

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**DE CONVENIOS CONCURSALES Y DE LOS ACUERDOS
EXTRAJUDICIALES CONFORME A LA LEY 20.073**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

IGNACIO ANDRES RODRÌGUEZ ALVAREZ

2008

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
<u>CAPITULO I IDEAS MATRICES</u>	11
<u>CAPITULO II DE LOS CONVENIOS CONCURSALES</u>	18
II.1 Estructura de la ley	19
II.2. De los convenios concursales en general	20
II.2.1 Evolución legislativa de los convenios	20
II.2.2 Concepto y características	28
II.2.2.1. Concepto	28
II.2.2.2. Características	29
II.3 De los Convenios Judiciales Preventivos	30
II.4 Los Convenios Simplemente Judiciales	42
II.5 De la aprobación de los Convenios Judiciales y de sus efectos	44
II.5.1 De la aprobación de los convenios judiciales y de su entrada en Vigencia	44
II.5.2 De los efectos de la convenios judiciales	48
II.6 Del Rechazo del Convenio y su Nulidad	49

II.6.1 Del rechazo de los convenios	49
II.6.2 De la nulidad de los convenios	50
<u>CAPITULO III DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES</u>	53
III.1 Generalidades	54
III.2 Características	56
III.3 Requisitos de forma y de fondo	57
III.4 Discusión de la ley en el congreso nacional en relación al artículo 169	59
III.5 Efectos de los acuerdos extrajudiciales	61
III.6 Nulidad de los acuerdos extrajudiciales	63
III.7 Resolución de los acuerdos extrajudiciales	63
<u>CAPITULO IV CONCLUSIONES</u>	66
BIBLIOGRAFÍA	75

INTRODUCCIÓN

Por mensaje del Presidente de la República de 10 de Septiembre del año 2004 ante el honorable Senado se da inicio al proyecto de ley que modifica la ley N° 18.175 sobre quiebra en materia de convenios concursales.

De este mensaje y de su tramitación en el Congreso Nacional, resultó la ley 20.073, publicada en Diario Oficial el día 29 de Noviembre del año 2005 y que entró en vigencia el día 29 de Enero de 2006.

La necesidad de efectuar esta reforma fue compartida, por quienes se constituyen como actores de este sistema, tanto en calidad de deudores como de acreedores de esta ejecución colectiva y, por supuesto por quienes ejercen sus servicios profesionales en este contexto.

Se trabajó con sectores empresariales y académicos para la elaboración de un proyecto de ley que de cuenta, fundamentalmente, del compromiso del Gobierno adquirido a través de la Agenda Pro Crecimiento acordada con la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), en orden a modificar las normas concursales, ampliando los espacios de acuerdo entre deudores y acreedores, estableciendo una legislación que de amplias posibilidades de salvar las empresas en crisis, salvaguardando los intereses de los acreedores.

En todo caso, el camino de la reforma al sistema consursal ya se había iniciado, cuando el Ejecutivo, en Enero del año 2003, envió al Congreso Nacional el proyecto de ley que tenía por objetivo otorgar más transparencia al sistema de administración privada de las quiebras, permitiendo su consolidación, además otorgar mayores facultades a la Superintendencia de Quiebras, proyecto de ley que

derivó en la actual ley 20.004 publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de Marzo del año 2005, y entró en vigencia 60 días después, esto es, el 8 de Mayo del mismo año.. Por su parte, el foro penal que funciona en el Ministerio de Justicia y que está discutiendo lo que debería ser el nuevo Código Penal, también está abocado a considerar la modificación de la normativa referente a los delitos de quiebra. La propia Superintendencia de Quiebras ya ha elaborado un anteproyecto sobre delitos concursales, y se está considerando en el foro penal para que se incluya dentro de esta normativa.

Esta ley pone a Chile a la cabeza de las legislaciones americanas relativas a la crisis de la empresa y a los acuerdos concursales.

Se conformó una comisión, presidida por el Superintendente de quiebras y conformada por distinguidos académicos.¹

En esta ley tuvo especial importancia la labor de la Comisión de Economía.²

¹ La comisión estaba integrada por los siguientes académicos: don Raúl Varela Morgan, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile; don Juan Pablo Román Rodríguez, Profesor de la Escuela de Graduados de la Universidad de Chile; don Luis Oscar Herrera Larraín, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad Católica de Chile; don Juan Esteban Puga Vial, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad Católica de Chile; don Nelson Contador Rosales, Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile; don Patricio Navarrete Aris, Jefe del Departamento Jurídico de la Superintendencia de Quiebras; y don Pablo Norambuena Arizábalos, Abogado de la Superintendencia de Quiebras, quien actuó además como Secretario.

² La comisión de economía estaba integrada por los honorables señores García, Gazmuri y Orpis. A las sesiones de dicha comisión asistieron, además de los integrantes de la Comisión, el señor Ministro de Justicia, don Luis Bates Hidalgo; el señor Superintendente de Quiebras, don Diego Lira Silva; el Jefe de la División Jurídica de la Superintendencia, don Héctor Patricio Navarrete Aris; la Abogada del Departamento Civil de la misma

La comisión de economía, invitó a exponer sus puntos de vista acerca del proyecto de ley a la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA), a la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras (ABIF), a la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y a la Corporación Nacional de la Pequeña y Mediana Empresa (CONAPYME).³

A petición del diputado Orpiz, informante de la Comisión de Economía ante la Cámara de Diputados, quedó en la historia fidedigna de la ley una especial mención y reconocimiento al profesor Raúl Varela Morgan, profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Chile y asesor jurídico del Superintendente de Quiebras, por su colaboración en la redacción del texto que dio a conocer a la Sala.

Este proyecto ingresó al Senado en el mes Septiembre del año 2004 y concitó tal nivel de apoyo que fue despachado por la unanimidad de sus miembros, no sólo por lo bien construido que está su articulado, sino por la sentida necesidad que existía de legislar sobre esta materia. Con esa misma unanimidad el proyecto fue aprobado por la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados.⁴

Todo esto habla de la necesidad real de contar con una legislación moderna que se haga cargo de las empresas en estado de

repartición, doña Carmen Gloria Palma Eskenazi, los asesores jurídicos del Superintendente, señores Juan Pablo Román Rodríguez y Raúl Varela Morgan; el asesor jurídico del Ministerio de Justicia, don Mauricio Zelada Pérez; el Gerente de Operaciones de la Sociedad de Fomento Fabril, señor Javier Fuenzalida Asmussen, y el asesor jurídico de la misma Sociedad, señor Rolf Lüders Schwarzenberg.

³ Concurrieron representante de la primera y la última de las organizaciones mencionadas. Por el Instituto Libertad y Desarrollo asistió el señor Rodrigo Delaveau. Por la SOFOFA concurrió el señor Jaime Dinamarca.

⁴ Diputado Sr. Gonzalo Uriarte Herrera (Unión Demócrata Independiente) en sesión N° 34 de la Cámara de Diputados, de fecha 30 de Agosto de 2005.

insolvencia o, incluso, en estado previo a la insolvencia. De hecho, si uno revisa la historia comercial de las empresas chilenas, se dará cuenta de que desde 1997, aproximadamente, hasta el año 2005, el número de quiebras declaradas anualmente había aumentado de 67 a 197. Es decir, casi se ha triplicado el número de quiebras habidas en un corto período de tiempo. Por lo tanto, es necesario contar, sobre todo en períodos de crisis, con una legislación moderna que permita acuerdos entre acreedores y fallidos, proteger de buena forma los derechos de los trabajadores y salvar especialmente a las empresas más pequeñas que no tienen recursos para contratar buenas asesorías de abogados, contadores, auditores, etcétera.

De acuerdo con un estudio preparado por la Superintendencia de Quiebras, desde 1982, año emblemático en materia de quiebras, hasta el año 2004, el mayor número de quiebras se produjo en el sector del comercio, es decir, afectó a las Pymes, pequeñas y medianas empresas; después, a los sectores manufacturero, de servicios financieros, de la construcción, agrícola, del transporte, etcétera.

Entonces, estamos en presencia de una legislación que ha sido muy bien recibida por los distintos agentes económicos; pero, sobre todo, por aquellos que suelen estar en mayor riesgo de caer en insolvencia.

En general esta ley aborda los aspectos de fondo de las quiebras. A juicio del Ejecutivo, compartido por la Comisión de Economía, se trata de una de las reformas más profundas que se han realizado en el último tiempo en el Derecho Privado chileno, tendiente a obtener un mejor equilibrio entre las aspiraciones de los empresarios, los trabajadores y los acreedores.

Este proyecto de ley que derivó en la ley 20.073 contó con el consenso de los sectores empresariales del comercio, la industria, la minería y la agricultura y se inscribe en la Agenda Pro-Crecimiento, conformada por una serie de propuestas y proyectos de ley orientados a aumentar la competencia del país en mercados claves, a mejorar la competitividad de la economía en general y a otorgar mayor transparencia a la gestión pública, mediante un amplio conjunto de modificaciones en las siguientes áreas:

- regulaciones que favorecen la competitividad;
- políticas tecnológicas, particularmente en lo que respecta a la masificación del uso de nuevas tecnologías de información;
- simplificación de trámites del sector público;
- modificaciones de la estructura tributaria, principalmente para incentivar la inversión y profundizar el mercado de capitales;
- medidas para aumentar la eficiencia del gasto público;
- proyectos relativos al mundo laboral, y
- desarrollo de las exportaciones.

Nuestro trabajo, dada la extensión de las áreas, se limitará a lo que dice relación con los convenios concursales.

La política gubernamental en este ámbito, ha sido la de impulsar la justicia de los acuerdos, que pone a disposición de las personas herramientas como la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje. Fórmulas regulatorias inspiradas en esta política se han incorporado a la Reforma Procesal Penal, a la Ley de Matrimonio Civil, al Plan AUGE y a la legislación laboral.

Esta ley se vincula con los siguientes cuerpos normativos:

- Ley N° 18.175, de Quiebras.
- Ley N° 18.598, que modifica la anterior en materia de continuación de giro y convenios.
- Artículo 294 del Código de Procedimiento Civil, sobre facultades de los interventores judiciales.
- Artículo 2.472 del Código Civil, que enuncia los créditos privilegiados de primera clase.
- Artículo 100 de la ley N° 18.045, de Mercado de Valores, que especifica qué personas se entienden relacionadas con una sociedad.

CAPITULO I
IDEAS MATRICES

La lógica de este nuevo texto, es radicalmente distinta de aquella con que actuaba Ley 18.175, pues busca prevenir las crisis de las empresas y evitar la liquidación forzosa de éstas, para mantenerlas como entes productivos, a través de mecanismos que privilegian los acuerdos entre acreedores y deudores.

En efecto, sus complejas disposiciones, concebidas con precisión conceptual y destinadas a un resultado eficiente en su aplicación, vienen a solucionar un serio problema de la economía moderna: la crisis de la empresa. Dicho de otro modo, la ley 20.073 tiene por objeto principal dar una solución efectiva al empresario y a la empresa en dificultades que, al aproximarse a la insolvencia, podrá emplear nuevos y modernos mecanismos para evitar su falencia. Al mismo tiempo, los esfuerzos de recomposición, reestructuración y supervivencia de los entes productivos se harán con el arma más preciada en un sistema democrático de economía social de mercado: la negociación directa entre las partes involucradas y los acuerdos logrados en el ámbito del principio de la autonomía de la voluntad.

La inspiración central de la ley 20.073 es la creación de una normativa que privilegie los acuerdos entre el deudor y sus acreedores por sobre la liquidación forzosa de la empresa que, muchas veces, en atención a su valor de liquidación, perjudica a los acreedores, y que siempre perjudica a sus trabajadores y al sistema económico en general. Esta ley en definitiva busca ensanchar las posibilidades de salvar las empresas en crisis.

