

Análisis y Recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras

Claudio Bonilla, Ronald Fischer, Rolf Lüders, Rafael Mery, José Tagle*

Septiembre 2003**

* *Claudio Bonilla*, Economista. U. del Desarrollo; *Ronald Fischer*, Economista. U. de Chile; *Rolf Lüders*, Economista. U. Diego Portales; *Rafael Mery*, Abogado U. Diego Portales; *José Tagle*, Abogado. “Tagle, Cifuentes y Cía.”. Se agradece el apoyo del Ministerio de Economía y la labor de los ayudantes Ariel La Paz y Juan García-Huidobro. C. Bonilla y R. Fischer agradecen el apoyo de Fondecyt, proyecto 1030502.

** Revisado junio 2004.

INDICE

Resumen.....	1
I. Introducción	2
II. Metodología.....	3
III. Resultados de la investigación y propuestas de cambio a la Ley de Quiebras	4
IV. Legislación de Quiebras Comparada.....	18
A. Introducción	18
B. Objetivo del Estudio de Legislación Comparada	19
C. Primera Parte: El caso de EE.UU., México y Perú.....	23
1. Principios Generales	23
2. Órganos de la Quiebra y sus Atribuciones.....	25
3. Inicio del Procedimiento de Quiebra y sus Etapas	32
4. Efectos Inmediatos de la Declaración.....	38
5. Ordenes de Prelación	42
6. Convenio o Plan de Reorganización.....	46
7. Figuras Penales Asociadas a las Quiebras	55
D. Segunda Parte: El Caso de Francia y España	58
1. Principios Generales	58
2. Etapa Pre-Concursal	61
3. Inicio del procedimiento de quiebra	63
4. Efectos inmediatos de la declaración de quiebra	68
5. Órganos de la quiebra	69
6. Ordenes de prelación	70
7. Convenio o plan de reorganización.....	71
8. Liquidación	72
V. Estudio de Datos de Quiebras.....	74
1. Introducción	74
2. Resultados Obtenidos	74
3. Estudio de Casos.....	77
VI. Referencias	93

RESUMEN

Este trabajo presenta una evaluación general del sistema de quiebras en Chile, así como propuestas para mejorar el funcionamiento de éste. El trabajo incluye una comparación del sistema chileno con los sistemas de quiebras de otros países. Por último, presenta antecedentes sobre la tasa de recuperación de créditos; las costas y la duración de los procesos de quiebra; y la tasa de recuperación de acreencias en función del orden de prelación de los acreedores.

Se muestra que el proceso de quiebras sufre una serie de deficiencias: i) las impugnaciones entorpecen los procedimientos, ii) el mecanismo de elección de síndicos no es compatible con los objetivos de la ley, iii) la calificación de la quiebra no debería formar parte del proceso de quiebra, iv) los procedimientos de convenios para evitar quiebras pueden ser mejorados; y, iv) el procedimiento de quiebras se puede transformar mediante el traspaso ágil de la propiedad de los activos a los acreedores.

Los magros resultados del sistema actual (pese a ser relativamente buenos en el entorno latinoamericano) se verifican con la observación que los procesos son lentos y caros; y que los acreedores valistas reciben sólo un 3% de lo que se les adeuda.

Keywords: Chile, Quiebras, Convenios.

JEL: G330, K220

RESUMEN Y PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE QUIEBRAS

I. INTRODUCCIÓN

La modernización económica de Chile requiere de normas legales que promuevan la eficiencia económica y que velen por el buen funcionamiento del mercado. En este contexto, la agenda Pro-crecimiento generó una serie de propuestas para mejorar la legislación en aspectos económicos. Un aspecto de suma importancia resultó ser la Ley de Quiebras. Esta ley, cuyos orígenes se remontan a 1931, es sindicada como una de las leyes que requieren modificación para ajustarla a los tiempos modernos bajo los principios de eficiencia económica de las leyes.

En efecto, toda ley de quiebras y sistema concursal debe (1) promover la reorganización de las empresas viables, manteniendo el máximo valor de los activos de la misma, (2) facilitar una rápida liquidación, maximizando el pago total a los acreedores, (3) optimizar los recursos económicos, (4) favorecer la disponibilidad del crédito, (5) hacer más transparente el sistema, eliminando los focos de corrupción que puedan afectar al mismo, (6) entregar los incentivos para evitar las quiebras, y (7) minimizar los costos de transacción.

En este sentido, se hace necesario pensar en un sistema que incorpore mecanismos de tipo mercado donde los acreedores decidan el futuro de la empresa en quiebra, permitiendo la asignación del control de la empresa a los acreedores, respetando sus preferencias y buscando minimizar los costos de la reorganización. El objetivo, a fin de cuentas, es buscar un sistema que solucione los conflictos de intereses entre el deudor y los distintos tipos de acreedores, alineando sus intereses.

Un sistema así concebido permitirá contar con un sistema más rápido, con menores costos para las partes involucradas y donde los derechos de propiedad se encuentran bien definidos, permitiendo – a fin de cuentas – un procedimiento de quiebras más eficiente.

Con todo, para lograr lo anterior será fundamental contar con un sistema judicial eficiente, que entregue confianza y seguridad al mercado, y con niveles de dilación significativamente inferiores a los actuales.

Así las cosas, la investigación que presentamos tuvo por objeto analizar desde una perspectiva teórica y empírica la actual legislación de quiebras, con el fin de disponer de los antecedentes necesarios para contribuir a la reformulación de la ley. Asimismo, se han estudiado también los convenios preventivos, los cuales juegan un papel fundamental para una empresa en problemas, ya que ellos proporcionan una suerte de respiro temporal para un potencial fallido.

En este capítulo se explica la metodología utilizada en nuestro estudio, los problemas detectados por nuestro grupo en la actual legislación de quiebras, y presenta nuestras propuestas de modificación a la misma.

Nuestras propuestas han considerado los puntos de vistas de los diversos agentes involucrados en los procesos concursales. Debemos mencionar que existen detalles que han

sido omitidos del análisis, detalles que muchas veces vienen de la práctica misma y que, por lo tanto, serán considerados en futuras depuraciones de las propuestas que este informe contiene. Sin embargo, debemos hacer hincapié en que la obra gruesa está hecha; después vendrá la discusión de los plazos específicos, requisitos específicos y otras cosas. Lo importante es que los mecanismos generadores de eficiencia económica, aquellos que conforman las directrices sobre la cuál debe basarse una ley de quiebras eficiente, ya están considerados en nuestras propuestas.

Ahora bien, antes de presentar los principales resultados de la investigación y dar cuenta de los detalles de nuestra propuesta, es necesario advertir que el procedimiento sobre el que versa la misma está pensado para empresas de tamaño mediano y grande. Los costos en que se debería incurrir en un procedimiento de quiebras como el propuesto, así como los que podría importar la incorporación de un sistema arbitral, serán una fuerte barrera de entrada y de exclusión para las pequeñas empresas, las que en un escenario de problemas de insolvencia económica, difícilmente podrán hacerse cargo de éstos. Sin embargo, creemos que la normativa actual permite pensar que con la incorporación de las empresas individuales de responsabilidad limitada por la Ley 19.857, la situación de las pequeñas empresas se encuentra mejorada al respecto. En efecto, la posibilidad de constituir empresas individuales de responsabilidad limitada, permite limitar el riesgo del empresario, separando su patrimonio personal, y respondiendo únicamente por el capital o patrimonio que está involucrado en su actividad comercial. Esto permite que el pequeño empresario, una vez que ha caído en una situación de insolvencia, pueda iniciar un nuevo negocio formando una nueva sociedad, dándole así la posibilidad de emprender nuevamente una carrera comercial.

II. METODOLOGÍA

Nuestro estudio de la eficiencia económica de la Ley de Quiebras se basa en un análisis empírico y un análisis de derecho comparado. El análisis empírico consistió en recopilar datos de quiebras de las distintas fuentes disponibles para ello (Superintendencia de Quiebras, Diario Oficial, expedientes en los tribunales). La información recopilada constituye la primera base de datos sobre quiebras en Chile, y sirve como base para estimar los costos directos que el proceso de quiebra acarrea. Adicionalmente, el estudio empírico consideró el análisis de casos. Estos proporcionaron importante información respecto de los problemas y cuellos de botella que se generan en los procesos de quiebras y que son susceptibles de ser modificados en pos de la búsqueda de una mayor eficiencia económica.

El análisis de la legislación comparada aportó importantes pistas tanto respecto de hacia donde van las legislaciones de quiebras que han sido exitosas en países más desarrollados, así como hacia donde apuntan las nuevas legislaciones de quiebras en países con una cultura más cercana a la chilena. Los países analizados fueron EE.UU., Francia, España, México y Perú.

III. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTAS DE CAMBIO A LA LEY DE QUIEBRAS

Nuestro estudio logró identificar seis importantes problemas que afectan a los procesos de quiebras en nuestro país y que son susceptibles de ser enfrentados introduciendo modificaciones a la actual legislación.

A continuación se presenta cada uno de los problemas o deficiencias detectadas así como nuestras propuestas para su superación.

PROBLEMA 1: La legislación chilena no contempla explícitamente el objetivo de mantener en funcionamiento la empresa en problemas cuando ella aparezca viable.

A diferencia de las legislaciones más modernas de quiebras, la ley chilena no contempla explícitamente el objetivo de mantener en funcionamiento la empresa en problemas cuando ella aparezca viable. Si bien existe la intención del legislador de proteger, ante la cesación de pagos, los intereses legítimos, tanto del deudor como de sus acreedores, pareciera ser que la preocupación prioritaria es el respeto de la igualdad entre los acreedores valistas y el pleno respeto de los privilegios y preferencias establecidas en la ley. Podríamos decir que el objetivo primordial de nuestra legislación es obtener el pronto, eficiente y equitativo pago de los acreedores. El artículo 1° de nuestra ley expresa como su principal objeto el *“realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por la ley”*. Si bien es cierto, la introducción de algunas modificaciones mediante la Ley 18.598 del año 1987, y en particular la inclusión del artículo 177 bis, están dirigidas a facilitar la obtención de un convenio entre acreedores y deudor, ello no pareciera ser la manifestación de un principio general que gobierne a toda nuestra legislación concursal.

Propuesta 1: Explicitar en la Ley de Quiebras el objetivo de la eficiencia

Creemos que es necesario hacer explícito un nuevo objetivo de la ley de quiebras. Este debería ser:

“Proveer el pago de las deudas de la manera más eficiente posible, decidiendo entre la conservación de la empresa viable y la liquidación eficiente y equitativa de la empresa no viable”.
--

Con un objetivo así declarado se conjugan los conceptos de "rehabilitación del deudor", presente en leyes como la americana, francesa o peruana, y el concepto de "pago equitativo a los acreedores", presente en leyes como la chilena. El nuevo objetivo debiera ser el principio general que rija el contenido de la ley.

Creemos importante explicitar qué entendemos por una ‘empresa viable’. Si bien es cierto en nuestra propuesta será el *experto facilitador* (personaje que aparece en la propuesta 2) quién decida finalmente si una empresa es o no viable, es importante definir el principio general que, a nuestro juicio, una empresa debiera cumplir para ser considerada ‘viable’:

"Una empresa es viable (conviene mantener su giro) si tiene utilidades operacionales no negativas y el valor presente de éstas es no inferior al valor de liquidación de la empresa."

PROBLEMA 2: La legislación chilena no incentiva el acercamiento oportuno del deudor hacia sus acreedores.

Las legislaciones de quiebra más modernas contienen incentivos para que las empresas deudoras que comienzan a tener problemas se acerquen a los acreedores a través de un *experto facilitador*, quien hace de puente entre ambas partes y propone soluciones muy al inicio del surgimiento de los problemas financieros. La idea detrás de este mecanismo es que toda empresa viable tenga la posibilidad de continuar su giro. Lamentablemente, nuestra legislación no incentiva un acercamiento por parte del deudor hacia los acreedores.

Si bien es cierto, existe la posibilidad de implementar convenios, la práctica muestra que en la mayoría de los casos, los convenios llegan tarde, es decir, cuando la empresa ya está en serios problemas.

Propuesta 2: Incorporación de un proceso formal de rehabilitación y el recurso a un agente experto facilitador.

Pensamos que sería de gran utilidad la incorporación de un proceso formal de rehabilitación, que incentive un acercamiento por parte de aquel deudor que prevea que va a tener problemas o que comienza a tener problemas, hacia sus acreedores.

Actualmente nuestra ley de quiebras contempla -en su título XII, número 1- la posibilidad de pactar un convenio extrajudicial con uno o varios acreedores. En efecto, el artículo 169 de la Ley de Quiebras establece que "antes de la declaración de quiebra podrá pactarse entre el deudor y los acreedores un convenio extrajudicial para solucionar sus obligaciones". Este convenio debe ser suscrito antes de la declaración de quiebra y puede hacerse extensivo a todos los acreedores que, una vez celebrado, quieran participar de él.

Para mejorar y extender el alcance de este tipo de arreglos, pensamos que se requiere de algunas modificaciones a la ley que promuevan la negociación entre las partes, tanto en la etapa previa a la solicitud de quiebra como en la etapa posterior a ella.

