge, los ascendientes, descendientes, y colaterales por consanguinidad o afinidad hasta el sexto grado inclusive y las sociedades en que éstos participen, con excepción de aquellas inscritas en el Registro de Valores; **b)** Las personas que se encuentren en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 100 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores.

²³ En efecto, la resolución de reorganización simplificada contenida en el art. 108 de la LC es una versión “*resumida*” de la contenida en

3. El presupuesto material: El estado de insolvencia y el sujeto pasivo del procedimiento

En esta materia se acostumbra a distinguir, como se indicó, entre un presupuesto objetivo y otro de naturaleza subjetiva. El primero es el relativo al estado de insolvencia del deudor concursado y, el segundo, se refiere al sujeto pasivo en contra del cual se dirige el procedimiento concursal de que se trate.

3.1. Presupuesto material objetivo: El estado de insolvencia

La insolvencia marca el punto de partida de todo procedimiento concursal, en cuanto constituye un hito determinante que cierra la posibilidad de ejercer el derecho de ejecución individual que asiste a todo acreedor y abre, a la vez, la posibilidad de llevar adelante otro que implica la apertura de una ejecución universal destinada al cobro de todas las obligaciones dinerarias de un determinado deudor “común”, a cuyo procedimiento deben concurrir todos sus acreedores a objeto de poder cobrar sus respectivos créditos. De este modo, sin insolvencia no puede haber concurso²⁴, existiendo algunos Ordenamientos jurídicos que han reconocido explícitamente a la insolvencia como presupuesto objetivo fundamental de los concursos²⁵, mientras que otros, tales como el nacional (al menos en la LC) y el peruano (Ley N° 27.809, de 8 de agosto de 2002), han omitido esta declaración normativa expresa.

En consecuencia, el presupuesto material objetivo de todos los procesos concursales es la insolvencia, la cual es concebida como un estado patrimonial del deudor, de carácter persistente, no meramente pasajera o coyuntural (ni, menos, pasada), sin solución acudiendo únicamente a los medios de que dispone. En definitiva, incapacidad para pagar, haciéndose coincidir así la significación legal del término en el ámbito concursal con su semántica etimológica (*non solvit*)²⁶. De este modo es insolvente el que no cumple las deudas por las que debe responder, no por su falta de voluntad en el cumplimiento, sino por no estar en las condiciones económicas para ello; por no poder. En este caso resulta irrelevante el tipo de obligación de que se trate, su número, cuantía de cada una o de la totalidad de las mismas, como tampoco las causas que motivan su estado (sean del tipo subjetivas –vinculadas al grado de culpa del deudor– como de naturaleza objetivas –ya se trate de insuficiencia patrimonial o de mera iliquidez del concursado). Para mayor entendimiento acerca del sentido y alcance de la insolvencia, resulta determinante conocer lo expresado por Ángel Rojo y Justino Duque Domínguez²⁷, célebres autores españoles en el ámbito del Derecho mercantil.

la disposición 57 LC relativa a la reorganización judicial, la cual es dictada con ocasión de la solicitud de homologación o aprobación judicial del acuerdo extrajudicial presentada por el deudor. De este modo, sólo recoge el numeral 1, letras a y b, y el numeral 2, letra b, haciendo de este modo más precaria la protección que se entrega al deudor en el proceso de homologación judicial del acuerdo simplificado arribado con una parte relevante de sus acreedores.

²⁴ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, ob. cit., p. 87. Indica que la relación no es inversa, pues, bien puede existir insolvencia sin concurso. Añade que no existen consecuencias legales para el deudor, por el solo hecho de encontrarse en insolvencia, dado que tales efectos solo surgen de la declaración formal del procedimiento, ya sea judicial o administrativo.