Esta ley sigue la filosofía de la legislación americana, encaminada a facilitar el giro del negocio, siempre que haya acuerdo,

y tratar de salvarlo, en lo posible, en favor de los acreedores, de los trabajadores y de quienes tengan créditos sobre la quiebra.⁵

Según palabras del Superintendente de Quiebras, se buscaron ejemplos en la legislación comparada, que ofrezcan mecanismos destinados a prevenir las crisis de la empresa y mantenerla como entidad productiva y fuente de empleo⁶.

Esta idea matriz se desarrolla a través de las siguientes modificaciones a título ejemplar:

1. Se amplía el objeto del cuerpo legal respectivo, al denominarse ahora "Ley de Quiebras y de Convenios Concursales". Consecuentemente con lo anterior, el artículo 1º establece que no sólo trata de las quiebras, sino también de los convenios y las cesiones de bienes.
2. Se perfecciona la normativa de las diversas clases de convenio.
3. Se produce una total liberalización de los acuerdos extrajudiciales destinados a resolver la insolvencia del deudor con la sola limitación de la *par conditio creditorum* y de los derechos de terceros tanto en el ámbito civil como penal, derogándose como causal de quiebra en el artículo 43 número 4, la declaración de nulidad o resolución de alguno de ellos.
4. Se introduce el derecho de los acreedores para exigir la proposición de convenios preventivos. Esto significa un gran

⁵ Senador Andrés Zaldívar en sesión N° 30 del Senado de la República, de fecha 19 de Enero del año 2005.

⁶ Superintendente de Quiebras don Diego Lira Silva en informe de la Comisión de Economía en primer trámite constitucional, recaído en proyecto de ley 20.073, que modifica la ley 18.175, de quiebras en materia de convenios concursales.

avance, por cuanto en los convenios judiciales preventivos les está vedado a los acreedores iniciar el procedimiento respectivo. Se elimina toda restricción en cuanto al objeto y contenido de los convenios, e incluso se permite efectuar proposiciones alternativas. Asimismo, se permite resolver los convenios a través de arbitraje cuando las sociedades estén sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, con excepción de las compañías de seguros. También podrá recurrirse a un árbitro cuando el 66 % del total del pasivo así lo acuerde.

5. Se elimina la indignidad del deudor para proponer convenios, aún cuando haya cometido delitos de quiebra. Igualmente, se deroga como causal de nulidad del convenio la condenación sobreviniente del fallido por quiebra fraudulenta o por alguno de los delitos contemplados en el artículo 466 del Código Penal, puesto que ella sólo perjudica aún más a los acreedores.
6. Se amplía el derecho a reiterar las proposiciones rechazadas o desechadas.
7. Se agiliza el sistema de convenios concursales a través del arbitraje.
8. Se establece la vigencia anticipada de los convenios.
9. Se instaura la verificación de créditos en los convenios preventivos.
10. Se consagra el derecho a voto de los acreedores en las juntas.
11. Se eliminan las trabas para impugnar que actualmente tienen los acreedores.

12. Se reducen las causales de nulidad de los convenios.
13. Se reglamenta en detalle -y esta es una importante innovación- la negociación entre acreedores y deudores, otorgando variadas facilidades destinadas a llegar a acuerdos convenientes para las partes en plazos razonables.

Todas estas modificaciones que apuntan a los aspectos sustantivos, cambiando radicalmente el enfoque de la antigua normativa, que carecía de mecanismos flexibles para buscar acuerdos entre acreedores y deudores.

La posibilidad de una segunda oportunidad por la vía de facilitar acuerdos entre el acreedor y el deudor y no castigar a las personas naturales o empresas, por ejemplo, con el Dicom histórico, que, en la práctica, significa negar la segunda oportunidad. En definitiva, el proyecto se enmarca dentro de una lógica de trabajo para las micro, pequeñas y medianas empresas. En el capitalismo contemporáneo, las posibilidades de hacer malos negocios, por causas ajenas al diseño de una empresa, es algo que está en sus características estructurales. Una devaluación en Tailandia o en Brasil, un cambio tecnológico, el cierre de un determinado mercado, incluso un atentado terrorista, puede provocar que un proyecto técnicamente bueno tanto para producir bienes como para prestar servicios, de la noche a la mañana se convierta en algo ruinoso. En este mundo cada vez más globalizado, la economía mundial es sumamente cambiante y provoca

efectos en las economías nacionales⁷.

En el informe despachado por la Comisión de Economía, se hace referencia a un estudio que encargó la Sociedad de Fomento Fabril, en el marco de la Agenda Pro Crecimiento, a connotados académicos de las Universidades de Chile y Diego Portales que demuestra que nuestro derecho concursal tiene que adecuarse a un hecho fáctico que es extremadamente complejo.

- En primer lugar, se detectó una baja recuperación de las acreencias.
- En segundo lugar, se estableció que se recupera menos de un tercio del valor contable de los activos al momento de la quiebra. La duración del proceso de quiebra es de casi 41 meses promedio, pero muchas veces puede llegar al doble por lo engorroso de los procedimientos.
- En tercer lugar, se demostró que los incentivos actuales -o la falta de ellos para llegar a acuerdo y evitar las quiebras- invitan a los emprendedores a tomar riesgos innecesarios que agravan la cesación de pagos o insolvencia.

En la mayoría de los casos, las quiebras se apresuraban porque a algún acreedor se le ocurría pedirla respecto de un deudor que todavía puede resistir o se liquidan malamente los bienes, de modo que los acreedores no recuperaban ni siquiera el 5, 10 o 15 por ciento

⁷ Para los diputados de la Concertación, Eduardo Saffirio Suárez (Partido Demócrata Cristiano) y Eugenio Tuma Zedan (Partido por la Democracia), este proyecto va en la línea que han peleado persistentemente en estos años. Lo anterior, de acuerdo a lo declarado por ambos en la sesión N° 34 de la Cámara de diputados, de fecha 30 de Agosto de 2005.

de su acreencia y, lo que es peor, se terminaba con la unidad laboral y con una fuente de trabajo.

Esta ley viene a dar una segunda oportunidad a quienes, por distintas razones, especialmente ajenas a su voluntad, han fracasado en sus negocios -aunque realizaran una buena gestión- y no han podido continuar gestionando sus empresas de una manera independiente.

El señor Ministro de Justicia, expuso a la Comisión de Economía que esta ley se inscribe en un contexto más amplio de modernizaciones de la Ley de Quiebras. Ella es fruto del trabajo de una comisión ad-hoc creada por la Superintendencia, integrada por personas de amplia versación sobre el tema, pertenecientes al mundo académico y vinculadas al ejercicio de la abogacía.

Esta ley, refuerza la libertad de las partes y extiende sus alternativas de negociación, facilita el pago de los créditos y la recuperación de la empresa para continuar su aporte a la economía y dota a los deudores de nuevas herramientas para aliviar su situación y cumplir con sus compromisos.

CAPITULO II
DE LOS CONVENIOS CONCURSALES

II.1 Estructura de la ley

La ley está estructurada sobre la base de un artículo único que contiene cuatro numerales.

En su número uno, se modifica el artículo 1° de la Ley de Quiebras, estableciendo que la Ley en comento trata de los siguientes concursos: la quiebra, los convenios y las cesiones de bienes.

También en el mismo sentido, el numeral dos del artículo único del proyecto, modifica el inciso 1° del artículo 5 de la Ley de Quiebras, además de incorporar un inciso nuevo relativo a reglas para la remisión de expedientes de la quiebra.

Consecuente con las ideas matrices del proyecto en el numeral tres se consulta la modificación del artículo 43 de la Ley de Quiebras, modificación que, en lo sustantivo persigue eliminar toda limitación a la posibilidad de los acuerdos extrajudiciales entre deudor y acreedores. En este sentido, se elimina la causal de declaración de quiebra referida a la nulidad o resolución de los convenios extrajudiciales. Por la poca aplicación práctica que tenían estos acuerdos, que requerían la unanimidad de los acreedores.

Finalmente, en el numeral cuatro del proyecto de ley, se aborda el trabajo de reelaborar todo un nuevo título XII de la Ley de Quiebras, donde se regula lo referido a los acuerdos extrajudiciales y los convenios.

Se optó por regular separadamente los convenios judiciales preventivos de los simplemente judiciales, para los efectos de poner fin a una serie de controversias y dificultades de interpretación

surgidas a propósito del tratamiento en un sólo párrafo que realizaba la Ley 18.175.

II.2 De los convenios concursales en general

II.2.1 Evolución legislativa de los convenios.

1. Derecho Romano.

El primer antecedente de esta institución lo encontramos en el Derecho Romano, específicamente en la institución denominada “patum ut minus salvatur”, institución que funcionaba dentro del derecho sucesorio y que se aplicaba cuando las deudas del causante eran superiores a los bienes dejados por aquél, lo que impedía la solución de todas sus obligaciones. Para evitar la marca de infamia sobre el causante que pasaba a sus herederos, quienes podían hasta perder su libertad como efecto del incumplimiento de las obligaciones, se permitió que aquellos celebraran acuerdos con los acreedores del causante para rebajar el monto de las deudas hasta una cantidad que pudieran cumplir. Este convenio era oponible no sólo a los acreedores que concurrían con su voluntad a aceptarlo, sino también a aquellos que disentían de aquel, no concurrían o eran desconocidos. Sin embargo, en este convenio no se afectaban los créditos prendarios ni hipotecarios ya que los acreedores se pagaban con el producto de la cosa y no con la libertad de los herederos. Esta institución cae en desuso cuando se crea el beneficio de inventario por Justiniano.

No obstante que este instituto es una curiosidad jurídica, de su estudio se pueden sacar dos conclusiones:

- a) Que el bien protegido era la libertad corporal de los herederos que podía verse afectada como sanción de incumplimiento de obligaciones que no habían contraído, situación bastante injusta, y
- b) Que este es el antecedente histórico del principio consagrado hasta nuestros días en la legislación, en el sentido que el convenio no afecta a los créditos preferentes, y cuyo bien jurídico protegido lejos está de aquellos que debemos tener a la vista en nuestra contemporánea legislación.

2.El convenio en la Edad Media.

Luego, en la Edad Media, específicamente en las ciudades italianas donde el comercio comienza a surgir, nace la ejecución colectiva. Como efecto de su dura aplicación, en bastantes oportunidades se producía la imposibilidad de recuperación por la fuga u otras granjerías ocupadas por los deudores, generando la necesidad de crear otro tipo de soluciones que permitieran el pago de obligaciones, naciendo así la figura del concordato que permitía al deudor acordar con sus acreedores una forma de pago que le permitiera seguir desarrollando su actividad comercial, institución que posteriormente pasa a España.

Como se podrá apreciar, el bien jurídico protegido no es la protección del deudor, sino, muy por el contrario, la de los acreedores, que ven en esta institución la mejor opción. de recuperación de sus activos.

En nuestro país, en tanto colonia española y heredero de sus tradiciones jurídicas apreciamos que es la normativa peninsular la que primitivamente regula el tema en Chile.

3.Las Ordenanzas de Bilbao de 1737

Este cuerpo legal en su Capítulo XVII denominado “de los atrasos y quiebras” constituye el primer texto orgánico posterior a las siete partidas que trata el tema del Convenio.

Por primera vez se consagra un estatuto expresamente restringido a los comerciantes, quienes son muy influyentes en el Código de Comercio francés de 1807.

De acuerdo a las disposiciones del Capítulo XVII no podía haber convenio sin previa declaración de quiebra; el convenio debía ser acordado por mayorías y se consagró principio de la exclusión de los acreedores privilegiados y preferentes.

Estos acuerdos debían ser sancionados por el Prior y Cónsules, y empezaban a regir desde entonces, salvo oposición de las minorías. El convenio judicial preventivo no se encontraba reglamentado aunque encontramos en estas Ordenanzas los primeros elementos embrionarios de tal institución, entre los cuales se destaca el derecho que los deudores atrasados en el pago tenían para guardar su honor. Estos, si acreditaban recursos suficientes para su solución y que el incumplimiento obedecía a algún accidente, podían postergar sus obligaciones para no ser vejados con la quiebra.

