



TESIS DE PREGRADO

Sobreendeudamiento y críticas al procedimiento concursal de personas deudoras

Paula Díaz Núñez
Camila Jamen Inostroza

PROFESOR GUÍA
Tomás Goñi Price

Valparaíso, 2022.

El presente trabajo de investigación analiza el sobreendeudamiento en los procedimientos concursales de las personas deudoras en Chile, considerando la actual crisis económica producida por la pandemia y la posibilidad de llevar a cabo la extinción de saldos insolutos, conocidos en el derecho comparado como idea del descargue de la deuda o discharge planteando serios desafíos en materias de internación, contornos, defectos.

Para nuestros padres, siempre.

ÍNDICE

Índice.....	4
Introducción.....	5

Capítulo I Nociones generales

1. Crédito.....
2. Cesación del pago e insolvencia
3. Sobreendeudamiento.....

Capítulo II Discharge

1. El origen y la evolución de la extinción del saldo insoluto.....
2. Historia del discharge.....

Capítulo Derecho comparado

III

1. Derecho comparado.....
2. España.....

Capítulo IV Legislación Nacional

1. Origen en Chile del discharge.....
2. Problemas del discharge en nuestra legislación.....
3. Propuesta de modificación a nuestra legislación.....

Conclusiones.....

Bibliografía.....

INTRODUCCIÓN

De acuerdo al informe realizado por la Universidad San Sebastián y Equifax en el marco de deudas impagas de créditos personales, el periodo de abril a junio del presente año hay un total de 4.142.633 deudores morosos, el que aumentó un 0.7 % con respecto al trimestre anterior. Los datos del informe evidencian que la mayor cantidad de morosos se encuentran en el retail (46%), la banca (25%), actividades financieras y de seguros (15%), siendo estas últimas las que concentran las más altas cantidades en mora, abarcando el 60% del total¹.

Como consecuencia, se puede reflejar en el uso intensivo de créditos se ha ido incrementando por las circunstancias del contexto económico actual que presenta el país. De acuerdo al boletín estadístico realizado por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento en el periodo de enero a octubre del presente año han ingresado un total de 3.010 casos en los distintos procedimientos concursales. Dentro de estos, Procedimientos Concursales iniciados, los procedimientos de Renegociación, acumulan 187 procedimientos admisibles, mientras que los Procedimientos Concursales de liquidación de bienes de la persona deudora alcanzaron a 1.923². Son estos dos últimos procedimientos los que serán objeto de este trabajo.

Es relevante en este asunto el sobreendeudamiento, se puede observar el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, se hace una aproximación a la noción de sobreendeudamiento del siguiente modo: *“Hablar de endeudamiento excesivo o de sobreendeudamiento es hacer referencia a situaciones en las que el deudor se ve en la imposibilidad, de forma duradera, de pagar el conjunto de sus deudas, o expuesto a una amenaza seria de no poder hacerles frente en el momento en que sean exigibles”*³. Es decir, estamos frente a este fenómeno cuando evidenciamos una situación permanente de la incapacidad de cumplir puntual y regularmente con las obligaciones financieras contratadas.

En términos globales los niveles de endeudamiento presentan un alza sostenida a partir de la última década del siglo XX, especialmente en Estados Unidos, en razón de la facilitación del

¹ Universidad San Sebastián, Equifax. (2022), p. 11.

² Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. (2022), p.2.

³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo (2008/C 44/19).

acceso al mercado del crédito para lograr un incremento en los niveles del consumo. La visión que tenían sobre ello, era una forma de aceptar que el endeudamiento como forma de vida, o, como expresa Calder, como un medio para “financiar el sueño americano”⁴

La crisis subprime terminó por incrementar el número de personas endeudadas, que en lugar de contribuir a la sociedad, fueron forzados a depender de ese sistema. “*A partir de este punto, no solo se han propiciado cambios en los ordenamientos concursales, perfeccionando o incluyendo procedimientos especialmente diseñados para los consumidores, sino que se han observado también las reglas aplicables al otorgamiento y ejecución de los créditos.*”⁵

Los ordenamientos comparados se han enfrentado a varias encrucijadas al tratar el sobreendeudamiento, en especial al tiempo para crear reglas jurídicas que sean coherente con dos fuerzas aparentemente opuestas, por una parte a la protección del consumidor y por otra la que alude a la estabilidad del sistema financiero. Sin embargo, un punto de conexión entre estas dos fuerzas es la generación de ciertas barreras o precauciones al momento de otorgamiento del crédito.

En este contexto, la Ley N° 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas parece otorgar una fuerte tutela jurídica al consumidor insolvente por medio de “*la exoneración legal de los saldos insolutos de las deudas anteriores al inicio de un procedimiento concursal de una persona deudora (discharge), a fin de crear las condiciones para el reinicio de una actividad productiva*”⁶.

El discharge, que nuestro sistema denomina extinción de los saldos insolutos, se reconoce en los artículos 255 y 268 de la ley 20.720. Esta figura es disruptiva en la lógica de las codificaciones decimonónicas con respecto a las prestaciones de dinero, en que el núcleo del derecho de las obligaciones se plantea desde la promesa del pacta sunt servanda (art. 1545 CC), a lo menos en la lógica contractual, pero fundamentalmente siguiendo el principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 2465 CC)⁷. Esto, significa que el acreedor podía perseguir el cumplimiento de las obligaciones en todos los bienes presentes como también de los

⁴ Citado en Calder (1999), p. 27.

⁵ Goldenberg Serrano, J. L. (2020).

⁶ Goldenberg Serrano, J. L. (2020).

⁷ Goldenberg Serrano, J. L. (2020).

futuros del deudor hasta la completa extinción del crédito, promesa que de alguna se va viendo desarticulada con la nueva realidad que implica sobreendeudamiento de los consumidores y esta posibilidad de llevar a cabo o lograr la extinción de estos saldos insolutos por medio del discharge.

En este trabajo se analizará la disrupción que implica esta idea del discharge, o descargue de la deuda, discharge en nuestra lógica del derecho de las obligaciones y que plantea serios desafíos en materias de internación. Primero se identificará el sobreendeudamiento, y su influencia en la cesación de pagos e insolvencia. considerándose en el contexto pandemia y crisis económica como un resultado desfavorable, aunque de alguna manera previsible que requiere un tipo de respuestas jurídicas, debiendo velar, con todo, por su uso adecuado. A la luz de estas nociones, abordaremos la institución del discharge, cubriendo el origen de la institución, su evolución histórica, derecho comparado y problemas en nuestra legislación chilena.

CAPÍTULO I

1. Crédito

El concepto económico jurídico del crédito se encuentra estrechamente vinculado con el Derecho Concursal, aún más, se señala como sus fines esenciales la protección del crédito.⁸

*“En el lenguaje comercial y en el común, la palabra “crédito” está vinculada con el “crédito mutuario” por medio de bancos y otras instituciones financieras”. Al igual, la Ley 18.010 en su artículo 1 define las operaciones de crédito de dinero como “aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto de aquel en que se celebra la convención”.*⁹

Su relevancia radica en la adquisición de bienes y de capitales a quienes los precisan, sea para consumo o para desarrollar su actividad productiva.¹⁰ En relación a ello, se presenta un problema al acceso al crédito luego que la persona ya está liquidada para optar a la continuidad de sus actividades las entidades bancarias no suelen dar créditos a la persona en un estado de insolvencia por el riesgo que se someten si es que no se obtiene el crédito de vuelta, además por la calificación y provisión a la que las obliga la ley.