²⁵ Así, a modo ejemplar, la LCE indica en su art. 2.1 que: “La declaración del concurso procederá en caso de insolvencia del deudor común”, siendo ésta definida en su Exposición de Motivos como “el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones”. En este caso, el núcleo de la noción de insolvencia se asocia a la imposibilidad de cumplimiento o incapacidad de pagar. A mayor abundamiento en la propia LCE se distingue entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente (art. 2.3 LCE); a nuestro entender, dos perspectivas temporales del mismo fenómeno. Asimismo, la normativa concursal española establece una serie de hechos sintomáticos, un elenco exhaustivo (*numerus clausus*) de hechos tasados sobre cuya base el acreedor deberá fundamentar el estado de insolvencia del deudor para solicitar su declaración de concurso. Se trata de una serie de hechos presuntivos de la insolvencia; en definitiva, hechos reveladores de la misma (art. 2.4 LCE). Del mismo modo la ley concursal colombiana, N° 1116, de 27 de diciembre de 2006, en su art. 9 exige para el inicio del proceso de reorganización de un deudor, “la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente”; requiriendo lo mismo si se trata de un procedimiento concursal iniciado respecto de un deudor catalogado por la referida legislación como una “persona natural no comerciante”. En el mismo sentido lo hace la ley alemana de concursos (Insolvenzordnung), de 5 de octubre de 1994.

²⁶ VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, ob. cit., p. 142.

²⁷ ROJO, ÁNGEL, “Insolvencia”, en BELTRÁN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, F-Z, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012, pp. 1801 y 1802. El autor con magistral claridad y precisión aborda la insolvencia, indicando sobre el particular que ser insolvente es estar en *insolvencia*, la que exige cierto grado de *continuidad*; continuidad de la *imposibilidad*. Añade que entre insolvencia e incumplimiento de las obligaciones existe una íntima relación; incumple obligaciones quien es insolvente, pero puede existir incumplimiento sin estado de insolvencia. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO, “Sobre el concepto básico

Las opiniones doctrinarias extranjeras sobre la insolvencia cobran plena validez en el Derecho concursal chileno, sumado a lo que se expresa en la ley 20.416, de 3 de febrero de 2010, inserta en un contexto legislativo más amplio conocido como “Estatuto de las Empresas de Menor Tamaño”, en cuyo artículo 12° fija el texto de la nueva “*Ley de Reorganización o Cierre de Micro y Pequeñas Empresas en Crisis*”, cuyo art. 2° hace alusión –en términos expresos– al concepto de “*insolvencia*”²⁸. Se ha sostenido que en la construcción legislativa utilizada en la norma referida, se puede apreciar –en su inciso primero– una hipótesis que podríamos denominar como “*insolvencia actual*” y –en el segundo– aquella conocida como “*inminente*”, al construirse esta última sobre la base que la persona “*estimare fundadamente*” que “*dentro de los tres meses siguientes pudiere encontrarse en estado de insolvencia*”, haciendo de este modo una verdadera “predicción de insolvencia; futura, pero próxima en el tiempo”²⁹.

Punto aparte y más allá de las diversas teorías que se han diseñado en torno al sentido y alcance del presupuesto material objetivo, no puede dudarse de que una situación de crisis provocada por un estado de insolvencia, inestabilidad emocional y el impacto psicológico consiguiente, es significativo tanto para el deudor que debe afrontarlo, como para los administradores y socios de la sociedad, unidos a los demás llamados “*stakeholders*” (conformados, básicamente, por los trabajadores del concursado –por el riesgo en sus empleos y en el pago de sus remuneraciones–, acreedores y, aún, por clientes, proveedores y la comunidad en general)³⁰.

Para culminar conviene recordar, que tratándose de los procedimientos de liquidación voluntaria y de reorganización judicial y/o extrajudicial de la empresa deudora –a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento de liquidación forzosa iniciado a su respecto³¹– (y del mismo modo

de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005, pp. 1001 y ss.

²⁸ En efecto, la citada disposición indica que: “*para efectos de esta ley, se entiende que las personas naturales o jurídicas señaladas en el artículo 1°, se encuentran en estado de insolvencia si están en la imposibilidad de pagar una o más de sus obligaciones*”. Se añade en su inciso segundo que: “*si la persona a la cual se le aplica esta ley estimare fundadamente que dentro de los tres meses siguientes pudiese encontrarse en estado de insolvencia, podrá someterse voluntariamente a los procedimientos que se establecen en los artículos siguientes, opción que se considerará irrevocable para todos los efectos legales*”.

²⁹ JEQUIER LEHUEDÉ, EDUARDO, *Estudios de derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de su vigencia. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016, p. 12. El autor estima que la noción de insolvencia involucra un fenómeno esencialmente económico, aunque de valoración normativa en cuanto a sus efectos, reservada por ende a aquellos casos en que existe una insuficiencia o desequilibrio patrimonial permanente, manifestada a través de una diversidad de hechos reveladores y en donde el incumplimiento es uno más.