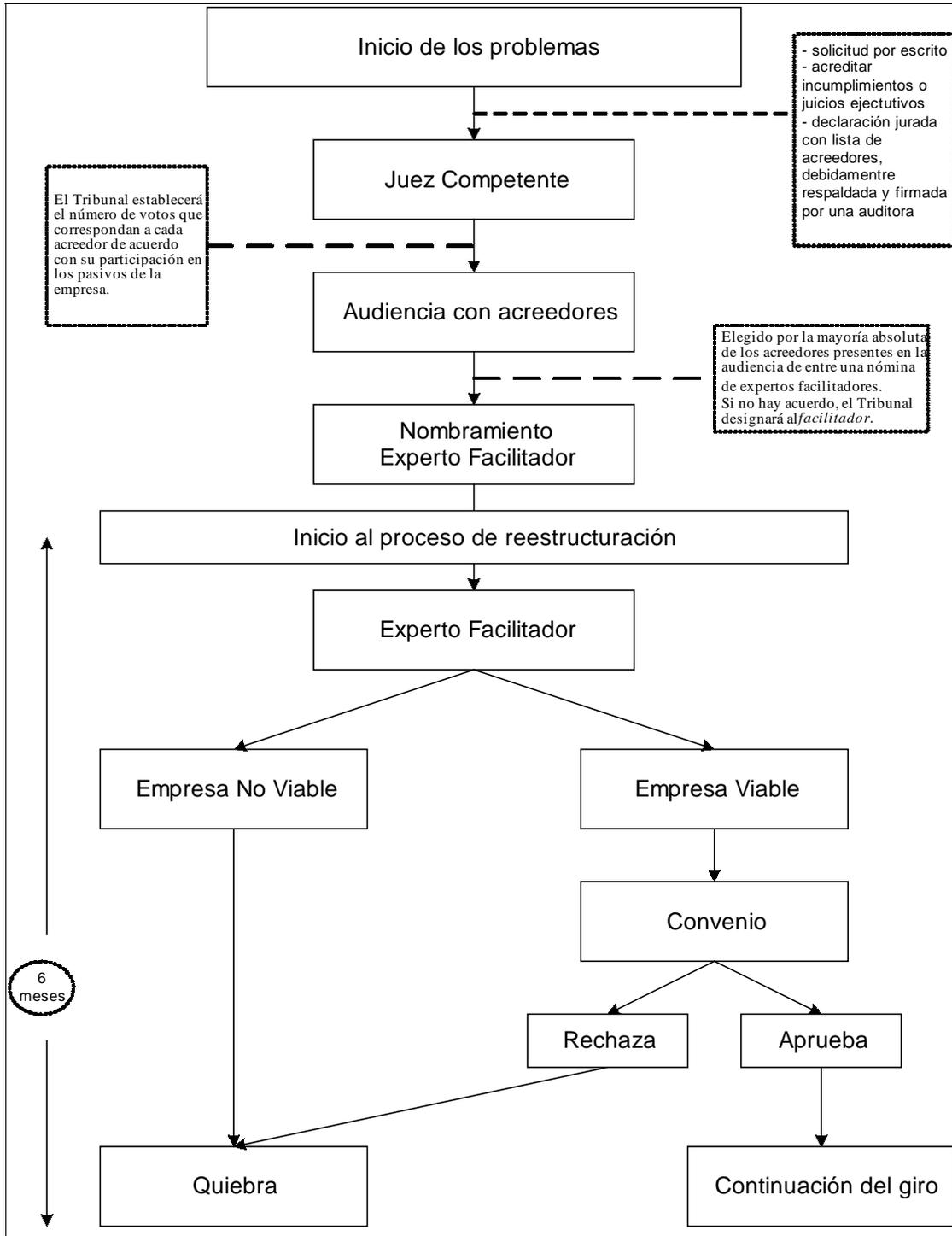
La idea es diseñar un mecanismo de prevención que estimule el acuerdo entre el deudor y sus acreedores mediante un arreglo extrajudicial siempre que sea posible, o bien mediante un acuerdo judicial. En este sentido, e incorporando las ideas centrales de la institución francesa del "arreglo amistoso extrajudicial", proponemos:

Incorporar en la legislación de quiebras un mecanismo por el cual el deudor que tenga problemas que comprometen su continuidad empresarial, pueda concurrir al Tribunal competente con el objeto de recurrir a un *experto facilitador*, quien, a través de un proceso de negociación y conciliación entre el deudor y sus acreedores, en un período que no exceda de seis meses, pueda lograr un acuerdo favorable para todas las partes, evitando así la declaración de quiebra del deudor. Durante ese plazo de seis meses, no se puede solicitar la quiebra de la empresa en cuestión.

Cuando las partes no deseen pactar un arreglo amistoso extrajudicial, siempre está la alternativa de pactar un convenio judicial preventivo o simplemente judicial. Para los efectos del convenio, el *experto facilitador* (quién podría llamarse ‘síndico conciliador’) **no** podrá ser el futuro síndico de quiebras, si ésta se produjera. De esta manera se refuerza el concepto de la continuidad de la empresa reduciendo el incentivo de los síndicos de preferir la quiebra a los convenios por la diferencia de honorarios involucrada.

La Figura 1 contiene un bosquejo del procedimiento que un deudor en problemas enfrentaría.

Figura 1



En la práctica, el procedimiento propuesto es el siguiente:

1. Cuando un deudor comienza a tener problemas, podrá solicitar el nombramiento de un *experto facilitador* al Juez competente (o ante la Superintendencia de Quiebras), debiendo cumplir con los siguientes requisitos:
 - a) La solicitud debe ser por escrito y cumplir con todas las formalidades del CPC;
 - b) Debe acreditar el incumplimiento por más de 90 días de 2 o más obligaciones, o la existencia de por lo menos 2 juicios ejecutivos iniciados en su contra. En ambos casos las obligaciones deben representar al menos el 5% del pasivo corriente de la empresa;
 - c) Debe acompañar una declaración jurada con la lista de sus acreedores, así como los libros, papeles y documentos que le sirvan de respaldo a su declaración. Además, dicha declaración deberá ir firmada por una empresa auditora o por un contador auditor.
2. Presentada la solicitud, el Tribunal deberá aceptar la solicitud dentro del plazo de 3 días desde su recepción, procediendo a citar a los acreedores que aparezcan en la lista presentada por el deudor a una audiencia dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que se da lugar a la solicitud. Conjuntamente a la citación de los acreedores, se publicará un aviso en el Diario Oficial citando a los eventuales acreedores que crean tener una obligación pendiente con el deudor.
3. En la audiencia decretada, los acreedores procederán a nombrar al *facilitador*, el que será elegido por la mayoría absoluta de los acreedores presentes en la audiencia de entre una nómina de personas naturales inscritas como facilitadores que lleve la Superintendencia de Quiebras.

Sobre la base de la lista de acreedores, el Tribunal establecerá el número de votos que correspondan a cada acreedor de acuerdo con su participación en los pasivos de la empresa.

En caso de no existir acuerdo entre los acreedores, el Tribunal designará al *facilitador* de entre las dos personas que hayan reunido las más altas votaciones en la audiencia de acreedores.
4. Una vez elegido el *facilitador* por parte de los acreedores, se le procederá a notificar de su designación, teniendo éste un plazo de 5 días para aceptar o rechazar tal cargo.
5. Una vez aceptado el cargo por el *facilitador*, el Tribunal declarará iniciado el proceso de reestructuración. Desde esta fecha comienza a correr un plazo máximo de 6 meses por los que se puede extender este procedimiento.
6. Serán funciones del *facilitador*:
 - a) Analizar el estado patrimonial de la empresa y su desempeño durante los últimos tres años como mínimo.
 - b) Examinar y elaborar las proyecciones de la empresa, con el objeto de suministrar a los acreedores elementos de juicio acerca de su situación operacional, financiera, de mercado, administrativa, legal y contable de la empresa.

- c) Mantener a disposición de todos los acreedores la información que posea y que sea relevante para efectos de la negociación.
- d) Determinar los derechos de voto de los acreedores.
- e) Coordinar las reuniones de negociación en la forma que estime conveniente.
- f) Actuar como *amigable componedor* durante la negociación y en la redacción del acuerdo.
- g) Proponer fórmulas de arreglo acompañadas de la correspondiente sustentación y evaluar la viabilidad de las que se examinen durante la negociación.
- h) Obtener la formalización del documento en el que conste el acuerdo que llegue a celebrarse.

El *facilitador* debe estar legalmente facultado para examinar los bienes, libros y papeles del deudor, analizar los litigios y contingencias, comprobar la realidad y origen de los activos, pasivos, contratos, recaudos y erogaciones de la empresa, así como para exigir a los administradores, directores, auditor o contador público correspondiente, las aclaraciones razonables que sean necesarias respecto de las notas a los estados financieros, dictámenes, informes de gestión y demás documentos o situaciones, de acuerdo con la competencia de cada uno de ellos.

Los *facilitadores* estarán sujetos a la obligación legal de confidencialidad respecto de la información referente a la negociación, a la empresa y al empresario.

Los *facilitadores* deberían perder el derecho a su remuneración, ser removidos del cargo y excluidos de la lista correspondiente, en el caso de caer en el incumplimiento de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda deducírseles de conformidad con las leyes.

- 7. El proceso de reestructuración se entenderá iniciado a partir de la fecha en que se declara iniciado el proceso de reestructuración, sin perjuicio de que se tramiten las recusaciones que lleguen a formularse en relación con los *facilitadores*.
- 8. A partir de esta fecha y hasta que hayan transcurrido los seis meses previstos para este procedimiento, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encontraran en curso, quedando legalmente facultados el *facilitador* y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir al juez competente su suspensión, para lo cual bastará que aporten copia de la declaración judicial del proceso de reestructuración.

Durante la negociación del convenio se suspenderá el término de prescripción y no opera la caducidad de las acciones respecto de los créditos contra el deudor.

- 9. Los convenios deberán celebrarse dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que se declara iniciado el proceso de reestructuración.
Si el acuerdo no se celebra dentro del plazo antes indicado, o si fracasa la negociación, el *facilitador* dará inmediato traslado a la autoridad competente para que inicie de oficio un proceso de liquidación.
- 10. Los convenios, para su validez, deberán ser aprobados por la mayoría absoluta de los acreedores.

Esta propuesta es diferente de los actuales convenios. En nuestra propuesta se implementa un sistema que incentiva al deudor que empieza a tener problemas a acercarse a los acreedores, a través del *facilitador*, y tratar de lograr un acuerdo amistoso entre las partes.

Recordemos que cuando un deudor entra en cesación de pagos, él debe pedir su quiebra si aún no la ha pedido algún acreedor. Esto muchas veces lleva a las empresas a endeudarse irracionalmente o a invertir en proyectos riesgosos con tal de evitar la cesación de pagos y salvar a la empresa. Ahora se les da un respiro por 6 meses para tratar de renegociar con sus acreedores sin tener que tomar decisiones bajo tanta presión.

Finalmente, esta propuesta va en directa concordancia con el objetivo de tratar de salvar a la empresa viable y eliminar el incentivo que tenían los síndicos de que los convenios no prosperaran por las diferencias de honorarios entra la administración de un convenio y los honorarios recibidos en la administración de una quiebra.

PROBLEMA 3: La actual legislación permite, por la vía de las impugnaciones, la existencia de un período de tiempo durante el cual la empresa en problemas queda en tierra de nadie.

El artículo 190 de la Ley de Quiebras establece que “El Convenio entrará a regir desde que quede ejecutoriada la resolución que deseche la impugnación en el caso del artículo 188 o la resolución que lo declare aprobado, en el caso del artículo anterior”.

Esta norma ha significado el congelamiento de muchos convenios, toda vez que apelada la resolución que rechaza una impugnación o apelada la resolución que lo aprueba, el convenio no entrará en vigor. De esta forma se produce una suerte de chantaje por parte de un acreedor que pretende recibir un trato preferencial, o incluso puede darse el caso en el que sea el propio deudor, coludido con un acreedor, quienes en conjunto suspendan la aplicación de un convenio que ha sido mayoritariamente aprobado por los acreedores, por todo el período en que se demore la vista de la apelación -que muchas veces es superior a un año-. Durante este período el deudor queda en tierra de nadie, ya que no está en quiebra (si el convenio es preventivo) y tampoco se encuentra ejecutoriado el convenio, por lo que no ha entrado a regir. Este período oscuro resulta nefasto ya que el deudor no paga sus deudas ni está sujeto a la intervención del síndico, produciéndose una suerte de estancamiento de la empresa, lo cual es contrario al principio de eficiencia económica que la ley debiera contener.

Propuesta 3: Evitar el abuso oportunista de las impugnaciones como medio para dilatar la entrada en vigencia del Convenio

Con el fin de evitar el problema señalado, proponemos:

Establecer expresamente que, una vez que el convenio haya sido aprobado por las mayorías o la impugnación al mismo haya sido rechazada, este empezará a regir plenamente, sin perjuicio de las apelaciones que se encuentren pendientes.
--

Esto es, que una vez aprobado el convenio o rechazada la impugnación al mismo, éste “cause ejecutoria”, y en consecuencia, comienzan a regir los acuerdos contenidos en él. Esta propuesta pretende evitar los costos e ineficiencia producidos por el período de tiempo en que la empresa está en tierra de nadie.

PROBLEMA 4: La actual legislación tiende a criminalizar la Quiebra permitiendo a la vez conductas oportunistas dolosas que refuerzan tal estigmatización.