Esta protección debe ir evolucionando en la medida que el contexto vaya cambiando, es decir, la afectación del desarrollo de la economía o en distintos sujetos afectados en esta ley concursal debido a que si se presenta una obligación incumplida, se provocará una cadena de incumplimiento sucesivos con importantes consecuencias tanto económicas como jurídicas, donde se debe hacer énfasis a la fuerza del conflicto en cuestión, esto ya que debiese haber un cumplimiento efectivo de las obligaciones, pero a la vez se tiene una conciencia de la imposibilidad material del pago, ubicándose en un estado en donde no hay escape, por lo que hay insolvencia.

2. Cesación del pago e insolvencia

⁸ Puga, 1999, como se citó en Macaya, 2016.

⁹ Guzmán Brito, 2014.

¹⁰ Macaya, 2016.

2.1 Cesación del pago

La cesación de pagos se considera un medio revelador de la insolvencia, esto como la imposibilidad de atender los pagos cuyos cobros sean exigibles, con los insuficientes bienes disponibles para quedar en condiciones de afrontarlos. Esto podría asemejarse a una enfermedad orgánica que no se refleja con la aparición de algún síntoma que pueda descubrirla¹¹.

“La cesación de pagos es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, con los compromisos que lo afectan”¹².

En cuanto a la cesación de pagos, esta no necesariamente provoca incumplimiento de sus obligaciones, ya que implica una condición patrimonial que puede llevar al deudor a cumplir o no su obligación, pero esta no es un requisito.

Por tanto, la cesación de pagos es la situación concursal de una persona o empresa para hacer frente a sus obligaciones, lo que se refleja cuando se acogen a la ley de insolvencia, por lo que cesa el pago de sus obligaciones.

2.2 Insolvencia

Una de las causas más comunes de la cesación de pagos es la insolvencia. Esta es generalmente una situación donde el pasivo es mayor que el activo, aunque, también podría darse por la situación en que el activo es mayor que el pasivo, pero este es ilíquido, siendo por tanto un déficit de caja, por lo que no se puede cumplir con las obligaciones porque no hay dinero.

Esto sucede debido a que los flujos de los deudores están relacionados con el flujo de caja de otros acreedores, siendo por lo tanto, una situación de distribuidor a proveedor, por lo que se requiere que los deudores cumplan con sus obligaciones¹³.

3. Sobreendeudamiento

¹¹ Gómez, Eyzaguirre. 2012.

¹² Chávez. 2020.

¹³ Chávez. 2020.

Es evidente que el sobreendeudamiento no es un término desconocido. Sin embargo, se debe tener presente que es *“una situación patrimonial crítica de una persona natural, pero el concepto es aún impreciso en la definición de sus contornos económicos. De ello se derivan las dificultades para la configuración de su contenido jurídico a modo del establecimiento de sus requisitos y formas de acreditación”*¹⁴, y como consecuencia, no existe un tratamiento uniforme por parte de los ordenamientos jurídicos.

El sobreendeudamiento es considerado un efecto no deseado del mayor acceso al crédito por parte de los consumidores. Así, si bien en general se considera que el acceso al crédito beneficia la actividad de una economía y que permite la satisfacción de las necesidades complejas de la población, su fácil acceso y la inadecuada comprensión de su naturaleza por los consumidores, engloba el riesgo de producir consecuencias negativas, siendo el sobreendeudamiento su ejemplo más claro.

Normalmente es posible distinguir entre un sobreendeudamiento activo y uno pasivo o involuntario. El primero, refiere a *“aquellos supuestos en los que el consumidor provoca en forma dolosa, o al menos negligente, su propio estado de insolvencia aumentando su endeudamiento excesiva o irreflexivamente [...], pudiendo llegar incluso a niveles de conducta compulsiva”*¹⁵. Es decir, aquellos casos en donde ha existido un impulso al sobreconsumo dado por situaciones que se denomina el consumo simbólico o consumo posicional el hecho de “ser por tener”.

Por otra parte, el sobreendeudamiento pasivo o involuntario, *“viene producido por causas ajenas a la voluntad del consumidor de la más variada índole: pérdida del puesto de trabajo, accidentes, enfermedades, fallecimiento del cónyuge, sanciones tributarias, disolución del matrimonio o aumento inesperado de la familia”*¹⁶, esto es, cuando sobreviene de alguna manera un riesgo que se encuentra completamente ajeno al consumidor y termina mermando su capacidad de pago.

Al igual, las obligaciones que afectan al patrimonio en contraste con su activo no nos cierra la posibilidad de ver en un futuro la mejora en el flujo financiero que pueda cambiar la situación,

¹⁴ Beltrán Sánchez, Emilio. (2009), p. 119.

¹⁵ Citado en Álvarez (2010), p. 52.

¹⁶ Citado en Álvarez (2010), p. 53.

esto porque las circunstancias pueden cambiar. Es un estado patrimonial el cual se exterioriza por el exceso de pasivo, pero que no puede por sí mismo conformar un estado de incapacidad o cesación de pagos.

Por ello, cada sistema a nivel comparado tiene como requisito necesario para poder predicar la iliquidez del deudor el que este caiga en el incumplimiento de algunas obligaciones. Ejemplos de esto es el caso de Francia, donde se entiende que el concepto de sobreendeudamiento de una forma amplia, exigiendo eso que el deudor se encuentre en una situación de buena fe, remitiendo a las comisiones de sobreendeudamiento y a los tribunales la determinación casuística de los supuestos en los que pueden y deben arbitrarse las medidas dispuestas en el Código del Consumo. En Alemania se concibe como *“la incapacidad del pago actual o previsible que permite la apertura del procedimiento de insolvencia en Alemania, entendiéndose que existe incapacidad de pago cuando el deudor no se halla en la situación de cumplir una obligación de pago vencida”*¹⁷.

Sin perjuicio de esta regla general, excepcionalmente sí podría diagnosticarse por anticipado la incapacidad de pago frente al sobreendeudamiento actual, cuando sea evidente que del mercado financiero no surgiría ninguna alternativa crediticia que mejore el estado patrimonial de la persona deudora, o en caso de poder acceder a cierta cobertura financiera, ella no sería suficiente o sostenible en el tiempo¹⁸.

En cuanto a un estudio, se considera que para nuestro país existe un sobreendeudamiento en un hogar si su ratio de deuda sobre ingreso es mayor a 0,5 o si su ratio de carga financiera sobre ingreso es mayor a 0,8. Lo que nos da como resultado del estudio, que alrededor del 5% y un 30% de los hogares chilenos podrían estar sobreendeudados. Se concluye que esta proporción de endeudamiento se relaciona en un mayor nivel en los hogares de menores ingresos, lo que no genera un riesgo sistemático, pero sí puede llegar a afectar alguna entidad financiera que se concentre en este segmento del mercado¹⁹.