Estas ordenanzas rigieron en Chile desde la Real Cédula de 1795 hasta la promulgación del Código de Comercio de 1865.

4. Decreto Ley sobre procedimiento ejecutivo de 1837.

Es la primera ley concursal de nuestra República y se promulgó el 8 de febrero de 1837, conocida como el decreto ley sobre procedimiento ejecutivo. Este decreto ley fue elaborado por Don Mariano Egaña y se encontraba comprendido en el conjunto de las denominadas Leyes Marianas.

En lo que respecta al convenio estaba tratado en la sección Segunda del Título Tercero del decreto. El convenio podía ser propuesto por cualquier deudor, civil o comercial.

Con la entrada en vigor del Código de Comercio de 1865 a partir del 1 de enero de 1867, el decreto de 1837 dejó de aplicarse a los comerciantes. Tanto la cesión de bienes como el convenio preventivo quedaron como beneficios exclusivos de los deudores civiles. Desde entonces el deudor comerciante vino a quedar sujeto a las normas del Código de Comercio.

Este decreto fue totalmente abolido por el Código de Procedimiento Civil de 1902, que reguló el concurso civil de acreedores, sea voluntario o necesario.

5. Código de Comercio de 1865.

Este código, fue inspirado en los principios liberales de la época y que en materia jurídica son herencia de Andrés Bello. En esta materia se sigue la misma línea de las legislaciones anteriores. La institución era concebida como una fórmula para terminar de manera anticipada la quiebra, mediante prórrogas en los pagos o remisión de parte de las deudas, bajo la tutela de un síndico privado que actuaba sin control de superintendencia alguna, o bien de comisiones de

acreedores, constituyendo precisamente las libertades individuales el bien jurídico protegido.

5.Código de Procedimiento Civil de 1902

En un mismo orden de ideas y principios, este cuerpo legal, que regula en forma orgánica el procedimiento, mantiene el derecho del fallido para proponer convenio judicial una vez declarada la quiebra y, además, contempla la institución del concurso voluntario, antecedente histórico del convenio judicial preventivo, ya que éste permitía al deudor, para evitar la quiebra, efectuar proposiciones a sus acreedores. El Convenio podía ser propuesto por cualquier tipo de acreedor, fuere civil o comercial y su objeto versaba sobre quitas, esperas o ambas a la vez o cualquier objeto lícito destinado al cumplimiento de sus obligaciones.

6.Ley de Quiebras N° 4.558 de de 1929.

En esta época nos encontramos que la convulsión social marcada por las reivindicaciones laborales, extrema cesantía, la crisis bursátil y el abuso con que actuaron los síndicos, quienes carecían de supervigilancia fiscal, deja en evidencia que el modelo liberal no puede seguir siendo aplicable a la tramitación de las quiebras y los convenios.

Esta ley fue promulgada el 29 de Enero de 1929 y publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de Febrero del mismo año.

Esta ley derogó el Libro IV del Código de Comercio de 1865, el párrafo 4 del Título I (cesión de bienes a un acreedor), el Título III (concurso de acreedores, cesión de bienes a varios acreedores y

convenios) y el párrafo 3 del Título XVI (de las quiebras), todos del Libro III del Código de Procedimiento Civil, algunas normas del Código Civil y otras leyes dispersas. En otras palabras, esta ley unificó en un texto legal toda la legislación atingente, en lo más importante, a los procedimiento concursales.

Así, este cuerpo legal creó la Sindicatura General de Quiebras, posteriormente Sindicatura Nacional de Quiebras, como un Organismo Auxiliar de los Tribunales de Justicia y cuyo objeto era administrar las quiebras e informar los Convenios.

Esta ley mantiene el convenio simplemente judicial y elimina el convenio judicial preventivo, otorgando únicamente al deudor en su artículo 138 la posibilidad de proponer convenios extrajudiciales. Posteriormente el D.F.L.248, refundido con la ley 4558 por Decreto Supremo N°1297 de 1931, instituye y reglamenta el convenio judicial preventivo, que, en cuanto al fondo, salvo algunas modificaciones, se encuentra actualmente en vigencia.

7. Ley 18.175 de 28 de Octubre de 1982.

Este texto legal, que modifica la ley 4.558 no contiene disposiciones de fondo en materia de convenios, sino que únicamente se limita a adecuar a la institución de síndicos privados, las normas que hacían referencia a la labor de la Sindicatura Nacional de Quiebras. Sin embargo, es necesario destacar que se encuentra inserto en la ley el principio que la inspiró y que se manifiesta como bien deseado, el hecho que el procedimiento concursal sea una herramienta económica para que los bienes, ociosos, por integrar el patrimonio de la quiebra, pasen rápidamente a través de un

mecanismo expedito, que dicta la sentencia de quiebra sin dar lugar a incidente alguno, y señala plazos fatales a los síndicos para enajenar los activos, al área productiva de la economía.

8.Ley 18.598 de 5 de Febrero de 1987.

Esta ley modifica los convenios, señalando principalmente lo siguiente:

- a) ampliación del objeto del mismo no sólo porque se agregan la continuación de la actividad del deudor o la enajenación de sus bienes como unidad económica, sino porque se elimina la restricción en orden a que deban ser convenios de pago, pues tanto el extrajudicial como el convenio judicial tenían como limitación que siempre debían referirse a modalidades de pago de las deudas y no a otras formas de solución.
- b) la más significativa de las modificaciones, es el sistema de suspensión de ejecuciones y de la declaración de quiebra cuando las proposiciones de convenio judicial preventivo se presentan apoyadas por la mayoría de los acreedores que representan el 51% del total del pasivo del deudor, suspensión que se prolonga por 90 días contados desde la notificación de la resolución que convoca a los acreedores a la junta.
- c) se reglamentan las fianzas que garanticen a la totalidad de los acreedores del convenio y
- d) se crea un procedimiento de compra de créditos por los acreedores que estén por la aprobación del convenio a los acreedores que disientan de él.

9.La ley 20.004

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de Marzo del año 2005, y entró en vigencia 60 días después, esto es, el 8 de Mayo del mismo año.

Mediante este cuerpo legal, principalmente se dota a la Superintendencia de Quiebras de diversas facultades de control de las actividades de los síndicos, extiende las inhabilidades que tienen los síndicos para asumir la administración de las quiebras a la intervención en los convenios y fija las pautas para su nombramiento y determinación de honorarios.

El objeto preciso de esta ley es consolidar el sistema de los síndicos privados como administradores de los procedimientos concursales a través de formulas en cuya designación solo estuvieran involucrados quienes han sido afectados por la insolvencia que las empresas puedan enfrentar, esto es, los acreedores.

10.La ley 20.073 de 29 de noviembre de 2005

Esta ley, a cuyo estudio se avoca esta tesis, deroga los convenios extrajudiciales, instituye la figura de un conciliador, que se denomina experto facilitador, incorpora el arbitraje para dirimir conflictos que se producen entre las partes y, en cierto casos, le da competencia para conocer de las tramitación de las proposiciones y, en general, regula las actuaciones de los síndicos y precisa los efectos de la aprobación y rechazo de los convenios.

11. La ley 20.080 de 24 de Noviembre de 2005

Esta ley Incorporó la ley de quiebras N° 18.175, con las modificaciones de las leyes N° 20.004 y 20.073 al Libro IV del Código de Comercio, bajo la denominación “De las Quiebras”, con la exclusión de su Título II que se mantendrá como “Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras”. Pero no se incorporó cambiando la numeración correlativa de los artículos, de forma que hoy para hacer referencia a los artículos pertinentes hay que señalar el número del artículo e indicar que se trata de ese número del Libro IV.

El DFL N° 2 de Justicia de Noviembre del año 2005, pretendió reparar ese defecto asignándole la numeración correlativa que le corresponderían a dichos artículos según el orden general del Código, de forma tal que en vez de ser los artículos. 1 a 255 del Libro IV del Código de Comercio fueran los artículos 1251 a 1498 del Código de Comercio. Este DFL fue devuelto por la Contraloría General de la República con fecha 27 de Julio del año 2006 solicitando en el fondo que se efectuara no sólo una nueva numeración del Libro IV del Código de Comercio, sino que un texto refundido completo de dicho Código.

II.2.2 Concepto y Características.

II.2.2.1. Concepto

Álvaro Puelma Accorsi expresa que los convenios son “acuerdos entre el deudor y la masa de sus acreedores que versan sobre la forma de solucionar el pasivo del deudor, adoptados cumpliendo las

solemnidades legales y que tienen por fin impedir o alzar la quiebra y obligan al deudor y todos sus acreedores, salvo excepciones legales.⁸

Juan Esteban Puga Vial expresa que el convenio es “un contrato colectivo y solemne de transacción mediante el cual el deudor y el conjunto de sus acreedores resuelven la insolvencia de aquél evitando o clausurando un juicio de quiebra y cuyos derechos y obligaciones son oponibles a todos los acreedores, salvo las excepciones legales.”⁹

II.2.2.2. Características.

El convenio es un contrato solemne, plurilateral, oneroso, principal y no comporta novación..

1. Es un contrato solemne, porque esta sujeto a un procedimiento especial para la formación del consentimiento y porque debe constar en determinados documentos señalados por la ley.
2. Es un contrato plurilateral, ya que se producen relaciones cruzadas tanto entre el deudor y sus acreedores, como de los acreedores entre sí.
3. Es un contrato oneroso, el Art. 1440 del Código Civil señala que son onerosos los contratos cuando tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. El carácter de oneroso de convenio nace de la naturaleza del objeto

⁸ Puelma Accorsi, Álvaro, Curso de Derecho de Quiebras, Editorial Jurídica de Chile 1983, pag 198.

⁹ Puga Vial, Juan Esteban, Derecho Concursal, El convenio de acreedores, Tercera edición actualizada año 2006, pag 67 y 68.

del convenio, a saber la renuncia recíproca a la acción de quiebra. Puede que el convenio sea sólo ventajoso para el deudor desde la perspectiva teórica de los derechos de cada parte; pero será oneroso en la medida en que cada parte renuncia a la acción de quiebra por las ventajas objetivas y subjetivas que puedan ver en ello. El carácter oneroso de los convenios se explica por su naturaleza transaccional. Es de la esencia de toda transacción su onerosidad.

4. Es un contrato principal, toda vez que subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención.
5. En convenio no comporta novación, en nuestra legislación no se conoce la institución del sustituto al deudor que asume sus obligaciones para con los acreedores. En Chile el convenio debe celebrarlo el deudor y él debe asumir sus obligaciones, sin perjuicio de que un tercero afiance el convenio. En el derecho Italiano existe la sustitución del deudor por un tercero que asume todo su activo y pasivo como alternativa concordataria, pero es la excepción en el derecho comparado. En consecuencia en nuestro país hay que descartar absolutamente la existencia de novación por cambio de acreedores o por cambio de deudor.

II.3 De los Convenios Judiciales Preventivos.

Concepto: es aquél que el deudor o su sucesión por orden judicial o por propia iniciativa del deudor, se propone con anterioridad a la declaración de quiebra.

En lo referido a los convenios judiciales preventivos, la ley otorga a los acreedores el derecho a concurrir ante el juez para que, cuando haya cesado en el pago de una obligación mercantil, se exija al deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, la presentación de un convenio judicial preventivo.