³⁰ GALLETTI, DANILO, *La Ripartizione Del Rischio Di Insolvenza*, Bologna, Italia, 2006, p. 10. El autor indica sobre el particular, que “*la clave del concepto de insolvencia y de su tratamiento, no puede comúnmente ser indagada fuera del mundo de la empresa, en el cual maduran cotidianamente las condiciones del éxito o del fracaso y vienen adoptadas elecciones que pueden influir incluso sobre la constatación del riesgo de insolvencia*”. ALEGRIA, HÉCTOR, *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2009, pp. 35 a 41. Efectúa un novedoso y completo análisis de los efectos –no patrimoniales o psicológicos– que trae consigo el estado de insolvencia, tanto en el deudor, sus trabajadores, acreedores y sobre los demás terceros con interés en el “*estado*” por el cual atraviesa el concursado.

³¹ Como se dijo, las causales legales de liquidación se contemplan en el art. 117 de la LC, las cuales habilitan a “*cualquier acreedor*” para demandar el inicio del procedimiento concursal de liquidación de una empresa deudora. La causal contenida en el numeral 1 se construye en base al mero “cese” (o incumplimiento) en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo con el acreedor solicitante. CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, *Procedimientos Concursales*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015, pp. 155 y 156, destacan que el acreedor interesado en solicitar la bancarrota de su deudor solamente debe certificar que éste tiene la calidad de empresa deudora, además que la obligación que sustenta la acción conste en título ejecutivo, siendo construida la hipótesis legal con menores exigencias que bajo el imperio de la anterior legislación concursal (art. 43 N° 1, C de c. RUZ LÁRTIGA, GONZALO, ob. cit., p. 814. A su juicio la forma de construcción de este motivo de liquidación “*...ha desvirtuado el claro rol o función que cumplía la causal como hecho revelador y ha pasado a ser incuestionablemente un simple hecho generador de la apertura de un procedimiento de ejecución individual con vocación a devenir una ejecución colectiva*”, lo que seguramente desvirtuará los fines de la liquidación judicial como tutela colectiva del crédito). A su turno, la contenida en el numeral 2 de la citada disposición, exige la existencia de dos o más títulos ejecutivos vencidos, que provengan de obligaciones diversas, habiéndose iniciado, al menos, dos ejecuciones (en cuya construcción legislativa subyace una “*presunción grave*” referida al deudor, que supone imposibilidad de pagar sus deudas o débitos). Por último, la contenida en el numeral 3 del art. citado, exige de forma copulativa la concurrencia de otros “*hechos reveladores*” de la insolvencia, que van más allá del mero incumplimiento de obligaciones, tales como, el cierre de las oficinas de la empresa deudora, sin nombramiento de mandatario con facultades suficientes para dar cumplimiento a sus obligaciones y sin que sean habidos sus administradores o la propia empresa deudora (para el caso que se trate de persona natural o física), hipótesis que apuntan a suponer “*abandono*”, “*huida*” o “*alejamiento*” de la esfera de sus acreedores por parte de la empresa deudora a cuya liquidación se pretende dar inicio. CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, ob. cit., pp. 178, 179 y 180, “*desmenujan*” a cabalidad la causal, a objeto de efectuar un análisis más profundo de la misma. Historia Fidedigna de la Ley 20.720; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia; p. 2092, en la cual consta la intervención crítica de Gómez Balmaceda relativa a la redacción del numeral 3° del art. 117 LC.

en la legislación concursal española³²), la LC no exige en términos explícitos que concurra algún hecho externo o revelador de la situación de insolvencia, a título de causa que gatille el inicio del procedimiento concursal respectivo, lo que es sin perjuicio de aquellos antecedentes exigidos en el art. 115 LC, para el caso de la liquidación voluntaria, art. 56 LC, tratándose de la reorganización judicial y, de igual modo, en el art. 107 LC en relación al art. 56 LC, para el caso de la reorganización extrajudicial, todo lo que deja traslucir la relación existente entre la insolvencia del deudor (en su condición de presupuesto material objetivo) y el presupuesto formal del concurso, constituido por la respectiva solicitud de concurso voluntario.