¹⁷ Bozzo Hauri, S. 2020.

¹⁸ Pérez Ragone, A. Martínez Benavides, P. 2015.

¹⁹ Caballero Germain, G. 2018.

Con todo, los estudios no son coincidentes. *“Otro estudio más reciente, considerando un hogar vulnerable como aquel que destina un 30% o más de su ingreso mensual a pagar una deuda no hipotecaria, arroja como resultado que un 30% (702.765 hogares con deuda no hipotecaria) muestra sobreendeudamiento, con una alta concentración (49%) en los hogares pertenecientes a los deciles 1 a 5”*²⁰.

Otro estudio, más reciente que el anterior, sobre la morosidad, analiza el sobreendeudamiento a la luz del número de créditos impagos por hogar. Así, sobre 4 créditos impagos, hay poco menos de 5 millones de personas naturales en mora en cuanto a su obligación crediticia, lo que equivale a un porcentaje del 40,1 de sobreendeudamiento, correspondiendo a 5 o más cuotas sin pagar de diferentes créditos²¹.

A pesar de las diferencias encontradas en los resultados de los distintos estudios, se puede concluir que la existencia de un sobreendeudamiento va en creces, y que afecta con mayor vigor a los hogares de estratos sociales más bajos²². Según estudios sobre sus efectos en las personas, esta creciente tendencia al sobreendeudamiento se relaciona con los síntomas de depresión, teniendo mayor incidencia en los hogares con deudas, hogares que pertenecen a los quintiles más bajos²³.

Finalmente, esta tendencia se convierte en un potencial riesgo sistémico del mercado financiero. Con ello, pasa a ser una cuestión pública, dejando de entenderse como un problema privado, siendo una herramienta necesaria la exoneración legal de deudas al momento de concluir el concurso de un consumidor²⁴.

²⁰ Caballero Germain, G. (2018).

²¹ Caballero Germain, G. (2018).

²² Caballero Germain, G. (2018).

²³ Caballero Germain, G. (2018).

²⁴ Caballero Germain, G. (2018).

CAPÍTULO II

1. *Razones prácticas que justifican el discharge*

La ley 20.720 otorga una fuerte tutela al consumidor insolvente por medio de la exoneración legal de los saldos insolutos de las deudas anteriores al inicio de un procedimiento concursal de una persona deudora, lo que se denomina, discharge. Esto, con el fin de crear las condiciones necesarias para el reinicio de una actividad productiva, es decir, se le da una segunda oportunidad, o fresh start²⁵.

Como el discharge consiste en la exoneración de saldos insolutos, se puede llegar a la conclusión que este *“tiene como finalidad permitir la reinserción de una persona natural insolvente en la actividad económica a través de la distribución del riesgo de sobreendeudamiento entre los acreedores. Esto supone el inicio de un procedimiento concursal de liquidación, agotado el cual, el deudor quedará liberado del pago de los saldos insolutos, traspasándose el riesgo de sobreendeudamiento desde el deudor-consumidor a los acreedores, pues estos últimos están en mejor posición para monitorear el comportamiento de un deudor y, por consiguiente, asumir el riesgo de sobreendeudamiento. De esta forma se incentiva un mercado crediticio dinámico y de fácil acceso para los consumidores, de la mano de políticas de concesión de crédito prudentes y equilibradas”*²⁶.

Esto tiene relación con el sobreendeudamiento, puesto que con el gran aumento del número de tarjetas de créditos y los créditos concedidos por casas comerciales, que a lo largo de las últimas décadas han dado acceso masivo al crédito. Con esta ampliación de mercado denominada “democratización del crédito” se han ido presentando los endeudamientos como un fenómeno social, lo que tiene vinculación directa con una política pública de favorecimiento del acceso al crédito, lo que apoyan los economistas²⁷.

Es tal el apoyo de los economistas, que la literatura económica sugiere que este acceso al crédito se ha convertido en una herramienta de gran valor al momento de combatir la pobreza y la

²⁵ Caballero Germain, G. (2018).

²⁶ Caballero Germain, G. (2018).

²⁷ Caballero Germain, G. (2018).

desigualdad de los ingresos²⁸. En efecto, en nuestro país, diferentes estudios señalan una correlación positiva entre el desarrollo del sistema financiero con el crecimiento económico²⁹.

Así, en el último tiempo, los consumidores, especialmente aquellos de los quintiles más bajos, han tenido un mayor acceso al crédito, lo que ha permitido que aumente su bienestar. Sin embargo, esto se ha logrado sacrificando su estabilidad económica, ya que es sobre un mayor endeudamiento que, frecuentemente, no es ponderado adecuadamente por los consumidores o excede su capacidad de endeudamiento. Es por ello que el porcentaje de hogares con deuda aumenta de un 69,6% en el año 2007, a un 72,6% en el año 2017³⁰.

Según los datos entregados anteriormente, se entiende entonces que *“una persona deja de beneficiarse de las ventajas del crédito cuando la carga financiera se torna insoportable, fenómeno usualmente denominado como sobreendeudamiento. Según el grado de control por parte del deudor, las causas de excesivo endeudamiento suelen dividirse en activas (exceso de créditos, mala administración, gastos domésticos y exceso de cobros) y pasivas (pérdida del empleo, divorcio, enfermedad o accidente, disminución del ingreso, muerte, entre otras). Si bien la literatura económica enseña que el sobreendeudamiento surge usualmente de una combinación de factores, el desempleo y la enfermedad presentan una gran incidencia. De lo anterior se desprende que, mayoritariamente, el sobreendeudamiento es pasivo”*³¹. Al ser este en su mayoría pasivo, es difícil de poder predecir.

2. Historia del discharge

La figura del discharge tuvo su origen en Inglaterra, alrededor del año 1705, esto cuando el Parlamento de la Reina Ana promulga un Statute que instauraba la liberación del deudor honesto y cooperador de las deudas previas al procedimiento de insolvencia, siempre que obtuviese un certificado de conformidad que era emitido por una comisión concursal, y además, el consentimiento de los acreedores. La finalidad de esta regulación consistía en mejorar las posibilidades de cobro, por ello, la comisión que entregaba dicho certificado de conformidad tenía que considerar -por ejemplo- la colaboración del deudor tanto en poner a disposición sus bienes,

²⁸ Caballero Germain, G. (2018).

²⁹ Caballero Germain, G. (2018).

³⁰ Caballero Germain, G. (2018).

³¹ Caballero Germain, G. (2018).

como suministrar información sobre sus negocios, es decir, se tenía en consideración la buena fe del deudor insolvente³².

Por su parte, en el año 1841 en Estados Unidos se dicta el Bankruptcy Act, donde se propició la fisonomía del discharge que se mantiene hasta la actualidad, y que puede resumirse en la ida de ser pro debitoris, esto es, para el deudor. Esto ocurrió de la mano de la expansión del procedimiento concursal, que se amplió a todo deudor, sin importar si este fuese comerciante o no, junto con la voluntariedad del deudor, y a la exoneración legal de los saldos insolutos, ello es, la limitación de la facultad de los acreedores de oponerse al discharge. Las características ya definitivas de la exoneración legal de deudas que conlleva este fenómeno, quedan moldeadas a partir de la Bankruptcy Act del año 1898, esto debido a que se eliminó como requisito el consentimiento de los acreedores que se consideró en un principio³³.