Esto constituye un gran avance, pues hasta ahora, la única posibilidad que tenían estos acreedores era la de solicitar la declaración de la quiebra. Con esta norma contemplada en el Art. 172 del Libro IV del Código de Comercio, se privilegia la posibilidad de acceder a acuerdos más beneficiosos que tal declaración. Por supuesto el deudor tendrá un plazo para la presentación del convenio y, sólo si no lo hace, el juez procederá a declarar la quiebra. Este plazo para formular proposiciones de convenio judicial preventivo es de 30 días contado desde la notificación efectuada en la forma prevista en el Inc. Final del Art. 45, esto es, en forma personal o en la forma contemplada en el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil aún cuando no se encuentre en el lugar del juicio ¹⁰. En este caso, el

¹⁰ En informe emitido por oficio N° 5614 de fecha 4 de Noviembre de 2004, se señaló en su numerando N° 1 que “ el Art.172 Inc. 1 del proyecto de ley, se refiere a la notificación que debe hacer el acreedor al deudor o su sucesión, para que formule proposiciones de convenio preventivo, sin especificar su forma; debería precisarse que ella debe ser personal o por el Art. 44 del Código de Procedimiento Civil, dada su importancia, ya que la no presentación de un convenio preventivo

deudor solo puede interponer recurso de reposición, en contra de la resolución que le ordena presentar el convenio, y no cabe recurso alguno en contra de la resolución que se pronuncia al efecto. Si en definitiva la solicitud del acreedor es desechada, podrá solicitar la quiebra de su deudor, radicándose la petición en este mismo tribunal, si se invocan fundamentos similares a la solicitud de presentación forzosa de convenio.

Esta posibilidad se ha denominado “concurso obligado”.

En lo referido al objeto del convenio, se establecen normas más flexibles para los efectos de que estos instrumentos contemplen variadas posibilidades de arreglo entre deudor y acreedores. Sólo se limita el objeto de los convenios a situaciones de ilicitud y a acuerdos que permitan modificar la cuantía de los créditos para la determinación del pasivo.¹¹

En esta línea de flexibilización del contenido de los convenios, el Inc. 2 del Art. 178 establece la posibilidad que éste contenga proposiciones alternativas sobre las cuales los acreedores podrán pronunciarse, manteniendo, por supuesto, la norma que requiere de la unanimidad de los acreedores.

Uno de los principales convencimientos a los que se ha llegado, tanto por los profesores comisionados como por representantes del

por el deudor, en el plazo que allí se indica, tiene como consecuencia la declaración de su quiebra, de oficio por el tribunal”. Se acogió esta modificación especificándose en el Art. la forma en que debe hacerse esta notificación.

¹¹ El Art. 178 Inc. 2 del libro IV del Código de Comercio dispone que “ las proposiciones de convenio judicial preventivo pueden versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de quiebra del deudor, salvo sobre la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo”.

sector privado, es la necesidad de abrir franco paso a mecanismos de soluciones alternativas de conflicto. De este modo, el Art. 180 del Libro IV del Código de Comercio establece que el conocimiento del sistema de convenio debe ser llevado a través de un juez árbitro, cuando se trate de deudores sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros con excepción de las compañías de seguros, así como cuando sea acordado por el 66% del total del pasivo así acordado con el deudor, en este último caso, cualquiera sea la calidad del deudor según lo dispuesto el Art. 184 del Libro IV del Código de Comercio.

Este tribunal arbitral es unipersonal, será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio fijado en los estatutos de la entidad proponente, que será también el domicilio del tribunal, de entre abogados que hayan ejercido la profesión por más de veinte años y que se encuentren inscritos en una lista que llevará la Superintendencia. Este último requisito no se contemplaba en el proyecto presentado por mensaje del Presidente de la Republica. Este árbitro será de derecho y deberá aceptar el cargo ante el secretario de la respectiva Corte de Apelaciones, contará con un secretario, cargo que será ejercido por un notario que tenga su oficio en la ciudad en que se encuentre domiciliado el árbitro, quien deberá designarlo.

Parece razonable que quienes sean nombrados árbitros cumplan ciertos requisitos para velar por la función encomendada, pero se debe asegurar que no se impongan otras restricciones, de modo que cualquier abogado que cumpla con los requisitos pueda inscribirse en

ella.¹²

El Art. 182 del Libro IV del Código de Comercio otorga la posibilidad de que el arbitro no sea de derecho sino que de carácter mixto si consiente en ello el deudor y lo acuerdan dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo, cuando se trate de las sociedades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros o el 75% del total del pasivo en el caso del Art. 184 anteriormente mencionado.

Todo esto con el objetivo de iniciar paulatinamente la desjudicialización de los concursos de acreedores. Con esta modificación, no sólo se descargará a los tribunales de justicia del exceso de causas sometidas a su consideración y fallo, sino que también se especializará una jurisdicción descentralizada y técnica a la que se dota de mayores facultades para la tramitación de los acuerdos concursales.

Por otra parte, se establece que el pacto compromisorio, no el relativo al árbitro que tramitará el concurso, sino el que se refiere a todas las demás cuestiones a que dé lugar el convenio ya aprobado, será obligatorio para todos aquellos a quienes el convenio afecta, evitando así la discusión respecto de si sólo compromete a quienes hayan votado favorablemente su aprobación.

El Art. 185 dispone que los tribunales arbitrales a que se refieren el Inc. 4 del Art. 178¹³ y los artículos 180 y 184¹⁴ tendrán las siguientes facultades:

¹² Diputada Doña Rosa González en sesión N° 34 de la Cámara de Diputados de fecha 30 de Agosto de 2005.

- Podrán admitir, además de los medios probatorios establecidos en el Código de Procedimiento Civil, cualquier otra clase de prueba; y decretar de oficio las diligencias probatorias que estime conveniente, con citación de las partes. Tendrán, además, en todo momento, acceso a los libros, documentos y medios de cualquier clase en los cuales estén contenidas las operaciones, actos y contratos del proponente del convenio; y
- Aprenderán la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica, y deberán consignar en la respectiva resolución los fundamentos de dicha apreciación.

Uno de los elementos considerados como importantes al momento de elaborar esta ley, fue la facultad de los acreedores para la designación del nombre del síndico. Así, los acreedores intervendrán en el nombramiento del síndico como informante e interventor del convenio, antes de su aprobación; como interventor de acuerdo al convenio, desde su aprobación; o como síndico de la quiebra cuando ésta es decretada por haberse rechazado o

¹³ El Art. 178 Inc. 5 dispone que en el convenio judicial preventivo se podrá pactar que las cuestiones o diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre éstos, con motivo del convenio y en especial de su aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración de incumplimiento pueda o deba ser sometida al conocimiento o resolución de un juez árbitro, como asimismo, establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otra materia sobre el mismo. Este pacto compromisorio será obligatorio para todos a quienes afecta el convenio.

¹⁴ El Art. 180 se refiere a las proposiciones de convenio judicial preventivo de las Sociedades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores y seguros. El Art. 184 se refiere al caso de las proposiciones de convenio de cualquier deudor, si éste lo acuerda con sus acreedores que representen a lo menos el 66% del total del pasivo. En el caso del Art. 180 el arbitraje es forzoso y en el del Art. 184 es facultativo.

desechado el convenio, o bien se ha acogido su nulidad o se ha declarado su incumplimiento.

En la línea de abrir paso a los acuerdos y a fin de evitar la ineficacia de los convenios ya acordados, esta ley eliminó la indignidad del deudor que ha cometido delito, para los efectos de proponer un convenio. Se ha estimado que la propuesta de convenio debe ser vista, analizada y votada en cuanto al mérito que tiene para proponer una solución eficaz y eficiente a la situación de crisis o de insolvencia.

Del mismo modo y por la misma razón, se elimina como causal de nulidad del convenio la condena sobreviniente del fallido por el delito de quiebra fraudulenta o alguno de los delitos del artículo 466 del Código Penal.

Como se ha venido señalando, el elemento central de este proyecto lo constituye la facilitación de acuerdos entre deudor y acreedores. En este sentido, se da un especial tratamiento a la suspensión de las ejecuciones tanto colectivas como individuales, a efectos de permitir generar los espacios necesarios para poder acordar una forma eficaz y eficiente del pago de las acreencias.

La idea de promover y facilitar en la mayor medida posible todo tipo de acuerdo entre acreedores y deudores se refleja en las diferentes vías de iniciación de los procedimientos concursales. Al tradicional sistema de proposición de convenios sin suspensión de ejecuciones ni de plazos de prescripción, y al que ya había creado nuestra legislación en el artículo 177 bis, con suspensiones en caso de apoyo mayoritario de la proposición, se agregan ahora los nuevos sistemas de los artículos 177 ter y 177 quáter.

El nuevo Art. 177 bis del Libro del Código de Comercio se ocupa de:

- El porcentaje del pasivo necesario para apoyar la proposición de convenio. En efecto se este artículo dispone que si la proposición de convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de dos o más acreedores que representen más del 50% del total del pasivo, no podrá solicitarse la quiebra del deudor ni iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restitución en los juicios de arrendamiento, durante los noventa días siguientes a la notificación por aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre dicha proposición.
- De las suspensiones que benefician al deudor. Durante el período anteriormente señalado, se suspenderán los procedimientos judiciales señalados y no correrán los plazos de prescripción extintiva.
- De la exclusión de ciertas personas vinculadas, para los efectos del cálculo del apoyo requerido. Para los efectos del cálculo del total del pasivo y de la mayoría antes indicada, sólo se excluirán:
 - a) 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;¹⁵ y

¹⁵ Artículo 100.- "Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:

a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;

b) el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio y esta empresa individual si el proponente es su titular.

- De las prohibiciones que afectan al deudor y de las competencias del síndico, ambas durante el período de la suspensión. Durante el período de suspensión, el deudor no podrá gravar ni enajenar sus bienes. Sólo podrá enajenar aquéllos expuestos a un próximo deterioro, o a una desvalorización inminente, o los que exijan una conservación dispendiosa, y podrá gravar o enajenar aquéllos cuyo gravamen o enajenación resulten estrictamente

b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046;

c) Quienes sean directores, gerentes, administradores o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y

d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.

La Superintendencia podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que:

1.- Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad;

2.- Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés;

3.- Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o

4.- Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad.

No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad”.

indispensables para el normal desenvolvimiento de su actividad, siempre que cuente con la autorización previa del síndico para la ejecución de dichos actos.

El Art. 177 ter del Libro IV del Código de Comercio, establece la institución del experto facilitador. Dicho experto que es una especie de mediador o conciliador, tiene por función a solicitud del deudor y con nombramiento por la junta de acreedores, evaluar la situación contable, legal, económica y financiera del deudor en el plazo de 30 días improrrogables contados desde la celebración de dicha junta, a fin de proponer a sus acreedores un convenio que sea más ventajoso que la quiebra o, en caso que del análisis que realice resulte que la mejor posibilidad es la declaración de la quiebra por no ser viable el desarrollo del negocio en dificultades, pueda solicitarla al tribunal, el que deberá declararla sin más trámite. Si el experto facilitador no diere cumplimiento a su cometido dentro del plazo señalado el juez dictará de oficio la sentencia de quiebra del deudor.

El mecanismo del experto facilitador funciona sobre la base de una solicitud que efectúa el deudor al tribunal competente para conocer de su quiebra, para que cite a junta de acreedores para dentro de 10 días contados desde la notificación por aviso de la resolución recaída en dicha solicitud, la que debe nombrarlo, quedando este último sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Quiebras. Previo a su designación, se deberá nombrar un interventor.

En cuanto a los requisitos para ser nombrado el Inc. 5 dispone que podrá ser experto facilitador toda persona natural capaz de

administrar sus propios bienes¹⁶. Los síndicos de la nómina nacional podrán ser designados como expertos facilitadores, pero en caso de quiebra del deudor no podrán ser nombrados como síndico en esa quiebra. Una vez designado deberá comunicar su designación a la Superintendencia de Quiebras dentro de las 24 horas siguientes, la que procederá a incorporarlo a un registro especial que llevará al efecto.

En opinión del Ministro de Justicia, puede servir de auténtica ayuda a las PYMES que se hallen en dificultades.