Las disposiciones penales que incluye la Ley de Quiebras no son alentadoras para el emprendimiento. Estas disposiciones muchas veces generan incentivos a la “preparación de quiebras”, a menudo con “desvío” de recursos. Hay cierta evidencia que sugiere que personas honradas que quiebran, quedan estigmatizadas por la quiebra y a muchas veces inhabilitados para iniciar nuevos emprendimientos. Otros, en cambio, “preparan” la quiebra y se hacen además de bienes en forma ilícita, en ocasiones anticipando quizás los problemas que van a enfrentar a futuro, sin poder ser castigados formalmente.

En muchas ocasiones la existencia de presunciones de culpabilidad o dolo en los casos de quiebra y la existencia de delitos cuya condición objetiva de punibilidad es la declaratoria de quiebra, disuade a los comerciantes de solicitar su propia quiebra o de presentar en forma transparente y oportuna la insolvencia de los negocios, lo cual conlleva en definitiva una ineficiencia en el sistema, ya que se retarda la reestructuración de la empresa viable o la liquidación de la empresa inviable.

En efecto, en la actualidad la Ley de Quiebras contempla en su Título XIII ciertos delitos relacionados con la Quiebra donde se establecen una serie de presunciones de culpabilidad y quiebra fraudulenta, lo cual desincentiva a los empresarios a solicitar su propia quiebra dado que ésta estigmatiza a quienes caen en una situación de insolvencia como presuntos culpables de un delito, tornando ineficiente el sistema en cuanto a la reestructuración o liquidación de la empresa y frenando el emprendimiento de nuevos negocios.

Propuesta 4: Separar los temas criminales de la quiebra propiamente tal

Proponemos separar los temas criminales de la quiebra del negocio propiamente tal. El objetivo central de esta propuesta es que la normativa facilite la liquidación de activos, recuperación de deudas y reestructuración de empresas viables, reconociendo las quiebras como algo habitual, pero no necesariamente matizadas por el carácter delictivo que tiene en la actualidad. La idea es abordar de una forma más dinámica a las empresas que se encuentran en una situación difícil, pero sin que ello conlleve amparar actuaciones que se salen del marco estricto del comercio y que constituyen conductas o acciones delictivas.

Por ello, nuestra propuesta no implica despenalizar actuaciones constitutivas de delito, sino sólo eliminar las presunciones específicas que contempla la actual Ley de Quiebras, dejando la tipificación de las conductas delictivas al Código Penal.

Las defraudaciones, estafas y otros engaños están establecidos en el Título IX del Código Penal y quien estime que ha sido víctima de alguno de estos delitos podrá siempre recurrir a ellos para perseguir la responsabilidad criminal de sus autores. Más aún, nos parece perfectamente posible crear figuras penales que digan relación con temas relativos a los casos de quiebra, pero que no tengan el requisito de la declaratoria de quiebra como una condición objetiva de punibilidad.

PROBLEMA 5: Falta de Tribunales especializados y procedimientos expeditos para resolver problemas relativos a la Quiebra.

La experiencia ha demostrado que es muy difícil para un Tribunal no especializado entregar veredictos informados sobre el fondo de temas en los que sus miembros no tienen mayor

conocimiento. Si a esto le agregamos la lentitud que ha tendido a caracterizar a los Tribunales, el rígido sistema procesal vigente, las anticuadas estructuras judiciales, la falta de uniformidad en la interpretación de las leyes, y el elevado costo de litigar, sumado a un procedimiento civil que permite una serie de “incidentes” que alargan los juicios, son motivos más que suficientes para intentar nuevos caminos de solución de los conflictos en materias económicas, incluida la Quiebra.

Propuesta 5: Especialización de tribunales en materias económicas, tributarias, comerciales y de quiebras, e incorporación del *arbitraje* como forma de resolución de conflictos para ciertos casos de Juicios de Quiebra

Un paso adelante sería la especialización de Tribunales Económicos que hagan más eficiente la tutela de los derechos en materia económica, tributaria, comercial y de quiebra. Esta especialización supone la creación de nuevos tribunales especiales dedicados a cuestiones económicas, o bien, la especialización de algunos Juzgados en las distintas jurisdicciones para que sólo conozcan de asuntos económicos.

En este sentido, y frente a la necesidad de especializar a la justicia en materia económica, se pueden diseñar - al menos - dos tipos de política. La primera alternativa sería la creación de nuevos Tribunales, léase Tribunales Económicos. La segunda alternativa sería la especialización de algunos Juzgados civiles ya existentes, cuyo conocimiento de asuntos se vea restringido a materias económicas.

La alternativa que parece aconsejable es la creación de Tribunales Económicos, imparciales e independientes, que conozcan de todos los asuntos de carácter económico. Con ello se lograría una Justicia especializada, más eficiente, de mayor rapidez y más transparente. Por lo demás, esta es una de las propuestas importantes que nacieron al alero de la Agenda Pro-crecimiento.

Por otra parte, y con relación al juicio de quiebras, se puede pensar también en la incorporación del *arbitraje* como forma de resolución de los conflictos, donde el juicio de quiebra para empresas mayores sea ventilado ante un juez arbitro, elegido de entre una nómina de jueces, lo que haría más rápido y eficiente el procedimiento. Dados los costos que implica un juicio arbitral, pensamos que esta alternativa sólo debe estar pensada para grandes empresas y como una excepción a la regla general que sería seguir el juicio ante los Tribunales Económicos.

PROBLEMA 6: Aspectos en el actual procedimiento de quiebras que introducen distorsiones y generan conflictos del tipo agente-principal e ineficiencias.

El procedimiento de quiebras chileno es un procedimiento potencialmente eficiente en cuanto a su estructura normativa, donde las preferencias establecidas por ley son respetadas, pero generalmente –y así lo muestra la evidencia disponible- la intervención del síndico en el manejo de la empresa así como los conflictos que pueden aparecer entre acreedores de distintas preferencias introducen aspectos distorsionadores que generan problemas del tipo agente-principal y problemas estratégicos que pueden reducir la eficiencia del sistema.

Cuando un sistema con estas debilidades se combina con un sistema judicial que presenta serios problemas de eficiencia, esto es, un sistema judicial lento y sobrecargado de trabajo, el procedimiento de quiebra puede destruir una fracción importante de los activos de la empresa en problemas.

El objetivo de nuestra propuesta es establecer un procedimiento más rápido, que mantenga las preferencias actuales, reduzca los costos a los empresarios y acreedores y donde los derechos estén bien establecidos con el objeto de hacer más eficiente el procedimiento de quiebras.

El procedimiento que se describe más abajo no es demasiado distinto del actual en el sentido de mantener las preferencias, sin embargo, creemos que tiene varias ventajas sobre el sistema actual. A saber:

- a) En primer lugar, a excepción de un período relativamente corto en que se determina el monto y las preferencias de las deudas, la empresa siempre tiene un dueño y está limpia de gran parte de sus deudas. Los dueños pueden operar, vender o liquidar la empresa, sin que haya más conflictos entre los dueños que los que se dan normalmente al interior de una sociedad anónima.
- b) En segundo lugar, el procedimiento respeta las preferencias en el sentido de pagarle primero a los acreedores preferentes.
- c) Por último, es un mecanismo flexible, y adaptado a las características del sistema legal y financiero chileno.

La propuesta es preliminar y no entra en detalles. Ella constituye un conjunto de ideas que creemos se pueden mejorar en el proceso.

Propuesta 6: Introducción de un mecanismo para liquidar una empresa fallida que permita traspasar la propiedad de la empresa y sus activos en la forma más rápida posible, incorporando la figura de un *síndico facilitador*.¹

La mejor manera de decidir qué hacer con una empresa en quiebra es permitir el uso de mecanismos de tipo mercado, de forma tal que sean los acreedores los que, con el objetivo de maximizar el valor remanente de la empresa, decidan qué hacer con ella. El problema es que los intereses de distintos tipos de acreedores pueden estar contrapuestos, por lo que a

¹ La persona del *síndico facilitador*, al igual que el *experto facilitador*, formará parte de una misma nómina de personas naturales inscritas como facilitadores que lleve la Superintendencia de Quiebras para tales efectos. La diferencia en la denominación responde a la etapa en que se encuentre la empresa, esto es, si se está en el proceso de reestructuración, el facilitador toma el carácter de *experto facilitador*, cuyas funciones serán similares a las de un mediador o amigable componedor, y si se ha iniciado el procedimiento de quiebra, el facilitador toma el carácter de *síndico facilitador*, cuyas funciones son similares a la de los actuales síndicos.

Con todo, la diferencia también responde a que, siendo personas naturales que forman parte de una misma nómina, su elección y nombramiento difiere según cual sea la etapa, ya que por una parte (proceso de reestructuración) al facilitador lo elige la asamblea de acreedores y en subsidio el juez, en el otro caso (procedimiento de quiebra), la elección recae únicamente en el juez. Además, la persona del *experto facilitador* debe ser diferente a la del *síndico facilitador*, evitando así los incentivos que puedan distorsionar el proceso de reestructuración.

menos que exista una forma de organizar los derechos de los acreedores, no hay muchas garantías de obtener un resultado cercano al eficiente.

El sistema de quiebras actual tiene el potencial para ser un sistema eficiente, en el sentido que en la mayoría de los casos, los derechos de las distintas categorías de acreedores son respetados y se intenta que el resultado final maximice el valor de la empresa. Sin embargo, aunque esta posibilidad existe, en la práctica, la normativa vigente no facilita el uso de las alternativas eficientes. Se propone, por lo tanto, un mecanismo que, respetando las preferencias como el mecanismo actual, es más rápido y eficiente. Sus características son las siguientes:

- A. Declaración de quiebra. Es posible llegar a la declaración de quiebra –ante un juez-- de tres maneras:
 - i. Sistema actual. (a) Por petición del fallido (quiebra voluntaria), que se ve en la incapacidad de pagar sus obligaciones y en los mismos plazos establecidos. (b) Por petición de un acreedor que tiene obligaciones vencidas, previo pago de un depósito.
 - ii. Por el *experto facilitador* en caso en que descubra que la petición de la empresa tuvo como único objetivo el retrasar la declaratoria de quiebra.
 - iii. Por el *experto facilitador* si el convenio propuesto no es aceptado.

- B. Una vez declarada la quiebra, el juez tiene un plazo de tres días para elegir un *síndico facilitador* entre los que estén inscritos en la nómina constituida para estos efectos. El *síndico facilitador* interviene la empresa durante el período entre la declaratoria de quiebra y la primera asamblea de acreedores (entre otras cosas, publica el aviso de quiebra). En general, el facilitador cumple el papel de los actuales síndicos en esta fase. Además, serán funciones del *síndico facilitador*:
 - i. Confecciona la nómina de deudores, las cantidades adeudadas y la categoría de la deuda.
 - ii. Solicita la tasación preliminar de los bienes con garantías de prendas e hipotecas y las obligaciones adeudadas a las primeras categorías (su salario entra en ella). La contribución de los acreedores con hipotecas a saldar la deuda de las categorías superiores se hace en proporción a las sumas adeudadas (ver ejemplo 1).
 - iii. Realiza el cálculo preliminar de la condición valista de los deudores con prendas e hipotecas insuficientes.
 - iv. Dirige la primera asamblea.

- C. En la primera asamblea,
 - i. El *síndico facilitador* entrega oficialmente la información.
 - ii. Los acreedores valistas, que son los nuevos dueños, eligen un Directorio, el que se hará cargo de la nueva empresa. Los acreedores prendarios e hipotecarios

participan de acuerdo a la fracción de su deuda no cubierta por la hipoteca o prenda.

- iii. Los valistas tienen propiedad en la nueva empresa equivalente a su proporción en la deuda valista total.
- iv. La nueva empresa no tiene deudas, pero tampoco posee los activos hipotecados y prendados (aunque si el valor de uno de estos activos en el remate es superior a lo que se debe a los acreedores con esa prenda o hipoteca, el remanente pasará a formar parte de los activos de la empresa). En tal caso, deberán ajustarse los derechos de los valistas.
- v. La nueva empresa puede liquidarse o venderse y cada accionista puede traspasar su participación e incluso renunciar formalmente a ella.
- vi. El *síndico facilitador* conserva un rol de protector de los derechos de los acreedores de primera categoría hasta que se les pague lo que se les debe y para verificar el correcto funcionamiento de los remates de prendas e hipotecas y la repartición de las recaudaciones.

EJEMPLOS

1. Un ejemplo del nuevo sistema de quiebras.

Consideremos el caso de una empresa panificadora como Fuchs. Supongamos que la empresa tiene una deuda de 350 millones con un banco, ha debido despedir a trabajadores y mantiene una deuda con ellos por 200 millones, y tiene deudas impagas con los proveedores por 150 millones. Sus activos consisten en un terreno de 3 hectáreas, un edificio de la empresa, máquinas panificadoras, la marca, el *know how* y los canales de distribución (que son intangibles). El terreno y el edificio están hipotecados en favor del banco, y las máquinas tienen prendas también a favor del banco. La empresa no tiene circulante.