3.2 Presupuesto material subjetivo: Sujeto pasivo de la Liquidación y de la Reorganización Judicial y/o Extrajudicial

En esta materia el art. 2° de la LC reconoce como sujeto pasivo de los procedimientos concursales tanto a la empresa deudora como a la persona deudora (denominados genéricamente como deudor, “*atendido el procedimiento concursal de que se trate y la naturaleza de la disposición a que se refiera*”, conforme lo previene el numeral 12 del citado art. 2°).

A su turno –en lo que nos importa– el numeral 13 de la referida norma dispone que empresa deudora es: “*Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del art. 42 del decreto ley N° 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la ley sobre impuesto a la renta*”. En consecuencia, el criterio utilizado por el legislador para efectuar el distingo entre una empresa deudora y una persona deudora, tratándose de una persona natural o física, es uno de naturaleza netamente “*tributaria*”, utilizando para ello el régimen impositivo en el cual tribute o le sea aplicable a cada tipo de deudor. En efecto, en el caso de la empresa deudora puede ser contribuyente de primera o de segunda categoría; en este último caso, según el número 2° del art. 42 de la ley de renta, referido –en general– a aquellos ingresos provenientes del ejercicio de profesiones liberales o de cualquiera otra profesión u ocupación lucrativa no comprendida en la primera categoría ni en el numeral 1° del art. 42³³.

4. Relación existente entre el presupuesto material objetivo, constituido por la insolvencia del deudor y aquel de naturaleza formal, representado por la respectiva solicitud de concurso voluntario

Como se dijo, tratándose de los procedimientos concursales voluntarios de la empresa deudora (liquidación voluntaria y reorganización judicial y/o extrajudicial) –a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento de liquidación forzosa, respecto del cual, en el art. 117 LC, se contempla un catálogo de causales de liquidación– la LC no exige en términos explícitos que concurra algún hecho externo o revelador de la situación de insolvencia, a título de causa que dé inicio del procedimiento concursal respectivo, hecho que no significa que se prescinda en los referidos procedimientos concursales de la necesaria concurrencia de la “*insolvencia*” como elemento material objetivo del mismo, teniendo en cuenta para ello, aquellos antecedentes exigidos en el art. 115 LC, para el caso de la liquidación voluntaria; art. 56 LC, tratándose de la reorganización judicial; e, incluso, en el art. 107 LC en relación al art. 56 LC, para el caso de la reorganización extrajudicial o simplificada, disposiciones todas que exigen un cúmulo de antecedentes cuya finalidad última, precisamente, es configurar el estado de insolvencia por el cual atraviesa el deudor solicitante, cuya

³² En España, el art. 7 de la LCE se refiere a la solicitud de concurso incoada por el acreedor o por los demás legitimados, debiendo expresar el primero de los nombrados el “*título*” o “*hecho*” en que funda su solicitud, de acuerdo con el art. 2.4.

³³ Asimismo, la LC hace un claro distingo entre persona jurídica –por un lado– y natural o física –por otro– en su condición de sujeto pasivo de los procedimientos concursales, reservándose exclusivamente esta última condición a la persona deudora, en un claro matiz con respecto a la empresa deudora, en cuyo caso puede estar también constituida por una persona jurídica; eso sí, en tanto en cuanto sea de derecho privado con o sin fines de lucro.

comprobación por el juez constituye la causa (y requisito esencial) a efectos que éste dé lugar al inicio de un determinado procedimiento concursal.

De este modo, en estos casos, a falta de un concepto expreso de “estado de insolvencia” en la LC, el legislador nacional exige que se acompañe en las respectivas solicitudes de inicio de los procedimientos concursales voluntarios, ciertos y determinados “*antecedentes*” o “*documentos*” que permitan al juez “*constatar*” o “*acreditar*” de algún modo la presencia de este estado y, consistente con ello, poder dar lugar a la apertura del respectivo concurso.