Esta importante modificación que se analizó profundamente en la Comisión de Economía, vendrá en ayuda especialmente, de las pequeñas y medianas empresas, que muchas veces, carentes de asesorías adecuadas o de contactos financieros, se encuentran en serias dificultades para negociar con sus acreedores y proponer soluciones adecuadas y conducentes¹⁷.

Se señala que el experto facilitador tiene por misión apoyar y estimular el acuerdo entre las partes interesadas en el convenio, proporcionarles información objetiva y suficiente y promover la recuperación y continuación de las empresas que sean viables, entendiéndose por empresa viable, aquella que es capaz de generar

¹⁶ En informe emitido por oficio N° 5614 de fecha 4 de noviembre de 2004, se señala en su numerando 5 que “ el inciso 5 no exige más requisito que el que sea una persona natural capaz de administrar sus propios bienes, pudiendo designarse también a un síndico de la nómina nacional. Dada la finalidad que se persigue con esa con esa designación, ya que, además puede ser designado por el síndico como administrador de continuación del giro, sería necesario se exigiera una mayor calificación profesional al llamado “experto facilitador”, que la que indica la norma.

¹⁷ Diputado José Miguel Ortiz Novoa (DC) en sesión N° 34 del Cámara de Diputados de fecha 30 de Agosto de 2005.

un flujo de caja positivo para amortizar paulatinamente las deudas. Se configura así como un creador de valor, en contraposición a la figura del síndico, que es un destructor de valor. Al respecto se señala que, según los estudios realizados por la SOFOFA, el proceso de quiebra en Chile destruye alrededor de un tercio del valor de los activos de la empresa y su costo, 11% del valor recuperado, es demasiado alto.¹⁸

El artículo 177 quáter del Libro IV del Código de Comercio, permite que los acreedores se pronuncien directamente sobre la proposición de convenio, a través de un procedimiento muy abreviado, cuando éste haya sido presentado con el apoyo de acreedores que representen más del 66 % del pasivo, eliminándose en este caso la función de informante que tiene el síndico en las demás alternativas.

Es relevante destacar que las nuevas modalidades que establece esta ley consagran:

- la suspensión de las ejecuciones, tanto colectivas como individuales, en beneficio del deudor insolvente;
- la paralización de los juicios ejecutivos ya iniciados y la suspensión de los plazos de prescripción extintiva.
- Asimismo, se amplían los plazos legales para interponer las acciones paulianas concursales en el tiempo que transcurra desde la resolución recaída en las proposiciones de convenio

¹⁸ Asesor de la Sociedad de Fomento Fabril, señor Rolf Lüders en informe de la Comisión de Economía en primer trámite constitucional, recaído en proyecto de ley 20.073, que modifica la ley 18.175, de quiebras en materia de convenios concursales. Declaró además ser partidario de que no coexistan ambas figuras, la del síndico y la del experto facilitador, y recomendó mantener únicamente a este último.

hasta la declaración de quiebra, si ésta llegare a materializarse.

Estas disposiciones van en directo beneficio de los acreedores, quienes no verán burlados sus derechos con dilaciones inútiles y maniobras destinadas a hacer prescribir dichas acciones.

De otra parte, se ha considerado necesario establecer condiciones de igualdad entre los acreedores del convenio simplemente judicial y aquellos del convenio judicial preventivo. En consecuencia, una serie de derechos que tienen los acreedores de la quiebra y que, por lo tanto, favorecen a los acreedores del convenio simplemente judicial, tales como la reivindicación, resolución y retención, se hacen extensivos también a los acreedores del convenio judicial preventivo.

II.4 Los Convenios Simplemente Judiciales.

Concepto: el convenio simplemente judicial es el que se propone durante el juicio de quiebras para ponerle término.¹⁹

En cuanto a la oportunidad de las proposiciones el Art. 187 del Libro IV del Código de Comercio dispone que cualquiera sea el estado de la quiebra, el fallido o cualesquiera de los acreedores podrán hacer proposiciones de convenio. De esto se puede concluir que declarada que sea la quiebra se pueden formular proposiciones de convenio simplemente judicial.

¹⁹ Art. 186, Libro IV del Código de Comercio.

El requisito exigido por la anterior Ley de Quiebras de que se encuentre presentada por el síndico la nómina de créditos reconocidos, para poder deliberar sobre las proposiciones de convenio simplemente judicial, ha sido otro obstáculo para facilitar los acuerdos entre deudor y sus acreedores. Por esta razón las normas de la ley 20.073 lo han eliminado.

Presentadas las proposiciones, los acreedores las conocerán y se pronunciarán sobre ellas en una junta citada especialmente al efecto por aviso, para no antes de 30 días. Se señala además que en este tipo de convenios se aplicará lo dispuesto en el Art. 178, esto es:

- Que puede versar sobre cualquier objeto lícito.
- Será uno y el mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario.
- El convenio podrá contener una proposición principal y proposiciones alternativas a ella para todos los acreedores.
- Se podrá pactar que las cuestiones o diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre éstos, con motivo del convenio y en especial de su aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración de incumplimiento pueda o deba ser sometida al conocimiento o resolución de un juez árbitro, como asimismo, establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otra materia sobre el mismo. Este pacto compromisorio será obligatorio para todos a quienes afecta el convenio.

La tramitación de esta clase de convenio no embaraza el ejercicio de ninguna de las acciones que procedan en contra del

fallido, no suspende los procedimientos de la quiebra o juicios pendientes, ni obsta a la realización de los bienes.

Sin embargo, si el convenio simplemente judicial se presentare apoyado por a lo menos el 51% del total pasivo de la quiebra, el síndico sólo podrá enajenar los bienes expuestos a un próximo deterioro o a una desvalorización inminente o los que exijan una conservación dispendiosa.

II.5 De la aprobación de los Convenios Judiciales y sus efectos.

II.5.1 De la aprobación de los convenios judiciales y de su entrada en vigencia.

En el Párrafo 4^o, se consultan normas comunes a los convenios judiciales preventivos y a los simplemente judiciales, referidas a su aprobación.

El convenio se considera aprobado si cuenta con el consentimiento del deudor y a lo menos 2/3 de los acreedores concurrentes que representen 3/4 partes del total del pasivo con derecho a voto, excluidos los preferentes que se abstienen de votar. Si el deudor no comparece a la junta, se presume que lo abandona o lo rechaza, en cuyo caso, si es convenio judicial preventivo, tribunal declarará la quiebra según lo dispuesto en el Art. 194.

Tanto para el apoyo en la presentación de las proposiciones como en el derecho a voto se ha excluido a ciertas personas. En este sentido, el Inc. 1 del Art. 190 establece exclusiones para ciertas

personas que no podrán votar, ni sus créditos se considerarán en el monto del pasivo. Se excluyen las siguientes personas:

- a) El cónyuge, los ascendientes y descendientes y hermanos del deudor o de sus representantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 193;
- 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, y
- c) El titular de la empresa individual de responsabilidad limitada proponente del convenio, y esta empresa individual si el proponente es su titular.

Un ámbito especial de regulación lo ha constituido la exclusión de los acreedores renuentes a la aprobación del convenio lo cual es consecuente con la finalidad de promover acuerdos y eliminar cualquier obstrucción. Esta exclusión a veces resulta necesaria para los efectos de conseguir las mayorías legales. Para ello un acreedor con derecho a voto deberá acompañar un vale vista a la orden del acreedor que quiere excluir por a lo menos la suma mínima que le correspondería conforme a la letra c del N° 2 del Art. 174, dentro del plazo de 5 días contando desde la celebración de la junta. El acreedor disidente podrá objetar la cantidad, objeción que se tramitará como incidente.

Asimismo, se consulta una modificación importante, nuevamente en orden a dar viabilidad a las posibilidades de acuerdo. Esta modificación dice relación con el hecho de no tener por opuestos al

convenio a los acreedores residentes en el extranjero que no hayan comparecido, como sí lo hacía la legislación anterior.

En cuanto a la modificación de los convenios, esta ley establece una norma de gran importancia para los efectos de terminar con una oscuridad legal que ha acarreado muchas dificultades, lo que viene a llenar un serio vacío de nuestra legislación. Es así como el Inc. Final del Art. 190 contempla una norma de orden público que establece que, para los efectos de modificar los convenios, deberán concurrir las mismas mayorías requeridas para su aprobación, con la inclusión de aquellos créditos cuyos títulos sean posteriores a las proposiciones del convenio que se modifica. Se trata de una norma de la más elemental justicia, puesto que los acreedores posteriores han contratado ante una determinada situación de la empresa por ellos conocida, no debiendo quedar sometidos a una mayoría ajena en el cambio de sus condiciones contractuales.

El Art. 191 dispone que los acreedores preferentes respecto de bienes o del patrimonio del deudor sólo podrán asistir a la junta y discutir las proposiciones de convenio, pero no podrán votar las proposiciones de convenio, puesto que ellas afectan sólo a los acreedores valistas. Sin embargo, podrán votar si renuncian a parte o al total de sus preferencias. En este caso, la renuncia será irrevocable sólo para los acreedores que hayan votado en contra del convenio cuando éste ha sido rechazado.

Para evitar la formación de mayorías artificiales o espurias, se prohíbe la concurrencia, la deliberación y el voto a los cesionarios de créditos adquiridos en los últimos 30 días anteriores a la proposición, quienes tampoco podrán impugnar el convenio.

Debe destacarse también, dentro de las normas de este párrafo, las referidas al derecho de los acreedores preferentes a participar en las juntas y a votar en ellas, como asimismo, las referidas a las causales de impugnación del convenio contempladas en el Art. 196.

En este último punto, especial relevancia tiene la norma que en aras de la efectividad y celeridad del convenio, establece como nueva causal de impugnación la ocultación o exageración del activo o pasivo, que además se constituirá como la única causal de nulidad del convenio.

Por lo tanto, las causales de impugnación del convenio, que sólo se pueden alegar en un breve plazo de 5 días contados para todos los interesados desde la notificación por aviso del acuerdo del convenio, mediante extracto autorizado por el tribunal a los acreedores que no hubieren concurrido a la junta, en el fondo son verdaderas causales de nulidad cuya discusión se adelanta para el período anterior a la aprobación del convenio con el fin de impedir dilaciones u obstrucciones injustificadas por parte de quienes se oponen a su vigencia.

Se amplía la nómina de personas habilitadas para impugnar el convenio ya que este podrá ser impugnado por cualquier acreedor a quien éste pudiere afectarle como todos aquellos que hubiesen otorgado cauciones reales o personales, o que sean terceros poseedores de bienes constituidos en garantía de obligaciones del deudor, cuando los respectivos acreedores no hubieren votado a favor del convenio. Se otorga la facultad al deudor para proponer nuevamente las proposiciones rechazadas.

La entrada en vigencia del convenio fue una de las principales áreas de preocupación de la comisión redactora de esta ley. Antiguamente bajo el régimen de la ley 18.175, se efectuaban impugnaciones al convenio para el sólo efecto de no permitir que quienes lo apoyaban pudiesen disfrutar de sus eventuales beneficios. Pues bien, Art. 199 establece que el convenio judicial preventivo entrará en vigor, no obstante haber sido impugnado, si las impugnaciones no contaren con la adhesión de acreedores que representen, a lo menos, el 30% del pasivo con derecho a voto, estableciéndose que los actos o contratos celebrados en el tiempo que corre entre las impugnaciones y la resolución que las acoge, sólo podrán ser dejados sin efectos de conformidad con el artículo 2468 del Código Civil.

II.5.2 De los efectos de la convenios judiciales

En el párrafo 5 se consultan las normas referidas a los efectos del convenio.

El Art. 201 dispone que aprobado el convenio simplemente judicial, cesará el estado de quiebra y se le devolverán al deudor sus bienes y documentos, sin perjuicio de las restricciones establecidas en el convenio mismo.

La aprobación del convenio no impide que continúe el procedimiento de calificación de la quiebra, por lo que si para el procedimiento de calificación fueren necesarios los libros del fallido, estos quedarán en poder del tribunal encargado de ella.