La empresa no puede pagar sus compromisos y un proveedor pide la quiebra de la empresa ante el juez. El juez nombra un *síndico facilitador* de la nómina en el plazo de tres días. El *síndico facilitador* interviene la empresa durante el período que va desde la declaratoria de quiebra y la primera asamblea de acreedores (entre otras cosas, publica el aviso de quiebra). Durante este período, el *síndico facilitador*,

- i. Confecciona la nómina de deudores, las cantidades adeudadas y la categoría de la deuda.
- ii. Solicita la tasación preliminar de prendas e hipotecas y las obligaciones adeudadas a las primeras categorías (su salario entra en ella). La contribución de los acreedores con hipotecas a saldar la deuda de las categorías superiores se hace en proporción a las sumas adeudadas.

La tasación preliminar indica que el terreno y el edificio tienen un valor conjunto de 400 millones, y que la maquinaria tiene un valor de 50 millones. Esto significa que, luego de pagar a los acreedores de primera categoría, el remanente para el banco es de 250 millones, y por lo tanto es un acreedor valista en la suma de 100 millones. En la primera asamblea, el facilitador comunica toda esta información a los acreedores.

En esta asamblea, los proveedores junto al banco se transforman en los nuevos dueños de la empresa que queda (que posee los canales de distribución, el *know how* y la marca). Dado que las acreencias valistas totales son de 250 millones, el banco tiene un 40% de los votos en esta empresa. La empresa –que no tiene deuda– elige un directorio que decide que hacer con ella: si seguir el giro, si vender la marca, si tratar de conseguir un capitalista que desee tomar el proyecto, si liquidarla o cualquier otra alternativa que les parezca apropiada.

Supongamos que aparece un capitalista que desea comprar la marca en 100 millones. La empresa puede hacerlo, y repartir el ingreso generado de acuerdo a la proporción de la propiedad que tienen (40 para el banco, el resto para los proveedores). Como no queda nada de la empresa, ésta se liquida. Lo importante es que el proceso es mucho más rápido que en el sistema antiguo de quiebras.

Supongamos que al vender efectivamente el terreno y el edificio, el valor generado fue de 450 millones y no los 400 millones de la tasación preliminar. En tal caso, el banco debería haber tenido menos derechos en la nueva empresa (solo 16,7% de

ésta), por lo que una vez realizada la venta de los terrenos y el edificio, se reacomodan los derechos en la empresa. En tal caso, luego de la venta al capitalista, el banco recibe 16,7 millones y los proveedores reciben el resto.

2. Otro ejemplo:

Acreedores con primera preferencia: 20.

Activos de fácil disposición: 10.

Acreedores con prendas:

Acreedor	Deuda	Tasación prenda
A	20	20
B	40	10

Acreedores valistas: 20.

Los acreedores hipotecarios deben pagar 10 a partir de sus prendas para concurrir al pago de los acreedores con primera preferencia, dividiéndolas en proporción a sus deudas. Por lo tanto, A contribuye $10/3$, B con $20/3$. El resto del valor de las propiedades hipotecadas queda para ellos.

Por lo tanto, los derechos sobre la nueva empresa son:

- Valistas con 33.3%,
- A con 5,6%,
- B con 61%.

3. Tercer ejemplo:

Acreedores con primera preferencia: 20.

Activos de fácil disposición: 10.

Acreedores con prendas:

Acreedor	Deuda	Tasación prenda
A	20	20
B	40	60

Acreedores valistas: 20.

Los acreedores hipotecarios deben pagar 10 a partir de sus prendas para concurrir al pago de los acreedores con primera preferencia, dividiéndolas en proporción a sus deudas. Por lo tanto, nuevamente A contribuye con $10/3$, B con $20/3$. B vende su hipoteca en un remate, se paga completamente y deja el remanente de $40/3$ para los valistas.

Los derechos en la nueva empresa (que tiene al menos lo que sobra de la hipoteca de B, es decir $40/3$), se reparten como sigue: Valistas con 86%, A con 14%.

IV. LEGISLACIÓN DE QUIEBRAS COMPARADA

A. Introducción

Un sistema moderno de insolvencia debe promover la optimización de los recursos económicos y la máxima transparencia en los mercados. Para ello deberá incentivar y promover la reorganización de las empresas viables, instar por la rápida liquidación y recolocación de los activos de aquellas que no lo son, y combatir los focos de corrupción que puedan dañar al sistema.

El desarrollo de las economías emergentes depende en gran medida de la disponibilidad de crédito. El otorgamiento de créditos, y el costo del mismo, dependerá a su vez del riesgo asociado a éste. De esta forma, a mayor riesgo, mayor será el costo del crédito y viceversa. En consecuencia, una alta tasa de recuperación del crédito ante el incumplimiento del deudor será una señal que disminuirá el costo del crédito y llevará aparejado, en consecuencia, un crecimiento económico.²

El primer problema que surgirá ante el incumplimiento del deudor será el conflicto de intereses entre las distintas clases de acreedores. Existen los acreedores preferentes y los acreedores generales o valistas. Los primeros ejercerán una posición dominante en su relación con el deudor, asegurando la recuperación de sus acreencias a través de las garantías constituidas en su favor. Los segundos, en cambio, serán quienes deberán, en definitiva, soportar las pérdidas del deudor, toda vez que sus bienes, pagadas las preferencias, por lo general, no serán suficientes para cubrir los créditos de los acreedores generales o valistas. De esta forma, por ejemplo, el banco o acreedor financiero, se pagará muchas veces en un cien por ciento con la hipoteca sobre el inmueble en donde la empresa funcionaba, en cambio, el proveedor de insumos quedará probablemente impago al momento de la insolvencia. Lo anterior generará muchas veces un efecto cadena que conllevará no solo la quiebra del deudor, sino la de otras pequeñas empresas que trabajaban para ella y así sucesivamente. De esta forma, se han concebido, en general, los sistemas concursales en las economías de mercado, posicionando al acreedor financiero en la cúspide de la pirámide crediticia, tras algunas excepciones tales como los créditos fiscales y laborales. Esto, según se dijo, se debe a la concepción de que el motor de la economía lo constituye la obtención de crédito al menor costo posible.

Una segunda causa de tensión, y en gran medida consecuencia del conflicto descrito en el párrafo anterior, será la decisión de proceder a la liquidación de la empresa en la forma más pronta posible, o bien, luchar por salvar la empresa en crisis, a través de la reorganización o reestructuración de los créditos, o incluso a través de la inyección de nuevos créditos a la empresa insolvente. Los acreedores con garantía podrán estar interesados en la inmediata liquidación, toda vez que de esta forma podrán asegurar la recuperación del cien por ciento de sus créditos. Por el contrario, los acreedores generales, así como el propio deudor, sus accionistas y trabajadores, estarán interesados en intentar el levantamiento de la empresa,

² *Building Effective Insolvency Systems. Debtor-Creditor Regimes.* World Bank. Paper 1999.

ya que de lo contrario nada o muy poco obtendrán, y en el caso de los trabajadores, evitando la quiebra podrán mantener su fuente de trabajo.

En resumen, un buen sistema de insolvencia debe procurar: a) Mantener bajo el costo del crédito, mediante un debido resguardo a los acreedores financieros asegurando una alta tasa de recuperación de sus acreencias; y b) Mantener el funcionamiento de la empresa viable, de modo de intentar la recuperación de la misma, y con ello el mantenimiento de las fuentes de trabajo y de la actividad productiva, así como una mayor tasa de recuperación para los acreedores valistas, de modo de evitar cadenas de insolvencia, y si es posible recuperar el valor de la empresa y de sus activos, incluso para los accionistas.

Un sistema legal eficiente deberá balancear adecuadamente los derechos de los acreedores y deudores, tomando en consideración los costos sociales y los efectos que en el mercado de capitales pueden producir determinadas normas.

Para lograr lo anterior, será fundamental la existencia de un sistema judicial eficiente, confiable y ágil, que establezca fórmulas eficaces de cumplimiento de sus decisiones.

Asimismo, será fundamental que el sistema no abra el camino a la corrupción o a influencias indebidas e incentivos perversos. Se ha demostrado que en los países en vías de desarrollo, el mejoramiento del derecho sustantivo de poco sirve si no va de la mano de un mejoramiento del sistema judicial y procesal que lo pone en marcha. Los vicios, arraigados por años, buscarán siempre grietas en el sistema para sobrevivir, lo cual puede hacer estéril cualquier intento de reforma, por novedosa que parezca.³ Cientos son las leyes que se han anunciado como la gran solución a un problema concreto y que han terminado demostrando que poco o nada han colaborado en la solución del problema que pretendían resolver.

II. Estudio de legislación comparada

B. Objetivo del Estudio de Legislación Comparada

El presente estudio tiene por objeto intentar descubrir aquellos elementos que efectivamente colaboren a la obtención los objetivos antes descritos en las legislaciones de insolvencia comparadas, las cuales serán cotejadas con la Ley de Quiebras N° 18.175 que rige actualmente en Chile.

Para ello nos concentraremos en cinco legislaciones bastante modernas y vanguardistas al respecto:

1. El *Bankruptcy Code* de los Estados Unidos de 1978;
2. la *Ley de Concursos Mercantiles* de México del año 2000;
3. la recientemente promulgada *Ley General del Sistema Concursal* del Perú, la cual ha sido fuertemente influenciada por las dos primeras;
4. las leyes que conforman el derecho concursal de Francia; y

³ World Bank Technical Paper N° 433. Latin American Insolvency Systems. Malcolm Rowat y José Astirraga.

5. el proyecto de Ley concursal de España.

Una vez analizados las normativas existentes en las legislaciones referidas, se intentará destacar los elementos novedosos que creemos sería interesante aplicar o imitar en una eventual reforma al sistema de quiebras existente en Chile.

Principales problemas de las Legislaciones Latinoamericanas sobre Quiebras según el Banco Mundial

Siguiendo un estudio de los sistemas latinoamericanos de insolvencia patrocinado por el Banco Mundial, advertimos cuales son los problemas más comunes en los procedimientos de quiebra y se sugieren una serie de medidas que ayudarían a mejorarlos.⁴

- 1) Efectuar reformas judiciales que ayuden a mejorar el nivel de conocimientos que tienen los jueces y otros actores del proceso judicial en conceptos económicos y comerciales relacionados a los procedimientos de quiebra e insolvencia. Sin duda la escasez de recursos es una fuerte limitante en nuestro sistema judicial, no obstante ello, programas de entrenamiento que incrementen las habilidades y conocimientos en materias comerciales de quienes participan en un procedimiento de quiebra, pueden no resultar muy costosos y con el tiempo significarían una mejora generalizada del sistema.
- 2) Crear tribunales especiales de quiebra, o bien, establecer tribunales alternativos en los procedimientos de quiebra, como podrían ser por ejemplo tribunales arbitrales de quiebra designados por las partes. Creemos que esto último es lo más factible en nuestro país, toda vez que la creación de tribunales especiales es un anhelo de varias ramas del derecho.
- 3) Combatir la corrupción y exigir severamente la transparencia absoluta de toda la información de parte del deudor. Atendida las grandes sumas que en muchas ocasiones envuelven los procedimientos de quiebra, resulta muchas veces inevitable la existencia de una red de corrupción que involucra a los principales protagonistas del proceso. Surgen dudas respecto de la actuación de jueces, secretarios, actuarios, síndicos y abogados en los procedimientos de quiebra, muchos de los cuales no logran resistir a la tentación de beneficiarse y enriquecerse durante este proceso. Ello se ve además incentivado por la falta de fiscalización adecuada. Para combatir estos problemas resulta necesario:
 - a) Mejorar los sistemas de fiscalización y establecer normas rigurosas que sancionen dichas conductas;
 - b) Exigir una total y absoluta revelación del estado de los negocios por parte del deudor y establecer sanciones penales en caso de encontrar falsedades o simulaciones que pretendan ocultar bienes o extraer de la quiebra ciertos contratos o negocios;
 - c) Establecer cursos de acción privada que permitan descubrir casos de corrupción y hacerlos sancionables penalmente;

⁴ World Bank Technical Paper N° 433.