Este carácter pro debitoris de esta figura lleva a un cambio de la función concursal, ya que el poder de disposición sobre los bienes del deudor afectados al concurso sale de la esfera de decisión del deudor y queda en manos de los acreedores. Esto último, puede considerarse coherente con la condición de residual owners de los accionistas, es decir, solo tienen derecho a las utilidades o al reembolso de los aportes una vez satisfechas las deudas sociales que son exigibles³⁴. No es algo que se vea en nuestro ordenamiento, sin embargo, es interesante conocer las discusiones que se han planteado sobre el tema. La doctrina norteamericana, por ejemplo, sobre esta figura en relación a los intereses que debe orientarse la gestión de esas sociedades cara a su reestructuración o reorganización tras la insolvencia, algunos autores partidarios del Law and Economics han planteado que esa orientación no debe considerar tanto el respeto de los deberes legales de los administradores frente a los acreedores en general, sino criterios de eficiencia, esto es porque *“los acreedores privilegiados tienen asegurado el cobro de su crédito, carecen de interés por implicarse en la reestructuración. En el lado opuesto están los accionistas: no van a cobrar nada, por lo que tampoco les interesa la reorganización. Quedan los acreedores restantes, a los que se concede el título de “residual owners” porque sus intereses coinciden con el de la sociedad*³⁵. Esta postura ha sido ampliamente criticada por su imprecisión, parece ideal que se

³² Caballero Germain, G. (2018).

³³ Caballero Germain, G. (2018).

³⁴ Caballero Germain, G. (2018).

³⁵ Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006)

oriente frente a situaciones de insolvencia el respaldo del grupo que, precisamente por su condición de postergado, se convierte en un acreedor “residual”.

La regla del discharge tiene como finalidad brindar al deudor la posibilidad de iniciar nuevamente una actividad productiva para así generar ingresos suficientes para cubrir gastos tanto personales como familiares, libre de las cargas crediticias excesivas previas al inicio del procedimiento concursal, el que es muy costoso. Esto porque una persona sobreendeudada, en donde sus afectos han sido repartidos entre sus acreedores concursales, carece de incentivos para reinsertarse en el mundo económico, ya que toda ganancia será capturada por sus actuales acreedores. Ello profundiza los problemas económicos, de salud y familiares vinculados al sobreendeudamiento, lo que agrava y perpetúa la situación, impidiendo de este modo, que el deudor pueda desarrollarse plenamente, lo que también impide que la comunidad pueda observar el potencial creativo de aquella persona.

Por lo que la regla del discharge lo que evita es prolongar una situación insuperable para el deudor, poniéndose al igual en el lugar del acreedor, debido a que este podría ahorrarse los gastos concursales, y el Estado también ahorrarse los gastos que se derivan de la actividad jurisdiccional o administrativa que pueda conllevar el caso³⁶.

³⁶ Caballero Germain, G. (2018).

CAPÍTULO III

1. Derecho comparado

El fenómeno del discharge, es decir, de la exoneración legal de los saldos insolutos, se ha ido incorporando en los ordenamientos de los diferentes países, junto con un similar propósito perseguido, pero, igualmente la configuración de la institución varía en cada sistema jurídico. Pese a las diferencias, pueden entonces identificarse algunos elementos comunes del hecho normativo presente al nivel comparado, los que se describen a continuación:³⁷.

i) La honestidad del deudor

Se pretende que esta exoneración legal de los saldos insolutos tras el término de un procedimiento concursal sean una regla del deudor honesto, pero desafortunado. Por tanto, requiere una conducta correcta por parte de este, exigiendo en consecuencia, un actuar de buena fe. Es por ello que se establece un catálogo de conductas que excluyen la buena fe exigida, como por ejemplo, la omisión u ocultamiento de ciertos bienes o créditos por parte del deudor o la simulación de deudas. Tampoco sería procedente cuando exista ocultamiento del éxito de acciones revocatorias o de simulación, la declaración culpable del concurso o se establezca la de responsabilidad penal concursal. Sin perjuicio de aquello, la inexistencia de activo o la presentación de bienes de escaso valor al momento de iniciar este procedimiento no constituye, en sí mismo, un hecho excluyente de la buena fe del deudor³⁸.

La correcta conducta exigida al deudor debe ser mantenida en el tiempo, es decir, se exige tanto antes, como durante el concurso, e inclusive, hasta el total cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el consumidor/deudor en el procedimiento concursal. Tiene como finalidad evitar abusos respecto al comportamiento posterior del deudor³⁹.

ii) El cumplimiento de un plan de pagos

Este beneficio está regularmente sujeto a la exigencia de un pago mínimo, por ejemplo, el 10% de la deuda, o puede quedar sujeto a un plan de pagos acordado con los acreedores y aprobado

³⁷ Caballero Germain, G. (2018).

³⁸ Caballero Germain, G. (2018).

³⁹ Caballero Germain, G. (2018).

por el tribunal u órgano administrativo, según sea el caso. En este último caso, los pagos se extienden por períodos variables, que generalmente son de 3 años. Con todo, este requisito no es aplicable a aquellos deudores que no se encuentran en condiciones favorables de realizar aquel pago. Por esta razón, en el caso de aquellos deudores carentes de bienes afectos al concurso, conocidos bajo la sigla NINA -no income, no assets, lo que significa sin ingresos, sin bienes-, existe una tendencia a facilitar el discharge a través de procedimientos breves y simplificados, sin sujeción a un plan de pagos⁴⁰.

iii) La concesión fundada del beneficio

La exoneración legal de la deuda exige un levantamiento específico de la autoridad, sea judicial o administrativa, con miras a garantizar que se cumplen los requisitos de procedencia del beneficio legal, sin importar si aquel pronunciamiento se emite de manera conjunta con el cierre del concurso o en una fase posterior⁴¹.

En línea con la exigencia de una concesión fundada del beneficio, hay que considerar que en algunos ordenamientos, tanto los acreedores como el liquidador tienen derecho a solicitar la revocación del discharge⁴².

Sin embargo, con el pasar de los años se ha desarrollado una tendencia a conceder de manera automática el discharge, esto es, sin necesidad de una decisión específica del tribunal, en donde una vez transcurrido cierto plazo, y cumplidos ciertos requisitos, se concede aquel beneficio⁴³. Lo que no debiese ocurrir, esto ya que el discharge al ser una exoneración legal de saldos insolutos, debiese contar con un examen exhaustivo en donde se comprueben los requisitos que se exigen, esto para evitar fraudes y no perjudicar a los acreedores involucrados.

iv) La educación financiera del deudor

En los distintos ordenamientos, se suele exigir un cambio de hábitos en cuanto a la administración del dinero, lo que podría llevar a contribuir a una mejor formación en aspectos básicos de economía. Es por ello, que varios ordenamientos incluyen para la concesión de la

⁴⁰ Caballero Germain, G. (2018).