Se cancelarán también las inscripciones de la declaración de quiebra que se hubieren practicado en la oficina del Conservador de Bienes Raíces correspondiente.

En este orden de cosas resulta importante destacar las normas referidas a la posibilidad de nombrar un interventor y una comisión de acreedores²⁰. En ambos casos, será el propio convenio quien deberá señalar sus atribuciones, deberes y su remuneración.

El interventor podrá o no ser síndico de la nómina.

Tanto el interventor como la comisión de acreedores responderán de culpa leve. Sólo los síndicos de la nómina estarán sujetos a la fiscalización de la Superintendencia de quiebras.

Asimismo, el Art. 208 establece que el agravamiento del mal estado de los negocios del deudor en forma que haga temer un perjuicio para los acreedores, determinará que se pueda someter a una intervención más estricta o ser sometido a una, si no lo ha sido o declararse incumplido el convenio, a solicitud de acreedores que representen la mayoría absoluta del pasivo del convenio, con derecho a voto.

II.6 Del Rechazo del Convenio y su Nulidad.

II.6.1 Del rechazo de los convenios.

En el párrafo 6, se establecen las normas referidas al rechazo del convenio.

²⁰ Art. 206 del libro IV del Código de Comercio.

Especial relevancia tiene, entre estas disposiciones, el Art. 209 que se refiere a la reiteración de los convenios rechazados o desechados por haberse acogido una causal de impugnación o bien por no haber obtenido la mayoría necesaria para su aprobación. En éstas se eliminan todas las prohibiciones para los efectos de que se puedan reiterar estas propuestas pero, en tal caso, no se aplicará lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 188²¹.

Cuando el convenio haya sido rechazado o desechado el tribunal declarará necesariamente la quiebra del deudor de oficio y sin mas tramite.

II.6.2 De la nulidad de los convenios

Finalmente en el párrafo 7 se contemplan las normas referidas a la nulidad de los convenios, en virtud de las cuales se suprime como causal de nulidad la relativa a los delitos del deudor, estableciéndose, como contrapartida, una sola causal genérica de nulidad de los convenios, consistente en la ocultación o exageración del activo o del pasivo descubiertas después de haber vencido el plazo para impugnar el convenio

La nulidad del convenio extingue de derecho las cauciones que lo garantizan.

²¹ El Inc. 2 del Art. 188 dispone que: “Sin embargo, si el convenio simplemente judicial se presentare apoyado por a lo menos el 51% del total pasivo de la quiebra, el síndico sólo podrá enajenar los bienes expuestos a un próximo deterioro o a una desvalorización inminente o los que exijan una conservación dispendiosa”.

Las acciones de nulidad prescribirán en el plazo de un año contado desde la fecha en que entró a regir el convenio²².

Por último, habida cuenta que la declaración de resolución del convenio puede acarrear consecuencias jurídicas y prácticas, indeseadas, es que se ha decidido modificarla por una declaración de incumplimiento del convenio.

La institución jurídica de la resolución del convenio, cuya naturaleza y efecto no se condicen con las de estos acuerdos, ha sido reemplazada por la “declaración de incumplimiento”, que pone a mejor recaudo los derechos de los acreedores y del deudor en relación con los actos intermedios.

Las acciones de incumplimiento prescriben en 6 meses, contados desde que hayan podido entablarse.

La declaración de incumplimiento dejara sin efecto el convenio pero a diferencia de la nulidad del convenio no extinguirá las cauciones que hubieren garantizado su ejecución total o parcial.

El Art. 213 dispone que la nulidad y la declaración de incumplimiento del convenio se sujetarán al procedimiento del juicio sumario y será competente para conocer de ellas el tribunal que tramitó el convenio, salvo que se haya celebrado el pacto compromisorio a que se refiere el artículo 178, en cuyo caso conocerá el Tribunal que corresponda de acuerdo a éste.

La sentencia que acoja las demandas de nulidad o de declaración de incumplimiento, será apelable en ambos efectos, pero el deudor quedará de inmediato sujeto a intervención por un síndico

²² Art. 210 Inc. 1 del libro IV del Código de Comercio.

que tendrá las facultades del interventor del artículo 294 del Código de Procedimiento Civil y las previstas en el artículo 177 bis.

Ni la declaración de nulidad ni la de incumplimiento tienen efecto retroactivo.

Una vez firme la resolución que declare la nulidad o el incumplimiento, el tribunal de primera instancia declarará la quiebra del deudor de oficio y sin más trámite.

Además, por las complicaciones y confusiones que producía, se ha suprimido la reapertura de la quiebra y ha sido reemplazada por la segunda quiebra en todos los casos en que por el fracaso del convenio, sea preventivo o judicial, se deba reingresar a los procedimientos de liquidación forzada de los bienes del deudor.

Finalmente, el artículo transitorio se limita a prescribir que la presente ley comenzará a regir después de sesenta días de su publicación en el Diario Oficial.

CAPITULO III
DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

III.1 GENERALIDADES

En Chile este tipo de convenios no tenía reconocimiento legal sino hasta la ley 4.558 de 1929. anteriormente ni en las Ordenanzas de Bilbao ni en las Leyes Marianas de 1837, ni en el Código de Comercio de 1865, como tampoco en el Código de Procedimiento Civil, existía un tratamiento sistemático de la institución. Jurisprudencialmente si tenían reconocimiento y se habían legitimado dichos pactos en fallos anteriores a la ley 4.558.

Además el Código de Comercio tácitamente permitía este tipo de pactos, pues su artículo 326 expresamente señalaba que “ la mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorguen esperas al deudor”.

Estos acuerdos en la actualidad se encuentran regulados en el Párrafo I, Título XII, del Libro IV del Código de Comercio, Art. 169 que dispone que *“cualquier acuerdo extrajudicial celebrado entre el deudor, antes de su declaración de quiebra, y uno o mas de sus acreedores relativo al pago de sus obligaciones o a la administración de sus bienes, solo obliga a quienes lo suscriban, aun cuando se le denomine convenio”*

La ley 20.073 que entró en vigencia con fecha 29 de enero de 2006 parte por suprimir las normas sobre el convenio extrajudicial, por la poca aplicación practica que tenían estos acuerdos, que requerían la unanimidad de los acreedores. Esta ley 20.073 vino nuevamente a desregular este tipo de convenios o acuerdos extrajudiciales, eliminando toda la normativa contenida en los artículos 169 y siguientes de la ley

18.175, sujetando los convenios extrajudiciales a las reglas generales en materia de contratación.

La nueva denominación de acuerdos proviene del hecho de el artículo 169 acepta acuerdos entre el deudor y uno o más de sus acreedores, esto es, convenios parciales, lo que en la práctica viene a significar la desaparición de los convenios extrajudiciales. El texto actual solamente habla de los acuerdos extrajudiciales, con fuerza obligatoria restringida a quienes lo suscriben aún cuando se le denomine convenio. Aquí sostiene el legislador que en esta materia no hablamos propiamente de convenios pues pueden involucrar al deudor con un solo acreedor inclusive.

En definitiva son acuerdos que celebra el deudor con unos o más acreedores con el objeto de evitar que se inicie en su contra un procedimiento judicial de declaración de quiebra. Es posible resolver una situación de insolvencia, en este caso el deudor le propone a sus acreedores pagar en un determinado plazo sus acreencias o incluso castigar las deudas, si se lo autorizan y acuerdan todos los acreedores solucionan su posibilidad de caer en quiebra. En la propuesta del deudor no hay engaño, en el juicio quizás los acreedores obtendrán menos de lo que les ofrece el deudor. Ej: pagar la mitad de la deuda a dos años plazo.

Se elimina toda limitación a los acuerdos extrajudiciales que sean legales, y como corolario se elimina la causal de quiebra del artículo 43 N° 4 referida a la nulidad o resolución del convenio extrajudicial.

La nueva normativa comienza liberalizando todo tipo de acuerdo extrajudicial a que pueda llegar el deudor con sus acreedores, con la sola limitación de la *par conditio creditorum* y de los derechos de terceros tanto en el ámbito civil como penal. Esta idea concuerda con el objetivo o fin de las modificaciones introducidas por la ley 20.073 que es ampliar los espacios de acuerdo entre deudores y acreedores, privilegiándose por sobre la liquidación forzosa, y ensanchar las posibilidades de salvar las empresas en crisis, pues esta liquidación forzosa muchas veces perjudica a los acreedores y siempre a los trabajadores y a la economía en general.

III.2 CARACTERÍSTICAS.

1. Son verdaderos contratos pues producen efectos respecto de los celebrante y se rigen por la propias reglas que convinieren las partes.
2. Requieren para su eficacia, la voluntad unánime de quienes sean obligados por él.
3. Pareciera solo admisible y eficaz en su modalidad preventiva de quiebra.
4. Los acuerdos extrajudiciales pueden ser discriminatorios si todos los acreedores lo aceptan.
5. Pueden enervar la quiebra en la medida que se celebren con todos los acreedores.
6. Dada la exigencia de unanimidad de los acuerdos extrajudiciales, requiere también el consentimiento aún de los

acreedores preferentes. Sin embargo, dicho consentimiento no importa la renuncia de sus preferencias.

7. A diferencia del convenio judicial que es siempre solemne, el Art. 169 no prescribe expresamente solemnidad alguna, salvo la exigencia de que solo obliga a quienes lo suscriban, implica que debe constar por escrito y debe ser rubricado por los acreedores pues resultaría difícil sino imposible la eficacia y utilidad de un convenio puramente verbal, no necesariamente ajustado al espíritu de la ley.
8. En cuanto a su régimen de ineficacia se aplican las normas generales en materia de contratación previstas y sancionadas en el derecho común, en especial en el Código Civil.

III.3 REQUISITOS DE FORMA Y DE FONDO

A. REQUISITOS DE FORMA.

Hasta la ley 20.073 el convenio preventivo extrajudicial era un contrato tan solemne o más que el convenio judicial. La ley hoy pareciera no requerir formalidad alguna, pues la tendencia fue desregularlos absolutamente.

Sin embargo, pareciera que existen dos formalidades para este contrato o convención, a saber; la de constar por escrito y ser suscrita por los acreedores que lo estipulan, pues la ley dice que el convenio o acuerdo extrajudicial obliga a quienes “lo suscriban” expresión que se ajusta a esa definición del diccionario de la real academia que define la voz suscribir como “firmar al pie o al final de un escrito” y no a otra,

que dejaría abierta a la oralidad estos acuerdos, que define suscribir como “convenir con el dictado de uno acceder a él” porque eso se aplica para las opiniones, pero no para los contratos.

En cuanto a la sanción por la omisión de las solemnidades no sería la nulidad del acuerdo, sino simplemente su inoponibilidad, pues la ley se limita a señalar que el acuerdo obliga sólo a quienes lo suscriben, pero no que sea nulo.

B. REQUISITOS DE FONDO

Al carecer de regulación alguna quedan sometidos a las normas comunes a todo acto o contrato, en especial en materia de actos jurídicos, esto es, al cumplimiento de las exigencias del artículo 1445 del Código Civil.

Ahora en cuanto a los elementos de su esencia propios del acuerdo extrajudicial, sin los cuales no sería convenio o degeneraría en otro acuerdo innominado, son su causa y objeto.

- Todo acuerdo extrajudicial debe tener por causa la insolvencia actual o potencial del deudor. Sin insolvencia el acuerdo no pasa de ser una mera reestructuración del pasivo o, en el evento de que se haya simulado tal insolvencia para obtener ventajas de los acreedores, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan por defraudación, sería un acuerdo carente de causa.
- En cuanto al objeto del acuerdo extrajudicial es eliminar la insolvencia del deudor pero a través de una solución real.

Porque si se trata de un convenio física y moralmente imposible, es nulo y si sus acuerdos de verdad no resuelven objetivamente la insolvencia del deudor, se puede impugnar el acuerdo por falta de objeto o por objeto físicamente imposible.