- d) Establecer normas de conductas y sanciones para los síndicos que incurran en faltas;
 - e) Promover la formación de asociaciones de profesionales ligados a los procesos de insolvencia, dado que dichas asociaciones pueden ser de ayuda para incrementar el nivel de conocimientos y los estándares de práctica y ética en el ejercicio.
- 4) Separar los temas criminales de la quiebra del negocio propiamente tal. En muchas ocasiones la existencia de presunciones de culpabilidad o dolo en los casos de quiebra y la existencia de delitos cuya condición objetiva de punibilidad es la declaratoria de quiebra, disuade a los comerciantes de solicitar su propia quiebra o presentar en forma transparente y oportuna la insolvencia de los negocios.
- 5) Promover la transparencia en todas las etapas del proceso, así como mejorar y aumentar las facultades investigadoras y fiscalizadoras de los síndicos y comités de acreedores en lo referente a las operaciones pasadas del deudor. Para ellos resulta conveniente y necesario:
- a) Establecer normas detalladas exigiendo la transparencia total y significativa de la información pertinente;
 - b) Incrementar el poder de los síndicos y de los acreedores para investigar los actos y negociaciones pasadas del deudor;
 - c) Incrementar el poder de los síndicos de recuperar bienes improcedentemente transferidos de la masa.
- 6) Facilitar y promover la preservación del valor de la empresa en problemas, promoviendo la continuidad de su giro, de modo de evitar la pérdida del valor de los activos de la compañía y obtener un mayor valor en una posterior venta como unidad económica.
- 7) Proteger el valor de las garantías. Es importante que los acreedores cuyas garantías queden sometidas a la suspensión de pagos por el inicio del procedimiento de insolvencia, sean debidamente compensados si es que sus garantías siguen en uso y se deprecian en manos del deudor, o bien si están corriendo riesgos en manos del deudor, como por ejemplo, si el deudor ha dejado de pagar los seguros que protegen el bien.
- 8) Reducir las demoras. El establecimiento de plazos fatales y la eliminación de los recursos que tienen por objeto estancar y dilatar el proceso resultan fundamentales para obtener las eficiencias que el sistema requiere. Para ello dotar de mayores facultades discrecionales al juez de la quiebra, pudiendo rechazar de plano recursos manifiestamente carentes de fundamentos parece ser una necesidad imperiosa en los sistemas de insolvencia, que requieren ante todo agilidad y certeza jurídica para llevarse a cabo exitosamente.
- 9) Flexibilizar las formas y posibilidades de reorganización, promoviendo la celebración de convenios judiciales. Para ello surgen como ideas las siguientes:
- a) Reducir los quórum requeridos para obtener la aprobación de convenios judiciales y simplificar los procesos de votación;

- b) Permitir la diferenciación entre distintas clases de acreedores (v. gr. acreedores financieros, tenedores de bonos, acreedores laborales, etc.) de manera de permitir la celebración de convenios individuales con aquella clase de acreedores que efectivamente son afectados por el convenio, sin necesidad de requerir la presencia y aprobación de aquellos que no lo son;
 - c) Promover y permitir medidas alternativas de pago tales como capitalización de deuda;
 - d) Promover sistemas de otorgamientos de créditos súper preferentes para los acreedores que otorguen préstamos a la empresa en proceso de reorganización;
 - e) Dotar al síndico de las facultades para poner termino anticipado a aquellos contratos que sean excesivamente onerosos para el deudor y que tengan obligaciones pendientes tanto para el deudor como para el acreedor (v. gr. contratos de arriendo, licencias, *franchising* etc.);
 - f) Establecer normas especiales para pequeños y medianos empresarios que digan relación con el tamaño de sus negocios y tengan por objeto simplificar el proceso.
- 10)** Promover la cooperación entre los diferentes estados en aquellos casos cuyos efectos traspasen las fronteras. En el mundo globalizado establecer sistemas que contemplen una colaboración y armonía con los restantes sistemas de insolvencia redundará en beneficios económicos, toda vez que la certeza jurídica incentivará la inversión extranjera y el crecimiento de la economía. Para ello la suscripción de tratados bilaterales o multilaterales de colaboración y reciprocidad en materia de quiebras se visualiza como una medida que podría traer muchos beneficios.

C. Primera Parte: El caso de EE.UU., México y Perú.

1. Principios Generales

Como punto de partida nos enfocaremos brevemente en los principios generales que gobiernan las legislaciones comparadas. En este sentido, tanto EEUU, México y Perú expresan un claro principio general, cuyo objeto primordial es lograr la continuidad y el levantamiento o reflote de la empresa viable.

- **EE.UU.**

Hay dos grandes principios que gobiernan a la legislación de los EEUU en materia de quiebras: El primero es la rehabilitación del deudor y el segundo es el tratamiento igualitario a los acreedores de una misma clase. La ley americana distingue entre los individuos o personas naturales y las corporaciones o personas jurídicas. Respecto de los primeros, busca darle una oportunidad al “*honesto pero desafortunado individuo*” para que pueda salir de la quiebra y gozar libremente de sus ingresos futuros. El denominado *fresh start* gobierna la legislación de quiebra en lo que a personas naturales se refiere. En cuanto a las corporaciones o personas jurídicas, el *Chapter 11 del Bankruptcy Code* es evidentemente una oportunidad muy favorable para que la empresa en problemas financieros tenga un respiro y logre salir a flote o al menos lo intente. En un caso de chapter 11, los acreedores mirarán más a los ingresos futuros del deudor que a los bienes que éste posee al iniciarse el procedimiento.⁵

El sistema pro deudor del *chapter 11*, no obstante, ha sido objeto de fuertes críticas, por prestarse para abusos, siendo extremadamente favorable a los deudores y perjudicial para los acreedores. Además se ha criticado que las empresas en proceso de reorganización tienen una situación de ventaja respecto de sus competidores, lo cual empuja a las otras compañías del rubro a la quiebra, como ocurrió en el pasado con las empresas de telecomunicaciones y podría repetirse ahora con las aerolíneas.⁶

- **MÉXICO**

El artículo primero de la Ley de Concursos Mercantiles (LCM) mexicana expresa que “*es de interés público conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones ponga en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con que mantenga una relación de negocios*”. Luego establece un proceso preliminar de conciliación, señalando en su artículo tercero que “*la finalidad de la conciliación es lograr la conservación de la empresa*”.

⁵ Douglas Baird, *Elements of Bankruptcy*. Third Edition. Pag. 33.

⁶ *The Economist*. “Quiebras en Estados Unidos: ¿La noche de los zombis asesinos?”. Artículo publicado en “El Diario”, pagina 11, el día 18 de Diciembre de 2002.

La idea de la LCM es crear los incentivos adecuados para que deudores y acreedores negocien para evitar la quiebra, flexibilizando los planes de reorganización y la manera de obtener su aprobación.

- **PERÚ**

En el mismo sentido, la recientemente promulgada ley Peruana expresa en su Título Preliminar, artículo primero que: “El objetivo del Sistema Concursal es la permanencia de la unidad productiva, la protección del crédito y el patrimonio de la empresa. Los agentes del mercado procuraran una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis.” Luego, agrega en su artículo segundo, que la finalidad es “propiciar un ambiente idóneo para la negociación entre los acreedores y el deudor sometido a concurso, que les permita llegar a un acuerdo de reestructuración o, en su defecto, a la salida ordenada del mercado, bajo reducidos costos de transacción.” Finalmente el artículo X del Título Preliminar de la ley establece el rol promotor del estado, quien a través de INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), facilita y promueve la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales.

- **CHILE**

En nuestra legislación no existen normas que manifiesten en forma clara el objetivo de mantener en funcionamiento la empresa en problemas financieros cuando ésta aparezca viable. Si bien existe una intención del legislador de proteger, ante la cesación de pagos, los intereses legítimos, tanto del deudor como de sus acreedores, pareciera ser que la primera preocupación es el respeto de la igualdad entre los acreedores valistas y el pleno respeto de los privilegios y preferencias establecidas en la ley. En resumen, podríamos decir que el objetivo primordial de nuestra legislación es obtener el pronto, eficiente y equitativo pago de los acreedores. El artículo 1° de nuestra ley expresa como su principal objeto el *“realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinada por la ley”*. Si bien es cierto, la introducción de algunas modificaciones mediante la Ley 18.598 del año 1987, y en particular la inclusión del artículo 177 bis están dirigidas a facilitar la obtención de un convenio entre acreedores y deudor, ello no pareciera ser la manifestación de un principio general que gobierne a toda nuestra legislación concursal.

2. Órganos de la Quiebra y sus Atribuciones

En las legislaciones comparadas se observan diversos órganos que intervienen en el procedimiento, en los cuales, con mayores o menores atribuciones, se va depositando la administración de la empresa en quiebra o en proceso de reestructuración o reorganización, o bien, derechamente, en un proceso de liquidación.

- **EE.UU.**

Bankruptcy Court (corte de quiebras): En los Estados Unidos existen Cortes Estatales y Cortes federales. Los casos de quiebra se ven ante las Cortes Federales especializadas en procesos de quiebra (*Bankruptcy Court*).

Las facultades del juez especial de quiebras son muy amplias, y éste cuenta con cuantiosos medios y equipos técnicos y profesionales de apoyo que le permiten supervisar detalladamente lo que va ocurriendo en un proceso determinado. Es así que el proceso de reorganización mantendrá normalmente la administración de la empresa por el propio deudor, y corresponderá a los comités de acreedores recurrir al juez cuando estimen que determinados temas deban ser objeto de revisión. El *Bankruptcy Judge*, de acuerdo al § 105 del Bankruptcy Code (1978) puede emitir cualquier orden, procedimiento o juicio que estime conveniente o necesario para llevar adelante el proceso de quiebra.

Trustee (Síndico): En cada caso de liquidación (capítulo 7) y en algunas ocasiones en casos de reorganización (capítulo 11) existirá no sólo el juez de quiebra sino también un síndico o *trustee*. Los *trustee* son personas que provienen del ámbito privado y estarán bajo la supervigilancia del *U.S. Trustee*. Las facultades y deberes de los *trustee* variarán dependiendo del caso en el cual se hubieren designado. En un caso de liquidación las obligaciones del *trustee* serán:

- 1) Recolectar la masa de bienes del deudor;
- 2) Intentar recuperar bienes de la masa que hubieren sido fraudulentamente transferidos antes de la petición de quiebra y con posterioridad a ella;
- 3) Proceder a la venta de los bienes de la masa y repartir equitativamente el producto de la liquidación entre los acreedores.⁷

En casos de reorganización rara vez se designará un *trustee*, y ello ocurrirá cuando así lo determine el juez de la quiebra, cuando lo considere necesario para proteger el interés de los acreedores o de los accionistas de la compañía. En estos casos en que la compañía sigue operando, el *trustee* tendrá una ingerencia en la administración de los negocios de la compañía. Según se señaló, esto ocurrirá en pocas ocasiones, ya que en los casos de reorganización será normalmente el propio deudor el que continuará en el manejo de los negocios (*debtor* in posesión).

⁷ David G. Epstein, *Bankruptcy and Related Law*. West Group. St. Paul Minn. 2002. Pag.131.

Este sistema de síndicos privados, unido a los altísimos costos de los abogados, significa que en costos legales se consumirá normalmente aquella parte de la masa que habría correspondido a los *general creditors* o acreedores valistas.

U.S. Trustee: El *U.S.Trustee*, es un oficial del gobierno, designado y dependiente del *Attorney General*, a quien le corresponde la designación de los *trustee*, y que sirve de guardián y supervisa la administración de los procesos de quiebra en los Estados Unidos, actuando en el interés público y promoviendo la eficiencia y preservando la integridad del sistema. Monitorea la conducta de las partes, asegura el cumplimiento de las leyes y procedimientos e identifica e investiga fraudes y abusos.⁸

Comité de Acreedores: En muchos casos de reorganización bajo el *chapter 11*, los deudores tienen cientos e incluso miles de acreedores. No sería práctico tener que negociar con cada uno de ellos individualmente. §1102 ordena al United States trustee designar tan pronto como sea posible un comité de acreedores generales, luego de otorgada la orden de alivio. Se sugiere que el comité esté formado por los siete mayores acreedores.⁹ El comité de acreedores cumple una serie de funciones. Entre otras cosas podrá:

- a) Consultar con el *trustee* o el deudor en posesión todos los temas relativos a la administración del caso.
- b) Investigar las actuaciones del deudor y su situación financiera.
- c) Participar en la formulación de un plan de reorganización.
- d) Solicitar la designación de un *trustee*.
- e) Ejecutar otros servicios especiales que le competan a su representado.
- f) Participar en las audiencias relativas al caso, como una parte interesada.¹⁰

Los miembros del comité tendrán un deber fiduciario respecto de todos los acreedores generales que representan.

En el evento de existir diversas clases de acreedores se podrán formar diversos comités que representen a cada clase distinta de acreedor. Así, por ejemplo, junto al comité de acreedores generales, podrá existir un comité de acreedores preferentes, comité de tenedores de bonos, etc. etc.

⁸ *Bankruptcy and Related Law*. Pag.134

⁹ *Elements of Bankruptcy*. Pag. 18.

¹⁰ *Bankruptcy and Related Law*. Pag. 408.

- **MÉXICO**

El Juez: El juez es el rector del procedimiento de concurso mercantil y tendrá las facultades necesarias para dar cumplimiento a lo que la ley establece, siendo las más importantes:

- a) Resolver sobre la solicitud de declaración en concurso mercantil.
- b) Resolver las cuestiones que se susciten a raíz de dicha solicitud y debiendo recibir la prueba en su caso.
- c) Dictar las providencias precautorias que estime necesarias o que el visitador le sugiera para evitar que se ponga en riesgo la viabilidad de la empresa con motivo de la demanda.
- d) Deberá remitir copia de la demanda al Instituto, ordenándole que designe a un visitador.

IFECOM: El Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM) constituye una de las mayores innovaciones de la Ley de Concursos Mercantiles Mexicana. El IFECOM es un organismo autónomo, que tiene por objeto integrar al procedimiento de quiebra a especialistas, técnicos y profesionales, encargados de apoyar al juez en sus resoluciones. El Instituto deberá asegurar y fiscalizar la calidad moral y profesional de éstos especialistas involucrados en el procedimiento concursal. En esta función le corresponderá el nombramiento de los visitadores, conciliadores e interventores que participen en el procedimiento concursal.¹¹

La filosofía que sustenta la creación de este instituto es el hecho de encontrar que el juez rector de la quiebra no debe ser exigido de tomar decisiones sobre disciplinas que no son las suyas. El juez es un perito en Derecho y no puede ser obligado a tomar decisiones sobre cuestiones financieras, contables o de administración. El juez requiere contar con la participación de expertos que lo ayuden en su labor.¹²

El visitador: Otro actor importante en México es el visitador. Presentada la demanda, el juez la remitirá al Instituto para que éste designe a un visitador. El visitador designado deberá practicar una visita al Comerciante, cuyo objeto será:

- a) Determinar si el comerciante incurrió en un incumplimiento generalizado de sus obligaciones en los términos establecidos en la ley.
- b) Sugerir al juez las providencias precautorias que estime necesarias para la protección de la Masa.