⁴¹ Caballero Germain, G. (2018).

⁴² Caballero Germain, G. (2018).

⁴³ Caballero Germain, G. (2018).

exoneración legal de los saldos insolutos, la asistencia a cursos de formación básica sobre finanzas, lo que permite que en un futuro emprendimiento se pueda impedir la quiebra⁴⁴.

v) Oportunidades

Este beneficio solo es concedido una vez, debido a que tratado como una solución excepcional, por lo que solo se puede acceder una sola vez en la vida del deudor/consumidor o permitirse una nueva concesión solamente tras un largo plazo desde su anterior obtención⁴⁵.

vi) Las deudas exceptuadas

Esta ayuda extraordinaria no debe afectar a otros intereses dignos de una tutela superior . Por ello, se excluyen ciertas obligaciones que se mantienen intactas, entre las que se pueden destacar: a) los alimentos u otras deudas de familia con hijos y cónyuge; b) las multas y otras sanciones; c) los impuestos y otras deudas con la administración; d) préstamos educacionales; e) deudas por responsabilidad penal, y; f) deudas por responsabilidad extracontractual⁴⁶.

vii) El efecto extintivo

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos el discharge extingue las obligaciones pendientes de pago tras el cierre del concurso. Pero, en una minoría de los ordenamientos, el efecto consiste en la inexigibilidad de las referidas deudas⁴⁷.

Si bien en un primer momento puede parecer una diferencia menor, esto tiene relevancia. En este sentido, si el efecto del discharge es la exoneración de la obligación principal, la extinción de esta traerá como consecuencia la exoneración de las obligaciones accesorias que pudieran existir. Pero, si ésta subsiste y sólo tiene el efecto de que se vuelvan inexigibles, dicho efecto no puede extenderse a las cuestiones accesorias, por lo que se entiende que la eventual garantía no debe extinguirse.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en todos aquellos casos que no existan cuestiones accesorias los resultados suelen ser similares. Tampoco debe pasar inadvertido que, en

⁴⁴ Caballero Germain, G. (2018).

⁴⁵ Caballero Germain, G. (2018).

⁴⁶ Caballero Germain, G. (2018).

⁴⁷ Caballero Germain, G. (2018).

el caso de las garantías exógenas, ellas subsisten sin importar si se extingue o no la obligación principal, en aquellos casos que la ley expresamente afirma la subsistencia de las garantías constituidas por terceros, o bien la jurisprudencia así lo ha declarado⁴⁸.

Teniendo presente la existencia de estos elementos comunes que generalmente se manifiestan en la regulación del discharge, debe tenerse presente que igualmente este fenómeno varía en los distintos ordenamientos jurídicos, reflejando especialmente la sensibilidad local frente al fenómeno del sobreendeudamiento. Esto, siempre teniendo como núcleo común la necesidad de una tutela especial al deudor, obteniendo así, el derecho concursal del consumidor una fisonomía propia por la alteración de las reglas del derecho común⁴⁹.

2. España

En el caso del ordenamiento español, no se encuentra regulado un procedimiento especial de sobreendeudamiento o uno que haga referencia a la insolvencia de los consumidores, esto porque, el legislador ha considerado como una mejor opción tratar el sobreendeudamiento con un sistema fragmentado⁵⁰. Es decir, se organizan a través de puntos aislados e incomunicados entre ellos, lo que dificulta una atención continuada.

El sistema español lo que busca es la protección de los deudores hipotecarios, refiriéndose en específico a la vivienda habitacional. Es por ello que tienen legislación que alude a aquello, en cuanto la Ley 14/2013 que daba un especial apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por cuanto accedía a la implementación de un procedimiento extrajudicial de pagos, permitiendo como una circunstancia extraordinaria la exoneración de las deudas del consumidor insolvente, pero, en su artículo 231 establecía una limitación subjetiva conforme a la cual quedan excluidos del ámbito de los consumidores. La Ley recién mencionada, fue modificada por el Real Decreto Ley 1/2015 que versa sobre mecanismos de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y medidas en general que tienen que ver con el orden social.⁵¹

⁴⁸ Caballero Germain, G. (2018).

⁴⁹ Caballero Germain, G. (2018).

⁵⁰ Bozzo Hauri, S. (2020).

⁵¹ Bozzo Hauri, S. (2020).

Por lo que esta modificación del año 2015 vino a flexibilizar el acuerdo extrajudicial de pagos, dando la oportunidad de participar cualquier persona, sea es física o jurídica, sea comerciante o no, siempre que se encuentre en una situación de insolvencia o que de manera definitiva caerá en esta⁵².

Al igual, todos los sujetos mencionados anteriormente pueden acceder a la exoneración de deudas mientras fracase el acuerdo extrajudicial de pagos. Todo esto bajo el contexto del concurso, es decir, que hayan terminado las operaciones de liquidación, o se haya producido la insuficiencia de la masa activa⁵³.

⁵² Bozzo Hauri, S. (2020).

⁵³ Bozzo Hauri, S. (2020).

CAPÍTULO IV

1. Origen en Chile del discharge

Por primera vez en nuestro ordenamiento la extinción de los saldos insolutos del deudor persona natural sujeto a un procedimiento concursal de liquidación, en el año 1929, en los siguientes términos:

“Se sobreseerá también definitivamente, aun cuando las deudas no se hubieren alcanzado a cubrir con el producto de la realización de todos los bienes de la quiebra, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1.- Que hayan transcurrido cinco años contados desde que hubiere sido aprobada la cuenta general del síndico;

2.- Que, habiendo terminado el procedimiento de calificación de la quiebra del deudor comerciante, por sentencia ejecutoriada, la quiebra haya sido calificada de fortuita y si se tratare de un deudor no comerciante que no haya sido condenado por alguno de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal.

El sobreseimiento de que trata este artículo extingue, además, las obligaciones del fallido por los saldos insolutos de sus deudas anteriores a la declaración de quiebra, sin perjuicio de distribuirse entre los acreedores el producto de los bienes adquiridos con posterioridad y ya ingresados a la quiebra, con arreglo al artículo 62 de la presente ley” (artículo 134 de la Ley N° 4.558).

Si bien dicha norma fue derogada por la Ley 18.175, el texto legal fue conservado en términos casi idénticos en el artículo 165 de la de la misma ley, la que fue posteriormente incorporada al Código de Comercio sin alterar su numeración. Fue así, como la norma en cuestión se mantuvo por más de 80 años vigente en nuestro ordenamiento, hasta la entrada en vigencia de la nueva ley concursal, ley número 20.720⁵⁴.

⁵⁴ Caballero Germain, G. (2018).

El único rasgo que se mantiene en común entre la regla derogada y la vigente es el carácter personal del discharge, beneficiando exclusivamente al deudor insolvente y no a terceros solventes. Esto se puede ver reflejado en el mensaje de la Ley N° 4.558 -derogada- que establece: la finalidad de la exoneración legal es salvar del “escepticismo y la desidia” al deudor insolvente tras liquidarse todos sus bienes afectos al concurso, por ser ello “prudente, humanitario y justo”. Lo que se refleja en el texto vigente como “las obligaciones contraídas por el Deudor”⁵⁵.