III.4 DISCUSIÓN DE LA LEY EN EL CONGRESO NACIONAL EN RELACION AL ARTICULO 169.

Respecto del Art. 169, fue presentada la indicación N° 2, que propuso agregar la siguiente oración final:

“La celebración de esta clase de acuerdos en caso alguno afectará los derechos de los restantes acreedores o de cualquier tercero en caso de considerarse perjudicados por su estipulaciones”²³

En discusión el asesor jurídico del Superintendente de Quiebras señaló que la diferencia fundamental entre esta nueva ley y la ley anterior, es que la ley anterior regulaba los convenios extrajudiciales, con el fin de preservar la libertad contractual. La ley 20.073 los denomina acuerdos extrajudiciales y los trata en el Art. 169 en comento, según el cual, a diferencia de la legislación anterior, este convenio puede celebrarse entre el deudor y uno o mas de sus acreedores, sin necesidad que concurren todos al acuerdo. Es por ello que la indicación precisa que este acuerdo no va a perjudicar a quienes no concurren a la celebración del acuerdo.

²³ Senador Novoa en segundo informe de la Comisión de Economía.

Sin embargo se señaló que la inclusión de esta frase final es a la vez confusa e innecesaria.

- Es innecesaria porque conforme a la ley civil, todo contrato debe mantenerse dentro de la legalidad, todo acuerdo debe respetar derechos ajenos, por lo que es innecesario señalarlo expresamente. Diferente es, indicó, si perjudica o no a los restantes acreedores en virtud del efecto reflejo de los contratos.

- Por otra parte, puede resultar confuso, pues no indica la vía procesal por la que se ataca el acuerdo que afectaren estos derechos en relación a las acciones que consagra el derecho civil a favor de los terceros ajenos al acuerdo.²⁴

Esta indicación reafirma la idea en el sentido de proteger a los terceros, por lo que parece incompatible con el inciso primero del artículo, según el cual el convenio obliga sólo a quienes lo suscriban.²⁵

Se insistió en cuanto a que la incorporación de esta frase nada aporta, fundamentalmente si se observa que no establece una vía procesal que puedan utilizar los acreedores que se vean perjudicados por lo efectos reflejos del acuerdo, se conservan las acciones revocatorias civiles o concursales.

En atención a lo expuesto se retiró la indicación N° 2.

²⁴ Raúl Varela Morgan asesor jurídico del superintendente de quiebras, en segundo informe de la Comisión de Economía.

²⁵ Senador Jaime Orpis en segundo informe de la Comisión de Economía.

III.5 EFECTOS DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

El efecto fundamental deriva de la naturaleza jurídica de estos acuerdos, esto es, de su carácter transaccional e importa la renuncia de la acción de quiebra. El deudor ni ninguno de los acreedores pueden solicitar la quiebra del deudor en tanto esté vigente el convenio, salvo que este último incurra en la violación de los créditos emanados del convenio extrajudicial en razón de una nueva insolvencia.

Pone fin a las ejecuciones individuales seguidas contra el deudor por los acreedores concordatarios, en virtud de su carácter transaccional. Deberán declararse terminados dichos procesos y alzarse los embargos trabados sobre bienes del deudor.

Respecto de los procesos declarativos, si el deudor ha reconocido a los demandantes en su balances e inventarios y estos han concurrido al convenio, también importará una transacción que pondrá término al proceso correspondiente. Los juicios en donde se discuta el derecho seguirán su curso, pues naturalmente los respectivos demandantes acreedores no habrán suscrito el acuerdo y tampoco el deudor admitido sus pretensiones en el balance o inventario.

Muchas de las cláusulas prohibidas o inaplicables en el convenio judicial, pueden ser pactados en estos acuerdos extrajudiciales, por ejemplo: pacto de condiciones resolutorias ordinarias, renuncia de ciertos privilegios o preferencias, cláusulas discriminatorias, etc.

En lo que se refiera a terceros se puede hacer referencia al Art. 2460 y siguientes del Código Civil que se refieren a la transacción aplicables a estos acuerdos por su carácter de transacción. El

convenio por tanto no aprovecha ni perjudica a los demás obligados principales de las obligaciones concordatarias, esto es, a los demás codeudores solidarios, pero sí beneficia a los fiadores o deudores subsidiarios, en particular en lo que concierne a las remisiones.

Si el acuerdo extrajudicial estipula ampliaciones o prorrogas de los vencimientos, los fiadores, avales y los terceros que han constituido prendas o hipotecas sobre sus bienes para garantizar obligaciones del deudor concordatario, se beneficiaran de ellas en el sentido de que se extinguirán las fianzas, prendas e hipotecas, salvo que accedan expresamente a dicha ampliación, según lo dispuesto el Art. 1649 del Código Civil que dispone que *“la mera ampliación del plazo de una deuda no constituye novación ; pero pone fin a la responsabilidad de los fiadores y extingue las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”*.

Este convenio obligará a todos los acreedores que lo hayan suscrito. Los acreedores posteriores no se verán afectados para nada por estos acuerdos.

La ley 20.073 desreguló estos acuerdos en todos sus aspectos incluido el de la intervención. De forma que la designación de un interventor, sus atribuciones, derechos, remuneración, etc, son en este convenio un negocio estrictamente privados que se regirá esencialmente por las normas del mandato y constituirá una cláusula meramente accidental del acuerdo.

III.6 NULIDAD DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

Antes de la entrada en vigencia de la ley 20.073 la nulidad del convenio extrajudicial estaba sometida a un régimen especialísimo, muy complejo en la ley 18.175, creado por la ley 4.558 de 1929. Nada de eso hoy existe de manera que la ineficacia por vicios o ausencia de voluntad, objeto o causa, queda sometida a la reglas generales del derecho común, contenidas en el Código Civil.

Por la razón anteriormente expuesta podemos concluir que la nulidad declarada del acuerdo extrajudicial solo favorece a las partes de la instancia respectiva y no autoriza a los acreedores con este solo hecho, a solicitar la quiebra del deudor.

III.7 RESOLUCIÓN DE LOS ACUERDOS EXTRAJUDICIALES

El Art. 1489 del Código civil dispone que “ *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tacita va envuelta la condición resolutoria tacita de ni cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios”.

Al ser un contrato bilateral los acreedores o bien el deudor podrían demandar la resolución o el cumplimiento del mismo en ambos casos con indemnización de perjuicios.

Ahora la condición resolutoria en un hecho que puede ocurrir en los unilaterales, ya que en estos también puede haber incumplimiento

del mismo. De forma que nada impide que aunque el acuerdo extrajudicial sólo contenga obligaciones para el deudor, se pueda resolver tal como se puede resolver o declarar incumplido el convenio judicial. De hecho así se entendía en la normativa anterior, en que expresamente se admitía la posibilidad de la resolución del convenio extrajudicial según lo dispuesto en Art. 43 N° 4 de la ley 18.175.

Ahora como la ley no regula el ejercicio de esta acción habrá que estarse a los normas de derecho común, esto es:

La acción prescribe en 5 años contados desde que se produjo el incumplimiento.

Se tramitación queda sujeta a las normas del juicio ordinario de mayor cuantía, aunque puede sujetarse a juicio sumario si se justifica que la acción deducida requiere, por su naturaleza de una tramitación rápida para ser eficaz según lo dispuesto en el inciso 1 del Art. 680 del Código de Procedimiento Civil.

El Art. 154 del Código orgánico de tribunales dispone que *“Será juez competente en materia de quiebras, cesiones de bienes y convenios entre deudor y acreedores el del lugar en que el fallido o deudor tuviere su domicilio”*, norma plenamente aplicable a los acuerdos extrajudiciales.

La resolución del contrato al igual que la nulidad del mismo solo tendrá efectos relativos a las partes de la instancia y no erga omnes.

El Art. 43 N°4 del ley 18.175 hoy derogado permitía a los acreedores que declarado resuelto el convenio extrajudicial, demandar la quiebra del deudor. Hoy la resolución del acuerdo extrajudicial ha dejado de ser una causal de quiebra de las que permiten a los acreedores demandarlas, por lo que por sí sola no bastará para

declarar la quiebra del deudor como acontecía en el régimen anterior ya derogado.

CAPITULO IV
CONCLUSIONES

Las leyes deben dar cuenta de las realidades socio-económicas del país en un momento histórico determinado. Y en el caso específico de la ley de quiebras -en tanto instrumento para la protección del crédito en general y del comercial en particular, en tanto armonizador de las necesarias iniciativas de emprendimiento que el mercado globalizado impone y los consecuentes riesgos comerciales que ello conlleva, en tanto, en definitiva, instrumento de desarrollo económico- debe hacerse cargo de la compleja realidad empresarial chilena.

En nuestra historia contemporánea, podemos observar que la evolución de la legislación ha sido posterior a los acontecimientos sociales, políticos, económicos.

La quiebra no es una excepción a esta regla. Así por ejemplo, la derogación del Título IV del Código de Comercio con la promulgación de la Ley 4.558 se produce en 1931, dos años después de la crisis bursátil de 1929, el Decreto Ley 1.509 que regula por primera vez el tratamiento de las unidades económicas y la continuidad efectiva del giro, es precedido por la crisis mundial del petróleo y, por último, es también la crisis bancaria y el proceso de la devaluación de la moneda el antecedente de la ley 18.175. Sin ir más lejos, la última modificación de la Ley 18.175, por la Ley 20.004, tiene por objeto incorporar normas que imponen una fiscalización más efectiva a los síndicos, disposiciones que se dictan en un marco complejo, caracterizado por la intención del legislador de dotar de transparencia a los actos de la administración pública, y de las personas fiscalizadas por aquella como son los síndicos de quiebras.

Entonces, la ley cumple una función ex – post de regulación del conflicto social, en algunos casos como freno coercitivo de acciones

no deseadas y, en los demás, dota de instrumentos que de haber existido, al momento del conflicto, con alta probabilidad, aquel no se habría producido.

Es así que con fecha 8 de Agosto del año 2007, se inicia en el Senado un proyecto de ley que modifica el Código de Comercio en materia de quiebras, para efectos de flexibilizar la quiebra de las pequeñas empresas.²⁶ En la actualidad dicho proyecto se encuentra en la etapa de primer trámite constitucional y en la subetapa de primer informe de la comisión de economía.

Este proyecto tiene los siguientes fundamentos:

El procedimiento a que da lugar la insolvencia de un deudor, reglado en el Código de Comercio, luego de que el artículo único de la Ley 20.080, publicada el 24 de noviembre del 2005, ordenara incorporar la Ley 18.175 en dicho Código, tiene como objetivo realizar en un sólo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica a fin de proveer al pago de sus deudas.

La declaración de quiebra de una persona natural o jurídica tiene diversas y significativas consecuencias para ella, puesto que producen una alteración sustancial de su capacidad de desarrollo económico, dejándola, en la práctica, marginada de la posibilidad de participar en la vida económica normal. Dicho efecto, conocido como desasimiento, produce, entre otras consecuencias, el que:

- El fallido queda de pleno derecho inhabilitado de la administración de todos sus bienes presentes, salvo los inembargables.

²⁶ Se inicia por moción del Senador Carlos Bianchi Chelech de fecha 8 de Agosto del año 2007..

- La administración de que es privado el fallido pasa de derecho al síndico, quien debe ejercerla de acuerdo a la ley.
- La administración que posea el fallido de los bienes personales, de la mujer e hijos, de los cuales tenga el usufructo legal, quedará sujeta a la intervención del síndico.
- La administración del síndico comprende también la de los frutos adquiridos por el fallido, a título gratuito y respecto de los adquiridos a título oneroso, podrá ser sometida también a intervención.