¹¹ *Ley de Concursos Mercantiles*. Título XI. Del Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles. El artículo 311 señala: “Se crea el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles, como órgano auxiliar de la Judicatura Federal, con autonomía técnica y operativa, con las atribuciones siguientes:”

¹² El Instituto Federal de Concursos Mercantiles. Luis Manuel C. Meján. <http://legal.terra.com.mx/En>

- c) Revisar los libros de contabilidad, registros y estados financieros, así como cualquier otro documento o medio electrónico de almacenamiento de datos en los que conste la situación financiera y contable de la empresa del Comerciante.
- d) Llevar a cabo verificaciones directas de bienes y mercancías, así como entrevistarse con el personal directivo, gerencial y administrativo del Comerciante, incluido sus asesores externos, financieros, contables o legales.
- e) Finalmente, al término de la visita, el visitador deberá levantar un acta en la que hará constar en forma circunstanciada los hechos u omisiones que se hubieren conocido por el visitador y sus auxiliares relativos al objeto de la visita.¹³

- **PERÚ**

INDECOPI: La ley Peruana ha establecido un interesante sistema de desjudicialización del sistema concursal a través de la intervención en los procesos concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), entidad estatal, que tendrá el rol de facilitar y promover la negociación entre acreedores y deudores, respetando la autonomía privada, respecto de las decisiones adoptadas en los procedimientos concursales con las formalidades de ley.¹⁴ Aún cuando hay quienes, abogando por una mayor autonomía, le critican que ha pasado de desjudicializar el sistema a administrativizarlo,¹⁵ sin duda que ello constituye un novedoso avance en beneficio de la agilidad de los procesos concursales.

La Comisión: La Comisión de Procedimientos Concuriales de INDECOPI (La Comisión) y otras comisiones creadas en virtud de convenios que INDECOPI celebre con ciertas instituciones (Ej. Cámaras de Comercio, Universidades, etc. etc.), serán competentes para conocer los procedimientos concursales regulados en la ley. El Tribunal de INDECOPI será el órgano competente para conocer en última instancia administrativa (Art.3.1).

Le corresponderá a la Comisión regular y fiscalizar la actuación de las Comisiones creadas en virtud de Convenio, Entidades Administradoras y Liquidadoras, acreedores y deudores, sujetos a los procedimientos concursales, para lo cual podrá expedir directivas de cumplimiento obligatorio (Art. 3.2).

Además, la Comisión, a través de su Directorio, podrá delegar temporalmente su competencia a otras instituciones públicas o privadas, con la finalidad de atender la demanda de servicios que pudiera presentarse por el régimen concursal (Art. 4.1), pudiendo incluso en ocasiones excepcionales redistribuir la carga procesal entre otras instituciones del mismo ámbito de actuación territorial (Art. 5.2).

¹³ *Ley de Concursos Mercantiles*. México. Título Segundo. De los órganos del Concurso Mercantil.

¹⁴ *Ley General del Sistema Concursal*. Perú. Título Preliminar. Artículo X. Rol Promotor del Estado.

¹⁵ *Ley General del Sistema Concursal*. Perú. Título Preliminar. Artículo X. Rol Promotor del Estado.

La Junta de Acreedores: En la Junta de Acreedores participarán con voz y voto los acreedores que soliciten el reconocimiento de sus créditos dentro del plazo de treinta días posteriores a la fecha de publicación del aviso de concurso. No tendrán derecho a voto aquellos acreedores que obtengan el reconocimiento tardío y aquellos declarados contingentes por la Comisión, quienes podrán votar una vez que hubiere sido resuelta favorablemente la contingencia.

La Comisión nombrará a uno o más representantes para que la represente ante las Juntas donde se trate la decisión sobre el destino del deudor, la aprobación del Plan de Reestructuración, Convenio de Liquidación y Acuerdo Global de Refinanciamiento, así como sus modificaciones. El representante actuará como observador y recogerá información (A.44). Podrá intervenir en la Junta con voz, pero sin voto, y deberá verificar el cumplimiento de los quórum de instalación y las mayorías exigidas por la Ley en la adopción de acuerdos.

El deudor podrá asistir a las juntas personalmente o representado, únicamente para manifestar su opinión sobre el procedimiento.

Serán funciones de la Junta:

- a) La elección de sus autoridades;
- b) Decidir sobre el destino del deudor;
- c) Aprobar el régimen de administración o la designación del liquidador de ser el caso;
- d) Aprobar el Plan de Reestructuración o el Convenio de Liquidación de ser el caso;
- e) Nombrar el Comité de Junta de acreedores y delegar facultades (A.50.4);
- f) Supervisar la ejecución de los acuerdos que adopte;
- g) Solicitar al administrador o liquidador la elaboración de informes económicos financieros que considere necesarios para la adopción de acuerdos;
- h) Designar de entre sus miembros un Comité;
- i) Ajustar el patrimonio del deudor en reestructuración patrimonial, previa auditoría económica realizada por auditores registrados en el INDECOPI (A.51.1).

El juez o el árbitro: En el evento de adoptar un Plan de Reestructuración, el Art.73 de la ley establece que la Junta deberá establecer el fuero jurisdiccional para resolver las controversias que pudieren surgir en su ejecución o interpretación, ya sea el judicial o el arbitral.

El Liquidador: En el evento que se decida la disolución y liquidación, la Junta adoptará un Convenio de Liquidación y nombrará a una entidad o persona que tenga registro vigente en la Comisión como liquidador encargado del procedimiento, quien deberá manifestar su voluntad de asumir el cargo.

No obstante ello, la Junta podrá acordar la continuación de actividades solo en el caso que opte por la liquidación del negocio en marcha, por estimar un mayor valor de realización bajo esa modalidad. Dicha liquidación deberá efectuarse en un plazo máximo de seis meses (Art.74.2).

- **CHILE**

El Juez: Será competente para conocer de la quiebra el juez letrado en lo civil del domicilio del deudor y eventual fallido. El juez conocerá del procedimiento de quiebra y su función fundamental será pronunciarse sobre la quiebra, declarándola o denegándola. Le corresponderá, además, resolver todos los conflictos jurídicos que se originen durante el proceso, tales como las impugnaciones de créditos o preferencias.

Finalmente deberá pronunciarse sobre temas disciplinarios de los síndicos, debiendo resolver su remoción a solicitud de la Fiscalía Nacional de Quiebras.

Salvos los casos expresamente exceptuados, las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo y gozarán de preferencia para su agregación a la tabla y para su fallo (Art. 5, inc.2°).

El Síndico: El síndico es un auxiliar de la administración de justicia que constituye el órgano ejecutivo de la quiebra. El sistema en Chile establece una nómina de síndicos privados que se encuentran fiscalizados y reglamentados por la Fiscalía Nacional de Quiebras. La nómina se confecciona por Decreto Supremo expedido a través del Ministerio de Justicia y quienes la integren deben cumplir con una serie de requisitos establecidos en la ley, tales como poseer un título profesional, una experiencia e idoneidad para el cargo etc. etc.

Sus funciones están detalladas en los artículos 27 y 64 de la ley, y entre las más importantes destacan:

- a) Representar judicialmente y extrajudicialmente al fallido y a la masa de acreedores.
- b) Administrar y conservar los bienes del fallido.
- c) Exigir del fallido la información necesaria para el mejor desempeño de su cargo.
- d) Cerrar los libros de comercio del fallido.
- e) Proponer la fecha de cesación de pagos.
- f) Recibirse bajo inventario de los bienes de la quiebra y administrarlos en conformidad a la ley.
- g) Continuar provisoriamente el giro del fallido, con autorización del Tribunal y acuerdo de la Junta de Acreedores.
- h) Cobrar los créditos del activo de la quiebra.
- i) Celebrar compromisos o transacciones, previo acuerdo de la junta de acreedores.

- j) Contratar préstamos para subvenir los gastos de la quiebra.
- k) Exigir rendición de cuentas a cualquiera que haya administrado bienes del fallido.
- l) Impugnar los créditos que no hallare justificados ya sea en el origen, la cuantía o en la preferencia alegada.
- m) Realizar los bienes de la quiebra.
- n) Hacer repartos de fondos.
- o) Desempeñar funciones de interventor o depositario.

El síndico es designado provisoriamente por el Tribunal de la quiebra. Si la quiebra la ha solicitado el acreedor, ésta designación debe recaer en una de las tres personas que el acreedor proponga. Posteriormente, a los acreedores, en su primera junta, corresponderá ratificar o rechazar el nombramiento del síndico.

Los honorarios del síndico se consideran gastos de la masa, y se regulan de común acuerdo entre la junta y el síndico. A falta de acuerdo, estos se fijarán por el Tribunal de acuerdo a una tabla establecida en el artículo 35 de la ley. Finalmente, si la quiebra carece de bienes, el síndico tiene derecho a una remuneración de 15 Unidades de Fomento que serán pagadas por la Fiscalía con cargo a su presupuesto.

La Junta de Acreedores: Es el órgano natural en el que se manifiesta la voluntad de los acreedores. La Junta la componen todos los acreedores reconocidos, aun los privilegiados, aun cuando éstos últimos no podrán participar de la junta que tenga por objeto aprobar convenios, a menos que renuncien a su preferencia. Los acreedores impugnados carecen de derecho a voto. El síndico y el fallido solo tendrán derecho a voz en la Junta.

Para adoptar los acuerdos se requerirá del voto conforme de no menos de dos acreedores que sumen mayoría absoluta de los créditos presentes en la reunión con derecho a voto, salvo que la ley exija una mayoría especial (Art.102, inc.3°).

La primera junta de acreedores se realizará en la sede del tribunal, no antes de 30 ni después de 40 días hábiles contados desde la publicación de la sentencia de quiebra (A.105).

Fiscalía Nacional de Quiebras: La Fiscalía Nacional de Quiebras tiene por objeto supervigilar y controlar la actuación de los síndicos. El Fiscal Nacional de Quiebras es designado por el Presidente de la República y entre las facultades de este organismo destacan las siguientes:

- a) Impartir a los síndicos instrucciones generales de carácter obligatorio sobre las materias sometidas a su control, y en especial, fijar normas para la presentación de informes, estado de avances y cuentas provisionales o definitivas.
- b) Actuar como parte en los procesos de calificación de la quiebra.

- c) Interponer acciones penales en contra de los síndicos y de cualquier otra persona que hubiere tenido injerencia en la administración de la quiebra.
- d) Solicitar al tribunal de la causa la remoción del síndico que hubiere incurrido en faltas reiteradas o graves, o irregularidades, relativas a su desempeño.
- e) Llevar un registro de las quiebras.

3. Inicio del Procedimiento de Quiebra y sus Etapas

Desde el punto de vista del deudor, el procedimiento de quiebra puede ser denominado involuntario cuando se origina por la solicitud de uno o más acreedores, o voluntario, cuando se origina por la solicitud de quiebra o proposición de un convenio por parte del propio deudor.

Un sistema sano de insolvencia, que promueva la transparencia y la eficiencia, debiera incentivar que el procedimiento sea iniciativa del deudor, toda vez que será naturalmente éste quien estará primeramente al tanto del mal estado de los negocios. De esta forma el ideal sería evitar los procesos contenciosos en esta materia. Para ello es necesario buscar incentivos al deudor para que transparente oportunamente el mal estado de sus negocios y de este modo se obtenga un proceso más ágil y eficiente, ya sea de reestructuración o bien de liquidación. Al mismo tiempo, será importante que esto no derive en sistemas de abuso del deudor. Finalmente, el sistema debe desincentivar el uso de la solicitud de quiebra como medida de presión de los acreedores para obtener un pronto pago de las deudas. La solicitud de quiebra no debe tener por objeto el cobro de una deuda en particular, sino el interés general de los acreedores.

- **EE.UU.**

El sistema norteamericano promueve el inicio voluntario de los procedimientos de insolvencia, otorgándole al deudor que solicita su reorganización bajo el capítulo 11, un importante alivio financiero, y limitando los derechos de los acreedores para iniciar *involuntary cases*. En efecto el capítulo 11 del *Bankruptcy Code* le otorga al deudor un plazo para negociar e intentar alcanzar un acuerdo con sus acreedores. En consecuencia, antes de que un acreedor solicite la quiebra de su deudor, éste último solicitará voluntariamente la protección del capítulo 11 del Código de Quiebras, con el objeto de obtener un alivio al acoso de que es objeto por parte de los acreedores y lograr un acuerdo favorable con éstos. La solicitud de un caso del capítulo 11 tendrá inmediatas consecuencias, congelando las acciones dirigidas en contra del deudor, según veremos más adelante.

Casos Voluntarios: § 301 del *Bankruptcy Code* trata los casos de inicio voluntario del procedimiento, estableciendo que una petición de quiebra o de reorganización, bajo el capítulo 7 u 11, podrá ser iniciado por cualquier deudor bajo dicho capítulo.