No se evidencia una intención de un cambio respecto a lo mencionado, inclusive, se entiende que el cambio significativo de la nueva ley tiene que ver con la pretensión de mejorar la posición de Chile en el ranking Doing Business, debido a que el promedio general de duración de un procedimiento concursal en nuestro país era muy extenso, alcanzando los 4,5 años, mientras que los países de la OCDE alcanzan los 1,7 años de promedio. Es por ello que el Mensaje de la ley vigente, establece que el procedimiento concursal era lento, de larga tramitación, siendo necesario cambios radicales para rebajar su duración, debido a que ello afecta negativamente la competitividad del país para realizar negocios⁵⁶.

En sus inicios el discharge, en la ley concursal previa, contaba con la *ausencia de un plazo y la rebaja de los requisitos subjetivos cambian a tal punto la fisonomía de la regla de exoneración que no puede afirmarse una continuidad. La exoneración de los saldos insolutos desempeñaba un papel secundario, pues operaba tras un largo plazo y cumplidos ciertos requisitos legales, todo lo cual disminuía su impacto tanto para el deudor como para los acreedores. En ese escenario, la amplitud del efecto extintivo no solía producir conflictos: transcurrido el plazo legal existía menos interés de los involucrados en la suerte del deudor. Por lo mismo, así concebida la referida regla, tampoco incentivaba al deudor a iniciar un procedimiento concursal con miras a obtener la exoneración legal de los saldos insolutos como objetivo principal, pues -vale la pena insistir- se trataba de una consecuencia lejana en el tiempo y dirigida a un grupo restringido de deudores*⁵⁷.

En cuanto a la actualidad y las modificaciones a la ley, “*el discharge aparece como el núcleo central de la protección del consumidor insolvente, dada su automática consecución en el marco de un procedimiento concursal de liquidación de una persona deudora. Este cambio radical*

⁵⁵ Caballero Germain, G. (2018).

⁵⁶ Caballero Germain, G. (2018).

⁵⁷ Caballero Germain, G. (2018).

*ha incentivado a los consumidores no sólo a iniciar más procedimientos concursales, sino a preferir la liquidación por sobre la renegociación. De allí que algunos han considerado esta práctica como un abuso por parte de ciertos consumidores, cuyo actuar temerario es aparentemente avalado por la generosidad del régimen concursal vigente”*⁵⁸. Es por ello, que este fenómeno vendría a aparecer como una escapatoria para evadir el cumplimiento de obligaciones que son plenamente exigibles, por lo que se verían perjudicados los acreedores involucrados.

Es por la nueva regla de exoneración legal de los saldos insolutos que se aumenta innecesariamente los incentivos para un comportamiento financiero descuidado por parte de los consumidores, lo que nos lleva a la “mala fama” del procedimiento de liquidación de bienes de una persona deudora⁵⁹.

Por la mencionada la negativa percepción de la actual regla del discharge automático, haga motivado reacciones correctivas, tanto de parte de las autoridades administrativas como judiciales,⁶⁰.

i) Autoridades judiciales lo declaran inadmisibile

Parte de algunos tribunales han controlado de manera rigurosa, e incluso, de manera abusiva, la admisibilidad de las solicitudes de inicio de procedimiento concursal de liquidación de una persona deudora, buscando con ello limitar su uso. Esto porque en la práctica, es decir, en las Cortes, se han considerado improcedentes, tomando ventaja de la demora para tramitar recursos, insistiendo en ellas debido a que las partes intervinientes prefieren buscar satisfacer esas exigencias por ser un camino más fácil de recurrir.

La razón de controlar al momento de la admisibilidad, se ve motivada en parte debido a que, una vez que se encuentre firme la resolución que da inicio al concurso, es difícil negar al deudor la exoneración legal de la deuda. En efecto, habiéndolo contemplado en nuestra legislación el carácter automático del discharge, se ha dejado poca cabida a la intervención de los tribunales a estos efectos. Tanto es así, que inclusive sin importar si este deudor se encuentra de buena o mala fe, o si está sujeto o no a responsabilidad penal concursal, será producirá el discharge. Así, como

⁵⁸ Caballero Germain, G. (2018).

⁵⁹ Caballero Germain, G. (2018).

⁶⁰ Caballero Germain, G. (2018).

dijimos, los tribunales centran su control al momento del inicio del procedimiento y la admisibilidad de la solicitud, en especial del procedimiento voluntario de liquidación de una persona deudora/consumidor con miras a impedir, disminuir o evitar su uso abusivo⁶¹.

En esta pretensión de los tribunales, han habido dos mecanismos de control a los que han recurrido en cuanto a la admisibilidad. El primer mecanismo se relaciona con sentencias que elevan las menciones que debe cumplir la solicitud de inicio del concurso al nivel de un requisito para la legitimación activa del solicitante. La mención típica que se hace es hacer la exigencia de la existencia de juicios ejecutivos pendientes, en circunstancias que la Ley no los exige.

De esta forma, apuntan a cuestiones formales, que podrían considerarse fáciles de remediar y no tendrían el efecto de disuadir a futuros consumidores. Un segundo mecanismo consiste en rechazar la solicitud de inicio del concurso por estimar los tribunales que no se ha probado la insolvencia del solicitante, teniendo en cuenta que la insolvencia es un antecedente indispensable, más no exigible por la Ley, siendo correcto que un tribunal deniegue el inicio del concurso si no se consta lo primordial, que es encontrarse insolvente frente a la situación, esto para poder evitar fraudes⁶².

ii) Las autoridades administrativas lo excluyen

La superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR) dictó el Oficio Circular N° 1 en el año 2015, el que fue modificado por el Oficio Circular N°3 publicado en el año 2016, esto con el fin de regular de manera exclusiva la tramitación del procedimiento de renegociación de una persona deudora. El Oficio Circular establece:

“De acuerdo a lo establecido en el artículo 8° de la Ley N° 20.720, las siguientes obligaciones, por su origen legal y naturaleza jurídica, resultan inconciliables con el Procedimiento Concursal de Renegociación de la Persona Deudora, por lo tanto no podrán ser invocadas como obligaciones vencidas, ni renegociadas en el referido procedimiento: a) Obligaciones en que el solicitante del referido procedimiento, tenga la calidad de fiador, codeudor o aval y no de deudor principal. b) Pensiones alimenticias atrasadas o futuras, de acuerdo a la Ley N° 14.908. c) Compensación económica, de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.947. d)

⁶¹ Caballero Germain, G. (2018).

⁶² Caballero Germain, G. (2018).

Cotizaciones previsionales de los trabajadores que hubieren estado bajo la dependencia de la Persona Deudora y las cotizaciones previsionales legales de la Persona Deudora, de acuerdo al Decreto Ley N° 3.500. e) Multas impuestas por Órganos de la Administración del Estado y Juzgados de Policía Local, de acuerdo a lo establecido en las respectivas leyes. f) Obligaciones provenientes de créditos con aval del Estado que no sean aún exigibles, de conformidad al artículo 12 de la Ley N° 20.027” (artículo 2.3 Oficio Circular N° 1 SIR).