Al hilo de lo que se acaba de decir, es asumido por algunos autores que el tribunal llamado a conocer de la solicitud de liquidación voluntaria se encuentra limitado a un mero examen formal de la misma, debiendo constatar únicamente si la empresa deudora ha cumplido con acompañar los documentos indicados en la disposición 115 LC³⁴, siendo funcional a esta postura el tenor literal del art. 116 LC, al indicar, en lo pertinente: “...y, si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior, procederá dentro de tercero día de conformidad a lo dispuesto en los artículos 37 y 129...”, esto es, previa nominación del liquidador, deberá dictar la resolución de liquidación. No obstante, otros han sostenido lo contrario, indicado que la anterior postura es una visión extremadamente individualista, la cual “...ignora que la empresa cobija intereses categoriales dignos de atención y protección, que imponen al menos el deber de informar de esta decisión del empresario o de los órganos de decisión de la empresa, previa y fundadamente...”, lo cual deja en línea nuestro ordenamiento jurídico con las nuevas tendencias del Derecho concursal, que pregonan acerca de la obligación que pesa sobre el deudor y/o el acreedor que inste por la apertura de un procedimiento de liquidación, consistente en probar el estado de insolvencia del deudor, con independencia que ésta sea inminente o efectiva, motivo por el cual se debe exigir, al menos, una “*valorización de mérito de parte del juez del concurso*”, respecto de los fundamentos de la decisión y de la prueba de la concurrencia de un estado de insolvencia coherente con la solicitud que se efectúa³⁵.

Por último, a nuestro entender, la discusión planteada cobra inusitada relevancia en el evento que la única –o, al menos, la principal– motivación que mueva al deudor a solicitar su liqui-

³⁴ En este sentido: CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, ob. cit., p.142. Los autores ante la interrogante si el tribunal está habilitado para desestimar la solicitud en virtud de argumentos de orden sustantivo, económicos o de viabilidad empresarial, responden categóricamente en forma negativa, teniendo en cuenta para ello que –a su entender– el régimen se ha construido bajo la premisa del pleno respeto a la voluntad expresada por la empresa deudora, en mérito de lo cual, la única actitud que el sentenciador debe asumir es la constatación de los elementos formales que la misma Ley contempla, en el entendido que la decisión de someterse al procedimiento concursal de liquidación responde a la esfera personal de autodeterminación de la empresa deudora, incorporando en el texto de su obra variada argumentación en sustento de su postura. En apoyo jurisprudencial del criterio formalista que privilegia la apertura del concurso voluntario, de manera tal, que ésta queda entregada a la sola iniciativa y voluntad del deudor, a la que se le asigna el “*status*” de confesión espontánea expresa de su propia insolvencia, debiendo ser constatado, únicamente, el cumplimiento de los antecedentes formales exigidos. CA de Santiago, 30 de marzo de 2016, Rol 13.434-2015 según la cual: “*Corresponde al juez de la causa verificar el cumplimiento de estos elementos formales, los que en el caso de autos se cumplen, sin que pueda el sentenciador atribuirse facultades para indagar acerca de aspectos sustantivos, económicos o técnicos ajenos a los que la ley exige, pues se trata de una decisión personal del deudor quien opta por acogerse a este sistema concursal, A lo anterior se agrega que la solicitud misma es un indicio claro del estado de cesación de pagos del deudor, la que constituye además una confesión judicial expresa de la situación patrimonial crítica, generalizada e insuperable, no siendo un mero incumplimiento individual*” (consideración 5º, *in fine*); CA Santiago, 11 de enero de 2018, Rol 11.465-2017; CS, 30 de mayo de 2018, Rol 2.718-2018; CS 9 de mayo de 2018, Rol 39.766-2017.

³⁵ RUZ LÁRTIGA. GONZALO, ob. cit., pp. 740 y 741. En la misma línea, los tribunales superiores de justicia han intentado entender la concurrencia de la insolvencia del deudor más allá del mero cumplimiento de las exigencias documentales exigidas en el art. 115 LC. JEQUIER LEHUEDE, EDUARDO (2019), ob. cit., pp. 117 a 126 se manifiesta conteste con esta postura, atendido –entre otras razones– a que la apertura del concurso, con las consecuencias que de ella se derivan para los acreedores, trabajadores, terceros interesados, para el funcionamiento del sistema económico en general, no puede quedar entregada a la sola voluntad del deudor y menos a su propia “*confesión*”, en cuanto elemento probatorio de la insolvencia que, más aún, no admitiría cuestionamiento ni revisión por parte del juez. En apoyo jurisprudencial del criterio amplio de análisis del presupuesto material objetivo de apertura del concurso, a cuyo entender la función del juez no se agota en la mera constatación formal del cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 56 y 115 LC, debiendo el juez profundizar su análisis inicial, de modo que de los antecedentes aportados por el solicitante se desprenda la efectiva existencia de un estado de insolvencia: 25º Juzgado Civil de Santiago, 20 de mayo de 2016, Rol C-11.392-2016; 2º Juzgado Civil de Chillán, 28 de julio de 2016, Rol C-2.072-2016; 30º Juzgado Civil de Santiago, 11 de septiembre de 2017, Rol C-22.908-2017. Las sentencias que se indican a continuación rechazan recursos de queja interpuestos contra la resolución del tribunal de primera instancia que no entiende configurado el presupuesto de la insolvencia, a pesar que se habían acompañado los documentos exigidos por la Ley para declarar admisible la solicitud. C.A. Antofagasta: 1 de agosto de 2016, Rol 28-2016; 3 de agosto de 2016, Rol 32-2016, Rol 33-2016, Rol 38-2016; 4 de agosto de 2016 Rol 37-2016; 5 de agosto de 2016, Rol 42-2016; 8 de agosto 2016, Rol 31-2016 y 18 de agosto de 2016, Rol 40-2016.