Dichas consecuencias -previamente enunciadas- son aplicadas en la actualidad sin diferenciarse el tipo de deudor afecto a la situación de cesación de pagos sin discriminar entre empresas grandes, medianas o pequeñas, colocando a los pequeños empresarios de nuestro país sin un procedimiento que les permita sobrevivir de mejor manera a una situación de insolvencia.

Podría en nuestro país diferenciarse ciertas normas del procedimiento reglado en el Libro IV del Código de Comercio, en favor de aquellos deudores que no facturen anualmente más de 25.000 UF, al igual que en la legislación comparada, en donde hay distintos procedimientos, según el tipo de empresa.

En Italia, por ejemplo, hay normas especiales para las grandes empresas. En el caso de Luxemburgo, hay 5 procedimientos de insolvencia, tres de éstos se refieren exclusivamente a los comerciantes (personas naturales y personas jurídicas), otro solamente a los notarios.

Es por esto que se presenta este proyecto de ley que busca corregir la actual ley de quiebras inserta en el nuevo libro IV del Código de Comercio, a fin de otorgar una diferenciación, a favor de aquellas personas naturales o jurídicas que posean la característica de ser pequeños empresarios, de manera que éstas puedan enfrentar su situación de insolvencia de manera distinta al resto de los agentes económicos, posibilitándoles con esto una mayor subsistencia en el tiempo.

Este proyecto tiene un artículo único que dispone las siguientes modificaciones:

Artículo Único: Modifíquese la ley 18.175, incorporada en el libro IV del Código de Comercio por disposición del inciso segundo del artículo único de la ley 20.080 de la manera que sigue:

1.- En el artículo 41 agréguese un inciso segundo que exprese “En el caso de aquellos deudores que facturen anualmente hasta 25.000 UF dicho plazo será de 20 días”

2.- En el artículo 178 agréguese los siguientes incisos cuarto y quinto nuevos:

“En el caso de aquellos deudores cuya facturación anual no sea superior a las 25.000 UF el convenio podrá ser uno mismo para todos los acreedores o al menos deberá tener cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada categoría, pudiendo diferir entre ellas.

Asimismo, el convenio podrá contener una proposición principal y proposiciones alternativas a ella respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas. Los acreedores deberán optar por regirse por una de ellas, dentro de diez días contados desde la fecha de la junta que lo acuerde.”

La primera modificación se refiere al plazo legal establecido en la ley para la solicitud de la declaración de la propia quiebra. El artículo 41 de la ley establece un plazo muy breve de 15 días para que el deudor que ejerza una actividad comercial industrial, minera o agrícola, deba solicitar su declaración de quiebra contados desde que haya cesado en el pago de una obligación mercantil. Dicho exiguo plazo limita la posibilidad que se tiene para poder celebrar los convenios preventivos con los acreedores a fin de evitar la quiebra.

La segunda modificación relacionada con la anterior, es aquella que dice relación con los convenios preventivos. Es necesario establecer mecanismos que faciliten los convenios que las pequeñas empresas pueden celebrar con sus acreedores, de manera de evitar la declaración de una quiebra. Así sería pertinente diferenciar entre las distintas categorías de acreedores, puesto que un tratamiento unitario de todos ellos impide, o hace más dificultoso, la obtención de estos convenios. De esta forma se propone que los convenios puedan tener distintos ítemes diferenciados para cada categoría de acreedor, permitiéndose con esto una mayor flexibilidad y poder de negociación para el deudor. La idea es que la propuesta de convenio preventivo perfectamente podrían contener cláusulas distintas. Es decir, poder acordarse cláusulas iguales para los acreedores dentro de cada

categoría, pudiendo diferir entre ellas. El deudor puede efectuar más de una propuesta respecto de cada categoría, entre las que podrán optar los acreedores comprendidos en ellas. De esta manera, se otorga al deudor un mayor poder negociador frente a sus acreedores, que le permitirán de mejor manera prevenir la quiebra de su negocio.

Se plantea que es un hecho de alta probabilidad que la integración a economías más desarrolladas por el proceso de globalización, pueden acarrear más de una crisis a ciertos sectores que no podrán competir en este nuevo escenario, ya sea por su tamaño o por el precio del producto, pero también es una realidad que existe una vinculación tal entre los efectos de las decisiones de todas las latitudes, que nos permite prever, con un grado bastante alto de aproximación cual es el probable destino de la actividad desarrollada.

En Chile, en el año 2005, de acuerdo a información del SII procesada por el Instituto Nacional de Estadísticas existen 690 mil empresas. De ese universo, las Grande y Medianas empresas con 6.000 y 13.000 unidades económicas respectivamente, que en conjunto concentran el 77% de las ventas nacionales, tienen 1.250.000 empleos asociados lo que representa un 23% de la población económicamente activa. En otro extremo están las 580.000 denominadas microempresas, correspondiente al 84% del total, pero que si bien, en función a sus ventas promedios (680.000 pesos mensuales) así como el empleo promedio que otorgan (1,8 trabajadores por unidad económica), mayoritariamente, pueden ser homologadas con una suerte de autoempleo, estimamos que al menos

150.000 unidades pueden ser catalogados como empresas en su acepción mas clásica.

Finalmente, cuando usamos el término pequeña empresa, estamos, en primer lugar, hablando de 91.000 empresas, correspondientes al 13 % del universo empresarial. Estamos hablando de un segmento de empresa que otorga empleo a 850.000 chilenos, esto es a algo más del 15% de la población económicamente activa. Pero por sobre todo estamos hablando de empresas que en promedio facturan algo más de 10 millones de pesos mensuales, lo que con un holgado margen del 20% significan 2.000.000 de pesos de potenciales utilidades antes de impuesto.

Resulta que de acuerdo a lo establecido por la ley, los costos básicos de un convenio que considere activos de 2.000 UF, incluyendo publicaciones, honorarios de síndico o experto facilitador, del auditor autorizado por la Superintendencia de Valores y Seguros o en su caso del interventor designado por el tribunal y del abogado patrocinante del convenio, asciende a la cifra de \$3.916.000. Para llegar a esta monto se han considerado los siguientes supuestos. Publicaciones legales, 500.000 pesos, honorarios de experto facilitador o síndico 1.800.000 (25% de la tabla del artículo 34º, según lo dispuesto en el artículo 177º ter), honorarios auditor autorizado o interventor nombrado por el tribunal, 900.000 pesos, (50% de los honorarios del experto facilitador) y honorarios del abogado patrocinante 716.000 pesos (2% del activo según artículo 148º de la ley). Ahora bien, a la luz de estos guarismos queda en evidencia, que con los costos asociados a los actuales procedimientos concursales, este segmento de empresas, esto es, un universo cercano a las 240 mil empresas (pequeñas más las 150 mil

micro empresas ya aludidas) queda prácticamente marginado de tener acceso a esta institución. En otras palabras, el 36% del universo oficial o el 96% del universo real del empresariado nacional queda fuera de acceso a este procedimiento concursal, ya que es impresentable un convenio cuyo costo asciendan a más del 10% del valor comercial de los activos lo que significa, en otras palabras, un 25% del valor de liquidación forzada de los mismos.

La norma, en los términos actuales, en nada contribuye a la solución de los problemas de estos agentes al no contemplar un procedimiento expedito y poco oneroso para ejercer la opción del convenio a quienes la reconversión es la única alternativa de sobrevivencia, causando de paso un daño importante a sus acreedores entre los cuales también podemos observar la existencia de otros también afectados por el proceso de globalización²⁷.

Ahora corresponderá al legislador pensar en qué proposiciones se pueden hacer para que se tomen las debidas providencias y resguardos legislativos que permitan acceder a estos agentes económicos en igualdad de condiciones al mercado, es por ello que se presume y se espera que vengan más modificaciones en el futuro que corrijan estos temas.

²⁷ Charla expuesta por Pablo Cifuentes, síndico de quiebras y abogado, en la facultad de derecho de la Universidad de Chile organizada por el colegio de abogados.

BIBLIOGRAFIA

Textos

1. Lira Silva Diego, Román Rodríguez Juan Pablo “Reforma al Derecho de Quiebras, Nuevo Estatuto de los Síndicos”, Editorial Lexis Nexis, segunda edición actualizada, año 2007.
2. Puelma Accorsi, Álvaro, “Curso de Derecho de Quiebras”, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición corregida y actualizada, año 1985.
3. Puga Vial, Juan Esteban, “Derecho Concursal El Juicio de Quiebras”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, año 2004.
4. Puga Vial, Juan Esteban, “Derecho Concursal El Convenio de Acreedores” Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año 2006.
5. Sandoval López, Ricardo, “Derecho Comercial, La Insolvencia de la Empresa, Derecho de Quiebras, Cesión de Bienes”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, año 2004.
6. Viada Lozano Alberto, Rojas Varas Inés, “Derecho de quiebras”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., año 2001

Leyes.

1. Ley 20.073
2. Ley 20.004
3. Ley 20.080
4. Ley 18.175
5. Ley 18.045

Códigos

1. Código Civil
2. Código de Comercio
3. Código del Trabajo
4. Código de Procedimiento Civil
5. Código Orgánico de Tribunales

Tramitación de la ley en el Congreso Nacional.

1. Mensaje del Presidente de la República al Senado con que se inicia el proyecto de ley que modifica la ley 18.175 en materia de convenios concursales de fecha 10 de Septiembre del año 2004.
2. Oficio N° 24.178 del Senado a la Corte Suprema de 14 de Septiembre de 2004 .
3. Cuenta de oficio de la Corte Suprema al Senado de fecha 4 de Noviembre del 2004.
4. Primer informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en primer tramite constitucional, que modifica la ley 18.175 de Quiebras en materia de convenios concursales, de fecha 4 de Enero de 2005
5. Sesión N° 26, 30, 5, 32 y 36 ordinarias del Senado de fechas 11 de Enero, 19 de Enero, 14 de Junio, 6 de Septiembre y 14 de Septiembre de 2005 respectivamente.
6. Segundo informe de la Comisión de Economía recaído en el proyecto de ley, en primer tramite constitucional, que modifica la ley 18.175 de quiebras en materia de convenios concursales, de fecha 8 de Junio de 2005.

7. Oficio de ley N° 25.368 a cámara revisora de 25 de Junio de 2005.
8. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que modifica la ley 18.175, en materia de convenios concursales, en segundo tramite constitucional de fecha 16 de Agosto de 2005,
9. Sesión 34 de la Cámara de Diputados de 30 de agosto de 2005.
10. Oficio N° 5.799 como modificaciones de la Cámara de Diputados a la cámara de origen, de fecha 30 de Agosto de 2005.
11. Oficio N° 25.958 de ley al ejecutivo de 20 de septiembre del año 2005.
12. Oficio N° 25.965 al Tribunal Constitucional de fecha 5 de Octubre de 2005.

Revistas.

1. Contador R, Nelson “Convenios Concurales una Reforma Sustancial”, Revista Abogado paginas 32 a 34.
2. González Balmaceda, Rafael “Convenios Concurales”, Gaceta Jurídica N° 301 Julio 2005 paginas 26 a 35.
3. Herrera Larraín, Luis Oscar, Seminario ley de quiebras- convenio “Suspensión de ejecuciones y retiro de bienes como consecuencia de las proposiciones de convenios judicial preventivo y simplemente judicial. Efectos de las proposiciones sobre la declaración de la quiebra y otras

consecuencias afines”. Seminario de 14 y 16 de Marzo de 2006, publicado en la revista del abogado S.A. año 2006.

4. Lira Silva Diego, Seminario ley de Quiebras-Convenios, “La reforma del Derecho Concursal”, seminario de 14 y 16 de Marzo de 2006, publicado en la Revista del Abogado S.A. año 2006.

Sitios de Internet

1. www.bcn.cl

Otros.

1. Charla expuesta por Pablo Cifuentes, síndico de quiebras y abogado, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile organizada por el Colegio de Abogados.
2. Apuntes año 2006 cátedra de Derecho Comercial II, Universidad de Valparaíso.