Esta regla pretende por un lado, impedir renegociar ciertos créditos como son por ejemplo las pensiones alimenticias y las compensaciones económicas. Y, por otro lado, protegerlos frente al eventual discharge que puede resultar a partir de un acuerdo de ejecución. Es por ello, que el listado de créditos transcrito presenta notables coincidencias con el listado de créditos excluidos del mismo discharge en otros ordenamientos jurídicos. Por lo anterior, se puede llegar a deducir que hay una clara intención de limitar ciertas obligaciones de parte de la SIR que por su naturaleza jurídica no deben ni debieran ser parte de un procedimiento concursal⁶³.

Es discutible sostener que las facultades de la SIR le permitirán excluir ciertos créditos del procedimiento de renegociación, este listado puede producir ciertas consecuencias perjudiciales en cuanto al discharge, debido a que dificultará la exoneración de saldos insolutos en cuanto se relacionen con los créditos excluidos⁶⁴.

La exclusión de los créditos mencionados en el artículo 2.3 del Oficio, sólo tendrán efecto cuando la exoneración legal provenga de un acuerdo de ejecución. Esto produce algunos efectos, los que son: i) algunos créditos serán excluidos de la exoneración legal dependiendo si se produce a partir de procedimiento concursal de renegociación o de liquidación, lo que carece de una justificación válida, y ii) la SIR provoca un incentivo a favor de la liquidación concursal por sobre la renegociación, lo que es contrario a lo que pretende la ley vigente⁶⁵.

Este listado podría denominarse como oscuro, debido a que no menciona todas las obligaciones de origen legal, ni se precisa de manera correcta la naturaleza jurídica de las

⁶³ Caballero Germain, G. (2018).

⁶⁴ Caballero Germain, G. (2018).

⁶⁵ Caballero Germain, G. (2018).

diferenciaciones que se hacen para dejar fuera del alcance de este beneficio o no, ni tampoco se entiende por qué se omiten algunas obligaciones⁶⁶.

iii) La exclusión judicial

Los tribunales de justicia han tenido que dictaminar si ciertos créditos quedan comprendidos o no en el concurso de un consumidor, esto con el fin de evitar la muy probable exoneración legal de los mismos una vez se concluye aquel procedimiento concursal en cuestión⁶⁷.

Un ejemplo de esta situación es la discusión que atraviesa el CAE (carga anual equivalente). Este crédito universitario tiene innumerables fallos, uno de ellos realizado por la Corte Suprema Primera Sala (Civil) en el año 2017 en el que reconoce que Ley N° 20.720, que rige la institución del concurso para todo deudor, ha dejado a salvo en su regulación las materias que son especiales, como son las que fijan las normas del crédito destinado a financiar los estudios de educación superior, quiere decir entonces que, aplicando lo que expresamente dispone el artículo 4° del Código Civil, deben preferirse las disposiciones que exceptúa si entre ellas existe una específica para una cosa o negocio en particular, cuál es la concerniente a una situación de excepción, como es la comprendida en la Ley N° 20.027 para el tratamiento del consabido crédito universitario con la garantía del Estado, que rige la situación particular, con lo que ha de entenderse que de conformidad al artículo 13 del Código Civil esta disposición, por ser de excepción, prevalecerá especialmente sobre las normas comunes y ordinarias que regulan el concurso para las demás cosas o negocios generales, como lo estatuye por lo demás el artículo 8° de la propia Ley N° 20.720⁶⁸. Es decir que la ley especial va a primar por sobre la general, que impera en toda legislación, acogiendo el recurso de casación deducido por el titular Scotiabank Chile S.A

Problemas del discharge en nuestra legislación

En nuestro ordenamiento jurídico se puede observar un grave desequilibrio respecto a la tutela de los intereses involucrados respecto a las reglas del discharge. A continuación, se verán algunas:

⁶⁶ Caballero Germain, G. (2018).

⁶⁷ Caballero Germain, G. (2018).

⁶⁸ CL/JUR/3824/2017

i) La irrelevancia de la conducta del deudor

La conducta del deudor debe ser un elemento relevante para determinar si se concede o no la exoneración legal de los saldos insolutos, esto porque los deudores deshonestos no merecen ser liberados de sus deudas, ya que la tradición concursal debiese proteger al deudor honesto, pero desafortunado⁶⁹.

ii) La irrelevancia del tipo de crédito extinguido

Hay una falta de ponderación de los bienes jurídicos en pugna, lo que genera una fuerte tensión al momento de aplicar la regla del discharge, esto porque no hay diferencia alguna entre sí lo que se exonera tiene que ver con un préstamo, un impuesto o un derecho de alimentos decretado a favor de un infante. Se debiese evaluar los límites de los efectos de la regla en cuestión, esto porque no es lo mismo afectar a un acreedor profesional que a un infante. Se debe encontrar un equilibrio adecuado entre los intereses de los involucrados⁷⁰.

iii) La irrelevancia de la situación patrimonial del consumidor

La actual ley sólo toma como presupuesto a los deudores insolventes carentes de bienes, no así a los deudores insolventes con patrimonio. Aunque en este último caso la exoneración podría quedar sujeta a un plan de pagos o la concesión fundada por parte del tribunal, tal como se observa en el derecho comparado, esto porque es inadecuado hablar la normativa vigente a este último presupuesto⁷¹.

2. Propuesta de modificación a nuestra legislación

Considerando la tradición nacional en materia del discharge, y tomando como referencia los elementos comunes de la institución en el ámbito comparado, y siguiendo el ejemplo del ordenamiento español, parece necesario hacer frente a las críticas o problemas que se identificaron en el apartado anterior. A este efecto, estimamos que es posible hacer 2 propuestas, las cuales se

⁶⁹ Caballero Germain, G. (2018).

⁷⁰ Caballero Germain, G. (2018).

⁷¹ Caballero Germain, G. (2018).

encaminan a resolver X, X y X, para de esta forma obtener X. En definitiva, nos parece que se debe estudiar modificar la normativa en los siguientes puntos:

i) El carácter voluntario de la obligación como límite del efecto extintivo

“La distinción entre acreedores voluntarios y acreedores involuntarios adquiere una relevancia particular en el contexto de la regla en estudio. Los acreedores involuntarios son aquellos cuyos créditos tienen fuente legal o extracontractual, en oposición a quienes han podido decidir sobre su posición de acreedor. Una entidad financiera acreedora del deudor en virtud de la concesión de crédito a través de una tarjeta de crédito no sólo puede conocer previamente al nacimiento de la obligación, el estado patrimonial del (futuro) deudor, sino también monitorear su comportamiento y tomar medidas para mitigar los riesgos asociados a la concesión de crédito (entre ellos, el riesgo de sobreendeudamiento). La situación es distinta en el caso de un acreedor involuntario: un infante acreedor de alimentos o la víctima de lesiones graves cometidas dolosamente, carecen de la posibilidad de decidir vincularse jurídicamente con el deudor y de la oportunidad para tomar medidas a fin de mitigar el riesgo de sobreendeudamiento del consumidor. La falta de un tratamiento diferenciado de los acreedores voluntarios e involuntarios es una “laguna oculta” de la regla de discharge que debe ser corregida por la vía interpretativa: no es razonable trasladar el riesgo de sobreendeudamiento a los acreedores involuntarios”⁷².