Si bien la quiebra, propiamente tal, puede ser solicitada por un tercero y ello está específicamente regulado en el § 303 del *Bankruptcy Code* bajo el título de Casos Involuntarios, será, como se dijo, normalmente el propio deudor quien se interesará en solicitar la protección del capítulo 11, bajo el § 301 de un Caso Voluntario.

El Código de Quiebras no exige la insolvencia para solicitar un caso del capítulo 11. Dicho requisito es de cualquier modo, innecesario. Aquellos deudores cuyos bienes superan sus deudas no tendrán nada que ganar con tal solicitud, ya que sus bienes pasarán a formar parte de la masa bajo el § 541.¹⁶

Casos Involuntarios: § 303 del *Bankruptcy Code* trata los casos de inicio involuntario y contiene una serie de limitaciones.

En primer lugar los acreedores pueden presentar una petición ya sea de liquidación o reorganización sólo en los casos del capítulo 7 u 11 (quedando fuera los casos especiales del capítulo 9, capítulo 12 y capítulo 13, que son municipalidades, agricultores e individuos con un ingreso regular, los cuales tienen un tratamiento especial en el código).

Segundo, quedan también exentos de este procedimiento involuntario ciertos deudores como son las compañías de seguro, los bancos, los agricultores e instituciones de caridad, todas las cuales están sometidas a regímenes especiales.

Tercero, la solicitud involuntaria debe ser presentada por al menos tres acreedores, que representen créditos sin garantía, superiores a los US\$ 11,625. No obstante, si el deudor tiene menos de doce acreedores sin garantía, bastará un acreedor con crédito no garantizado superior a esta cifra.¹⁷

En los casos involuntarios el deudor tiene derecho a presentar una respuesta, y a diferencia de los voluntarios, no otorgan el inmediato alivio financiero, sino una vez que el juez determina que el deudor está efectivamente incumpliendo generalizadamente con sus obligaciones. Normalmente transcurrirá un lapso de varias semanas entre que se presente la petición involuntaria y reconceda el alivio financiero al deudor. El juez podrá designar en el intervalo un *trustee* interino.

§ 303 del código protege a los deudores de las peticiones infundadas de quiebra por parte de los acreedores, toda vez que una petición involuntaria puede acarrear gran desprestigio a la reputación financiera y en los negocios del deudor.

En primer lugar, puede ser condenado el acreedor al pago de los costos y honorarios que se hayan generado para el deudor.

En segundo lugar, en caso de un trustee interino, se pueden condenar a pagar cualquier daño o perjuicio que se haya producido a causa de ello.

¹⁶ *Elements of Bankruptcy*. D. Baird. Pag. 38.

¹⁷ *Bankruptcy and Related Law*. Involuntary Cases. Pag.141.

Finalmente, si la petición se considera de mala fe, se le puede condenar a todos los daños y perjuicios directa e indirectamente que se produjeran a causa de la petición, así como daños punitivos en contra del acreedor.

- **MÉXICO**

El inicio del procedimiento concursal en México puede tener su origen en la solicitud, de un acreedor o del propio del deudor, de la declaración en concurso mercantil. En el primer caso, y en el evento de existir oposición por parte del deudor, se puede dar origen a un proceso contencioso, en el cual el juez deberá decidir si acoge la demanda o la rechaza. Es aquí que cobra importancia la institución del **visitador**, quien designado por el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles (IFECOM) una vez admitida la demanda, deberá efectuar una visita al comerciante para constatar en terreno si tiene bases la solicitud de declaración en concurso mercantil. El visitador podrá solicitar al juez la adopción de una serie de medidas precautorias con el objeto de proteger a la masa y a los acreedores (A.37 LCM), las cuales subsistirán hasta que el juez ordene su levantamiento.

El visitador deberá, posteriormente, rendir al juez un dictamen razonado y circunstanciado, tomando en consideración los hechos planteados en la demanda y contestación, así como los antecedentes que hubiere recopilado en su visita. Posteriormente, el juez deberá dictar la sentencia declarando el concurso mercantil, o bien, rechazando la solicitud.

De no existir el proceso contencioso, ya sea porque el deudor no contestó la demanda, o bien porque ha sido el propio comerciante quien ha solicitado su declaración en concurso mercantil y no ha existido oposición a ello, la ley mexicana ha diseñado un esquema que promueve un período de negociación, previo a la quiebra, en el cual la empresa será primeramente declarada, según se dijo, en **concurso mercantil**, y se dará inicio a la etapa de **conciliación** a través de un **mediador**, quién tendrá por objeto intentar la conservación de la empresa a través de un convenio con los acreedores.

Lo anterior no se aplicará, por cierto, en los casos en que el comerciante haya solicitado directamente su quiebra, en cuyo caso se pasará de inmediato a la etapa de **liquidación**, según veremos más adelante.

La etapa de **conciliación**, que se inicia con la declaración del concurso mercantil, tiene por finalidad, según se dijo, lograr un acuerdo entre los acreedores y el deudor.

Se observa que tanto la legislación de los Estados Unidos como la mexicana buscan evitar los casos de quiebra contenciosa e involuntaria, y promueven, en cambio, que sea el propio deudor el que tenga la motivación de poner las cartas sobre la mesa e iniciar el proceso de reorganización o de negociación, teniendo siempre en mente el principio fundamental del *full disclosure* (revelación total de la información del deudor).

- **PERÚ**

El inicio del procedimiento concursal podrá tener su origen en el propio deudor o por sus acreedores, cumpliendo los requisitos que establece la ley (A. 23).

Inicio a solicitud del deudor del Procedimiento Concursal Ordinario: Cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario siempre que acredite encontrarse en, cuando menos, alguno de los siguientes casos:

- a) Que más de un tercio del total de sus obligaciones se encuentren vencidas e impagas por un periodo mayor a treinta días;
- b) Que tenga pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, cuyo importe sea mayor al tercio del capital social pagado.

El propio deudor, en su petición deberá expresar su voluntad de llevar a cabo una reestructuración patrimonial o una liquidación y disolución, debiendo cumplir con los siguientes requisitos:

- Para una reestructuración patrimonial, deberá acreditar mediante un informe suscrito por el representante legal y un contador público colegiado, que sus pérdidas acumuladas, deducidas las reservas, no superan el total del capital pagado.
- Deberá además especificar los mecanismos para hacer viable su reflotamiento y presentará un proyecto preliminar de sus resultados y flujo de caja por un período de dos años.
- De no encontrarse bajo el supuesto señalado en el párrafo precedente, el deudor podrá solicitar su disolución y liquidación. (A.24.2) En el caso de las personas naturales, se exigirá al menos uno de los siguientes supuestos: a) Que más del 50% de los ingresos del deudor se deriven del ejercicio de una actividad económica desarrollada directamente y en nombre propio por el deudor; y b) Que más de dos terceras partes de sus obligaciones se hayan originado por la actividad desarrollada por el sujeto, respecto de las cuales ellos hayan asumido el deber de pago de las mismas (A.24.4).
- El deudor deberá acompañar a su solicitud un Resumen Ejecutivo fundamentando el inicio del procedimiento concursal, la viabilidad económica de sus actividades, de ser el caso y los medios para solventar las obligaciones adeudadas. Además deberá acompañar toda la información relevante de la empresa (detallada en el A.25.1).

Inicio a solicitud de acreedores: Uno o más acreedores impagos cuyos créditos exigibles se encuentren vencidos, no hayan sido pagados dentro de los treinta días siguientes a su vencimiento y que, en conjunto superen el equivalente a 50 Unidades Impositivas Tributarias, podrán solicitar el inicio del procedimiento concursal.

Presentada la solicitud será emplazado el deudor, quien dentro de veinte días de notificado podrá:

- a) Pagar el íntegro de los créditos;
- b) Ofrecer pagar dentro del plazo de diez días;
- c) Oponerse a la existencia, titularidad, exigibilidad o cuantía de los créditos; o,
- d) Allanarse a la solicitud.

Si la oposición referida en la letra c resulta infundada o improcedente, se declarará el concurso. Si es fundada, se denegará la solicitud de inicio del concurso.

Los acreedores con créditos reconocidos podrán designar auditores económicos elegidos entre una terna de profesionales con registro en INDECOPI, para que supervise el cumplimiento del Plan de Reestructuración e informe mensualmente a INDECOPI y a los acreedores sobre la situación y proyección de la empresa. Los honorarios de los auditores serán asumidos como gastos de la administración.

Inicio del procedimiento concursal preventivo: Cualquier deudor podrá solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Preventivo, siempre que no se encuentre bajo los supuestos exigidos para el Procedimiento Concursal Ordinario.

Con este propósito presentará a la Comisión la solicitud, acompañando toda la documentación necesaria (A.103).

La aprobación del Acuerdo Global de Refinanciamiento requerirá del 66,6% de los créditos en primera convocatoria y el 66,6% de los asistentes en la segunda (A.106.1).

Al iniciarse el procedimiento, cuando el deudor lo solicite, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el concursado tuviere pendientes. La suspensión durará hasta que se apruebe el Acuerdo Global de Refinanciamiento.

El mismo deudor solamente podrá acogerse al Procedimiento Concursal Preventivo una vez cada doce meses (A.112).

- **CHILE**

La legislación Chilena establece que la quiebra se puede solicitar por el propio deudor, por uno o más acreedores, o puede producirse de oficio en ciertos casos, según veremos.

Solicitud por el propio deudor: El deudor al solicitar su quiebra deberá acompañar un listado con todas sus obligaciones, con individualización de los acreedores correspondientes. Además, junto a la solicitud de quiebra el deudor debe adjuntar en duplicado los siguientes documentos:

- 1) Un inventario o relación detallada de todos sus bienes, con indicación del lugar en que se encuentren, de su valor estimativo y de los gravámenes que los afecten.
- 2) Una relación de los bienes que estén excluidos de la quiebra en conformidad a la ley.
- 3) Una relación de los juicios que tuviere pendientes.

- 4) Un estado de las deudas, con expresión del nombre y domicilio de los acreedores y de la naturaleza de los respectivos créditos.
- 5) Una memoria de las causas inmediatas o directas del mal estado de los negocios, debiendo en ella dar cuenta de la inversión del producto de las deudas contraídas y de los demás bienes adquiridos en el último año. El deudor que llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance y su cuenta de ganancias y pérdidas.¹⁸

Solicitud de quiebra por un acreedor: Esta solicitud, al igual que toda demanda “debe exponer claramente los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya”. El artículo 44 de la ley de quiebras señala que debe señalar la causal o hecho revelador especial en que se funda, los que están taxativamente contemplados en la ley. En efecto el artículo 43 de la Ley establece determinadas causales que habilitan a los acreedores a solicitar la quiebra:

- 1) Cuando el deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, agrícola y minera, cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante.
- 2) Cuando el deudor contra el cual existieren tres o más títulos ejecutivos y vencidos, provenientes de obligaciones diversas, respecto de las cuales se hubieren iniciado a lo menos dos ejecuciones, no hubiere presentado bienes suficientes para cubrir las deudas.
- 3) Cuando el deudor se fugue del territorio de la República, o se oculte dejando cerradas sus oficinas, sin haber nombrado persona que administre sus bienes.
- 4) Cuando el deudor haya celebrado un convenio extrajudicial con sus acreedores y éste sea declarado nulo o resuelto.

Además la ley exige que el solicitante acompañe un vale vista o boleta bancaria a la orden del tribunal, para subvenir los gastos iniciales de la quiebra. Dicha suma será considerada como un crédito de solicitante en contra del fallido, que gozará de la preferencia establecida en el N° 4 del artículo 2472 del Código Civil.

En opinión del J.E. Puga, “esta exigencia es un atentado contra los fines de la quiebra, una impudicia jurídica. En efecto, es doblemente arbitraria porque, por un lado, significa, en la práctica la imposibilidad a un deudor de poca monta, pues nadie arriesgaría por él una suma como la indicada, y, por el otro, porque favorece sólo a los acreedores potentes, ya que sólo ellos pueden prescindir y distraer una suma de dicho monto para ejercer la acción de quiebra, constituyendo una verdadera prohibición para los acreedores menores. Es una infracción legal a la *par conditio creditorum*.”¹⁹

¹⁸ Ley de Quiebras. Artículo 42.

¹⁹ Puga Vial, Juan Esteban. *Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras*. Tomo I. Ed. Jurídica. 2a Ed.1999, Pág. 267.

Quiebras de oficio: Las denominadas quiebras de oficio, o “de solicitud refleja o indirecta”²⁰ resultan de:

- 1) Impugnación de las proposiciones de convenio judicial preventivo ya acordado, pero aún no aprobado por resolución judicial. Si se acoge la impugnación, el juez debe, en la misma sentencia, declarar la quiebra del deudor (Art. 207).
- 2) Oposición a la cesión de bienes. Al igual que en el caso de la oposición al convenio, la oposición a la cesión de bienes llevará aparejada la declaración de quiebra.
- 3) Nulidad del convenio. La declaración de nulidad del convenio arrastrará la quiebra del deudor.
- 4) Resolución del convenio. Declarado resuelto el convenio, por incumplimiento sea total o parcial, procederá la declaración de quiebra del deudor.