dación y/o reorganización sea la de “*eludir totalmente el pago de sus acreedores*” y la obtención, en definitiva, en el caso de la liquidación, del efecto liberatorio que nace de la resolución de término de dicho procedimiento, conforme al art. 255 LC.

Dicho de este modo, la labor que le compete efectuar al tribunal de la causa al momento de “*ponderar*” la procedencia de la solicitud de liquidación y/o reorganización planteada por el deudor, es de importancia gravitante, dado que su decisión afirmativa constituye, en la práctica, una verdadera “*luz verde*” a las reales intenciones del deudor tenidas en cuenta –y en mente– al momento de dar inicio al respectivo procedimiento concursal voluntario, respecto de las cuales existe un variado abanico de posibilidades, que va desde la efectiva intención –en la medida de lo posible– de pagar los créditos a sus acreedores, hasta aquella más perversa, consistente –*lisa y llanamente*– en eludir el pago total de los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRIA, HÉCTOR, *Entrepreneurship y aspectos humanos no patrimoniales en la insolvencia*, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2009.

CONTADOR ROSALES, NELSON y PALACIOS VERGARA, CRISTIAN, *Procedimientos Concursales*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO, “Sobre el concepto básico de insolvencia”. *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2005.

GALLETTI, DANILO, *La Ripartizione Del Rischio Di Insolvenza*, Il Mulino Ricerca Bologna, Italia, 2006.

GÓMEZ BALMACEDA, RAFAEL y SMART EYZAGUIRRE, RAFAEL, *El Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2009.

JEQUIER LEHUEDÈ, EDUARDO, *Estudios de derecho concursal. La Ley N° 20.720, a un año de su vigencia. Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2016.

JEQUIER LEHUEDÈ, EDUARDO, *Curso de Derecho Comercial. Derecho Concursal*, Tomo III, Volumen 1, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2019.

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL, *La nueva ley concursal. La declaración de Concurso*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, España, 2005.

PALMA ROGERS, GABRIEL, *Legislación de quiebras*, Santiago de Chile, 1940.

PUELMA ACCORSI, RAÚL, *Curso de Derecho de Quiebras*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1983.

PUGA VIAL, JUAN ESTEBAN, *Derecho concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2014.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VÁZQUEZ CUETO, JOSÉ, “El Presupuesto Formal del Concurso. El Procedimiento de Declaración de Concurso Derecho”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO y VIGUERA RUBIO, JOSÉ, Pluralidad de acreedores”, en BELTRÀN, EMILIO Y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ, (directores), *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO, “Derecho Concursal” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vigésima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2017.

ROJO, ÁNGEL, “Insolvencia”, en BELTRÀN, EMILIO y GARCÍA-CRUCES, JOSÉ, (directores); *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Tomo II, F-Z, Editorial Aranzadi, Madrid, España, 2012.

RUZ LÀRTIGA, GONZALO, *Nuevo Derecho Concursal chileno. Procedimientos Concursales de Empresas y Personas Deudoras*, Tomo II, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2017.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO, *Derecho comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Tomo IV, Sexta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007.

SANDOVAL LÓPEZ, RICARDO. *Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Derecho Concursal*, Séptima Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2015.

VARELA VARELA, RAÚL, *Curso de Derecho Comercial, Quiebras. Apuntes de clases*, Segunda parte, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1962.

VÀZQUEZ CUETO, JOSÉ, “Los Presupuestos materiales del concurso”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO y DÍAZ MORENO, ALBERTO (coordinadores), *Derecho Mercantil*, Décima Quinta Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2013.