Es por ello que los acreedores involuntarios deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la regla de exoneración legal de los saldos insolutos, siempre y cuando se firme la resolución de término⁷³.

ii) La buena fe como límite del efecto extintivo

Remontarnos a la doctrina y jurisprudencia, quienes han destacado la buena fe como un principio de todas las obligaciones, sin importar si se encuentra en la fase de cumplimiento o incumplimiento. Siendo un principio general del derecho al cual toda persona debe adecuar su conducta⁷⁴.

⁷² Caballero Germain, G. (2018).

⁷³ Caballero Germain, G. (2018).

⁷⁴ Caballero Germain, G. (2018).

Es por ello que la exoneración legal de los saldos insolutos al momento de dar por concluido el concurso es un derecho del consumidor, por lo que se interpreta que debiese ser ejercido de buena fe. Es decir, si un acreedor demuestra la mala fe del consumidor, en cualquier fase de la obligación, el tribunal debe desestimar el beneficio, esto por ser la buena fe un elemento implícito del texto legal⁷⁵.

En cuanto a la prueba de mala fe, debiese corresponder a cualquiera de los acreedores. Siendo la acreditación de algunos hechos mérito para dar como prueba suficiente de esta. Un ejemplo podría ser si se acredita que se ocultan bienes⁷⁶.

⁷⁵ Caballero Germain, G. (2018).

⁷⁶ Caballero Germain, G. (2018).

CONCLUSIONES

Los niveles de sobreendeudamiento de la población chilena llegan a cifras alarmantes, existiendo una escasa preocupación en nuestro país por su análisis desde una perspectiva jurídica. Los ajustes propiciados por la LPDC se esbozan a partir de los conocidos problemas de asimetría informativa, a partir de lo cual los esfuerzos por determinar el nivel de diligencia del consumidor financiero se han posicionado en la confirmación del cumplimiento del deber de información por parte del proveedor, y, en fases más avanzadas, mediante el impulso público o privado de la educación financiera. De este modo, una vez que nos enfrentamos a un consumidor informado y que ha sido receptor de instrucción para la comprensión del mensaje conferido, lograríamos asumir que podemos, sin más, volver a la lógica subyacente del Código Civil que disciplina los efectos del incumplimiento y de la insolvencia.

Este modelo, como lo evidencia la realidad chilena, ha fracasado al desatender las características cognitivas y conductuales del consumidor. Sin embargo, creemos que ello también obedece a que, en esta reconstrucción, se ha ignorado la estructura bilateral del crédito, omitiendo cualquier referencia a la diligencia esperable de los proveedores financieros en tanto profesionales del endeudamiento, más allá de la mera dotación de una información generalizada. De esta forma, una mejor ponderación del papel que estos cumplen en el mercado nos permite reconducir el problema desde la idea de la consagración de ciertos deberes preventivos o resolutorios, siempre desde la matriz del “préstamo responsable”, a modo de incentivos para colaborar en el desafío que implica evitar o resolver la situación de insolvencia personal. La propuesta, en suma, es reforzar una relación colaborativa entre deudores y acreedores, situando la solución más adecuada al problema en una lógica de corresponsabilidad.

La particular configuración del régimen de descarga en el derecho nacional nos pone en una buena oposición, la regla que se acaba de describir parece ser una regla insatisfactoria, inadecuada para los períodos actuales debido a la crisis económica. Para tipos de periodos normales y para los que vienen ahora muy probablemente la regla chilena es una regla lo suficientemente generosa, expedita para lograr salir de este paso y dar una solución, una de las muchas herramientas, pero dar una solución desde el punto de vista concursal aquellos sujetos que han caído por sobreendeudamiento a consecuencias de la crisis del covid.

Parece que la norma chilena no es buena en casos normales pero en esta situación parece una regla razonable para enfrentar esta situación excepcional, si se quiere hacer cambios debieran ser con posterioridad al salir de la crisis pero sí podrían por ejemplo más bien cambiarse algunas prácticas como reacción frente una regla que aparece desequilibrada por ejemplo los tribunales podrían flexibilizar los controles de admisibilidad del inicio de procedimientos voluntarios de liquidación en el caso de consumidores o de empresas deudoras en el caso que sean personas individuales por ejemplo no exigiendo la existencia de juicios pendientes.

Es importante decir que se prevé un aumento del inicio de procedimientos concursales y con las cifras mencionadas anteriormente parece cierto que se dote de recursos suficiente a los tribunales para que puedan llevar adelante su tarea de maneras expeditas.

BIBLIOGRAFÍA

Universidad San Sebastián, Equifax. (2022). *XXXVII INFORME DE DEUDA MOROSA*. obtenido de

https://www.pauta.cl/pauta/site/docs/20220802/20220802103958/informe_deuda_morosa_2do_trimestre_2022.pdf.

Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento. (2022). *BOLETÍN ESTADÍSTICO Procedimientos Concursales - Ley N° 20.720*. Obtenido de <https://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2022/11/Boletin-Estadistico-Mensual-October-2022v2.pdf>

Sánchez, E. M. B. (2009). El concurso de acreedores del consumidor. In *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar* (pp. 119-142). Thomson Reuters.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. (2008). sobre “ *El crédito y la exclusión social en la sociedad de la abundancia*”. C 44/74.

Goldenberg Serrano, J. L. (2020). *El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional*. *Ius et Praxis*, 26(1), 1-27.

Goldenberg Serrano, J. L. (2010). Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum. *Revista chilena de derecho*, 37(1), 73-98.

Macaya Jara, R. (2016). *Liquidación de empresas y personas deudoras: ley 20.720 un análisis comparativo* (Doctoral dissertation, Universidad Católica de la Santísima Concepción).

<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/>

<https://www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/informacion-y-estadisticas-ley-n-20-720/>

Gomez Balmaceda, R. Eyzaguirre Smart, G. (2012). *El derecho de quiebras. Tomo I*. P. 133-169.

Chávez Chávez, E. (2020). *Derecho comercial. Procedimientos concursales, transporte terrestre, marítimo y aeronáutico*. P. 7-12.

Pérez Ragone, A. Martínez Benavidez, P. (2015). *Del sobreendeudamiento a la insolvencia: Fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo*.

<https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/37451-reorganizacion-de-las-deudas-de-una-empresa>

<https://czabogados.cl/procedimiento-concursal-de-reorganizacion-judicial/>

Caballero Germain, G. (2018). Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor. *Ius et Praxis*, 24(3), 133-172.

Bozzo Hauri, S. (2020). Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 159-183.

Guzmán Brito, A. (2014). El concepto de crédito en el Derecho chileno. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(2), 439-452.

Bozzo Hauri, S. (2020). Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(1), 159-183.

Sánchez-Calero Guilarte, J. (2006). Los grupos dependientes de entidades de crédito: una revisión a partir de la ley concursal.