4. Efectos Inmediatos de la Declaración

- **EE.UU.**

Una vez presentada la solicitud de reorganización al tribunal de quiebras el tribunal otorgará una orden de alivio (*order of relief*), cuyo primer efecto será la suspensión de todas las acciones de cobro que se dirijan en contra del deudor (*automatic stay*). Lo que se busca es, precisamente, evitar una carrera desesperada entre los diversos acreedores por cobrarse de sus créditos, pasando a llevar las preferencias establecidas en la ley, y mermando a su vez las posibilidades de levantar a la empresa en el futuro.²¹

En consecuencia, se suspenderá el pago de todos los créditos adquiridos con anterioridad a la declaración, salvo aquellos que sean indispensables para la operación ordinaria del negocio (*ordinary course of bussiness*), los cuales requerirán, de todas formas, una autorización inmediata (*first motion petitions*) del juez de la quiebra. Los efectos que este congelamiento de pagos y las medidas que al respecto puede tomar el juez de la quiebra, tales como autorización de determinados pagos, obtención de créditos y otorgamiento de nuevas garantías para obtener dineros frescos, así como otras medidas de protección para la empresa y sus acreedores, tienen como finalidad permitir a la empresa continuar con sus operaciones en términos usuales de manera de no disminuir su valor como unidad económica y obtener de ella, ya sea para una eventual reorganización o bien en caso de liquidación.

Con el *automatic stay*, los acreedores generales deberán esperar hasta el final del procedimiento para saber que fracción de sus créditos recuperarán. La situación de los

²⁰ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pag. 267.

²¹ *Elements of Bankruptcy*. D. Baird. Pag. 169.

secured creditors o acreedores con garantía, dependerá del rol que en el plan de reorganización le quepa al bien sobre el cual recaiga la garantía. Supongamos que un acreedor mantiene una hipoteca sobre un inmueble que no forma parte del plan de reorganización. En dicho caso el acreedor podrá solicitar que se levante la medida respecto de dicho inmueble y proseguir con el procedimiento de ejecución respecto del mismo.²²

Luego de otorgado el alivio del *chapter 11*, § 1121 del *Bankruptcy Code* le otorga al deudor un período de 120 días de exclusividad para presentar un plan de reorganización.

Presentado el plan el deudor tendrá la exclusividad por el plazo de 180 días para obtener la aprobación del plan por parte de los acreedores. Presentado el plan los acreedores podrán apoyarlo o intentar convertir el caso en uno de liquidación o quiebra. Estos plazos (120 y 180 días) podrán ser ampliados o reducidos a petición de alguna de las partes por una causa justificada. En consecuencia, el deudor tendrá un plazo de 120 días para presentar el plan, y luego tendrá 180 días para lograr el apoyo del mismo por parte de los acreedores. Durante ese período el deudor seguirá en la administración de la empresa (*debtor in possession*) y la empresa seguirá funcionando y cumplirá con el pago de sus obligaciones operacionales, las cuales deberán ser autorizadas por el juez de la quiebra. El requisito fundamental para la solicitud de un plan de reorganización será entregar al juez de la quiebra y a los acreedores interesados la más amplia, absoluta y veraz información del estado de los negocios y del total de los activos y pasivos que posee el deudor.

- **MÉXICO**

Suspensión de pagos: En la ley mexicana la declaración en concurso mercantil conlleva la suspensión de los procedimientos de ejecución. El artículo 65 de la Ley señala: “*Desde que se dicte la sentencia de concurso mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante*”. Desde ésta declaración, y durante el período que dura la etapa de conciliación, el conciliador -y el interventor si lo hubiere-, asumirá un rol activo fundamental en la toma de decisiones tales como la resolución de contratos pendientes, la mantención de otros, la contratación de nuevos créditos, la constitución o la sustitución de garantías, todo lo cual está detalladamente regulado en el Título III de la ley, artículos 65 y siguientes.

Existen excepciones expresas a esta suspensión referidas a las ejecuciones de carácter laboral y fiscal. El artículo 66 señala que: “*La sentencia de concurso mercantil no será causa para interrumpir el pago de las obligaciones laborales ordinarias del Comerciante.*” En el mismo tenor, el artículo 69 establece: “*La sentencia de concurso mercantil no será causa para interrumpir el pago de las contribuciones fiscales o de seguridad social ordinarias del Comerciante, por ser indispensables para la operación ordinaria de la empresa.*” En definitiva, la empresa en concurso mercantil seguirá funcionando y, en consecuencia, continuará con el pago de las

²² *Elements of Bankruptcy*. D. Baird. Pag. 169.

remuneraciones a sus trabajadores y de las contribuciones fiscales o de seguridad social.

Administración de la empresa en Concurso: El artículo 74 de la ley señala: *“Durante la etapa de conciliación, la administración de la empresa corresponderá al Comerciante, salvo lo dispuesto en el artículo 81 de esta Ley.”* En esta etapa, pese a que la administración de la empresa quedará en manos del Comerciante, el conciliador ejercerá una labor de vigilancia respecto a la contabilidad y todas las operaciones que éste realice. El conciliador, durante éste período decidirá sobre la resolución de contratos y deberá aprobar la obtención de nuevos créditos y la constitución o sustitución de garantías, así como la enajenación de activos que salgan de la esfera del curso ordinario de los negocios del comerciante. En definitiva, el conciliador y el Comerciante deberán considerar la conveniencia de mantener la empresa en operación, pudiendo el conciliador, cuando lo estime conveniente para el interés de la Masa, solicitar al juez el cierre de la empresa, el que podrá ser total o parcial, temporal o definitivo. Todas las materias antes referidas requerirán de la opinión del interventor, en el caso que lo hubiere. El artículo 62 describe la función del interventor, quien *“representará los intereses de los acreedores y tendrán a su cargo la vigilancia de la actuación del conciliador y del síndico así como de los actos realizados por el Comerciante en la administración de su empresa.”* Cualquier acreedor o grupo de acreedores, que represente por lo menos el diez por ciento del monto de los créditos a cargo del Comerciante, tendrán derecho a solicitar al juez el nombramiento de un interventor, cuyos honorarios serán de quien o quienes lo soliciten.

Etapa de Conciliación: La etapa de conciliación tendrá una duración de 185 días a contar de la publicación de la sentencia de concurso mercantil y se podrá prorrogar hasta por un año y será dirigida por un conciliador designado para tal efecto por el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles (en adelante el Instituto), mediante un procedimiento aleatorio.

- **PERÚ**

El primer efecto de la declaración en concurso mercantil será que a partir de la fecha de publicación de la resolución que acoge el concurso, se suspenderá la exigibilidad de todas las obligaciones que el deudor tuviera pendientes de pago a dicha fecha, aplicándose a éstas la tasa de interés que fuese pactada por la Junta de estímarlo pertinente. En este caso no se devengarán intereses moratorios por los adeudos mencionados, ni tampoco procederá la capitalización de intereses (A.17.1).

La suspensión durará hasta que la Junta apruebe el Plan de Reestructuración, el Acuerdo Global de Refinanciación o el Convenio de Liquidación.

El patrimonio del deudor sometido a concurso no podrá ser objeto de ejecución forzosa, en los términos establecidos por la ley (A.18.4).

Tampoco procederá la ejecución judicial o extrajudicial de bienes del deudor afectados por garantías (A.18.6).

El juez declarará ineficaces, y en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso,

- i) que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor,
- ii) perjudiquen su patrimonio, y
- iii) que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación (A.19).

Declarado el concurso, el deudor deberá presentar toda la información relativa a la empresa, a la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

Los acreedores con crédito reconocido podrán designar auditores elegidos entre una terna de profesionales con registro en INDECOPI, para que supervise el plan de reestructuración e informe mensualmente a INDECOPI y a los acreedores sobre la situación y proyección de la empresa. Los honorarios serán asumidos como gastos de administración. (A. 35).

- **CHILE**

En el caso de Chile, el primer efecto que produce la quiebra es el llamado **desasimiento** mediante el cual el fallido queda inhabilitado de administrar y disponer de los bienes afectos al concurso, facultades que pasan de pleno al síndico, que lo sustituye y representa.

Esto con el objeto señalado inicialmente que gobierna nuestra legislación, cual es, realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona a efecto de proceder al pago ordenado de sus créditos, con estricta sujeción a los órdenes de prelación establecidos en la ley.

El concepto del desasimiento se desprende del artículo 64 de la Ley de Quiebras y de él se pueden desprender las siguientes conclusiones:

- 1° El fallido no pierde el dominio de los bienes;
- 2° Los efectos del desasimiento se producen *ipso jure*, de pleno derecho al declararse la quiebra; y
- 3° En virtud del desasimiento el síndico queda como administrador de los bienes del fallido afectos al concurso.²³

El desasimiento comprenderá los bienes presentes del fallido, a excepción de los inembargables. Respecto de los bienes futuros del fallido, el artículo 65 de la Ley de Quiebras solo comprende los bienes futuros adquiridos a título gratuito. Con respecto

²³ *Curso de Derecho de Quiebras*. Álvaro Puelma Accorsi. Editorial Jurídica. Pag. 85.

a los bienes futuros adquiridos a título oneroso no están comprendidos en el desasimiento, pero pueden ser sometidos a intervención, y los acreedores sólo tienen derecho a los beneficios líquidos que se obtengan, dejándose al fallido lo necesario para sus alimentos. Esta exclusión se justifica, pues fomenta el trabajo del fallido y favorece a los acreedores.²⁴

En cuanto a los contratos celebrados por el fallido, la norma general es que la quiebra no es causal de resolución o terminación de los contratos pendientes en su ejecución al momento de su declaración.

En aquellos casos en que el fallido es acreedor, el síndico lo representará y deberá proceder a cobrar judicial y extrajudicialmente lo que se le debe al fallido. (Art. 27 N° 10).

En aquellos contratos bilaterales en que el fallido es a la vez deudor y acreedor y existen obligaciones y derechos pendientes, se deberá distinguir si el contrato resulta o no beneficioso para la masa. En el primer caso el síndico podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones, siempre y cuando a su vez cumpla con las obligaciones que le correspondían al fallido. En el segundo caso, al contratante del fallido solo le cabrá demandar el cumplimiento forzado o la resolución con la indemnización de perjuicios. Si lo que se debe al demandante es dinero, el acreedor deberá verificar un crédito.²⁵

5. Ordenes de Prelación

Los órdenes de prelación de crédito, son generalmente, transportados de la legislación común al derecho de quiebras. Así, por ejemplo en nuestra legislación, los órdenes de prelación los establece el Título XLI del Código Civil, y de ahí los toma la ley de quiebras y lo hace suyo.

- **EE.UU.**

La igualdad en la distribución es un término que se utiliza mucho en los textos y artículos sobre derecho de quiebras, no obstante como en la Granja de los Animales de Orwell, en la quiebra algunos acreedores son más iguales que otros. Algunos acreedores sin garantía serán plenamente satisfechos antes que otros.

§ 507 (a) y § 726 (a) (1) establecen los órdenes de prelación, de manera que cada clase con prioridad debe ser pagada absolutamente antes de proceder al pago de la clase que la sigue. Si no existen fondos para satisfacer en su totalidad a una clase determinada, se aplicara la regla de distribución a pro rata de los créditos.

²⁴ Puelma Accorsi, ob. cit. Pag.88.

²⁵ Puelma Accorsi, ob.cit. Pág. 91.

En un caso de liquidación o *chapter 7*, § 726 establece los órdenes a seguir:

- 1) En primer lugar se deben pagar las prioridades establecidas en el § 507 (a) (1): Gastos administrativos, costos y honorarios del *trustee*, honorarios del abogado del deudor, impuestos en que incurra el *trustee* en la operación de la quiebra, y algunos gastos limitados que tengan relación con algunos acreedores.
- 2) En segundo lugar, y solo si el inicio del caso ha sido involuntario, se aplica el 507 (a) (2).
- 3) Si el inicio del caso ha sido voluntario, se pasa directamente al 507 (a) (3), que se refiere a los sueldos de los trabajadores, indemnizaciones y otros beneficios salariales, los cuales estarán sujetos a ciertas limitaciones: a) Ingresos que se hubieren generado dentro del plazo de noventa días a contar de la petición y b) Por un monto máximo de US\$ 4,650 por trabajador.
- 4) 507 (a) (4) Contribuciones a los planes de retiro de los empleados, sujeto a las siguientes limitaciones: a) Correspondiente a los servicios rendidos dentro de los 180 días anteriores a la petición y b) Limitado al monto total pagado de acuerdo al 507 (a) (3) más el total de beneficios pagados a otros empleados. Este pago se hace al plan de beneficio y no directamente a los empleados.
- 5) 507(a) (5) Beneficio específico para los agricultores y pescadores.
- 6) 507 (a) (6) Consumidores que hicieron un depósito por adelantado a cambio de un bien o un servicio que nunca se otorgó.
- 7) La mujer del deudor y sus hijos tienen séptima prioridad para el pago de pensiones alimenticias.
- 8) Ciertos impuestos específicos gozan del octavo lugar en las prioridades.
- 9) El noveno y último lugar le corresponde a ciertas instituciones federales de depósito y es de limitada aplicación.

En consecuencia, para pagar a una categoría de acreedores, la categoría que la precede debe haber sido íntegramente pagada, y una vez pagadas las nueve preferencias referidas, se procederá con el saldo si lo hubiere, a pagar a los valistas a *pro rata* de sus créditos.

- **MÉXICO**

La ley mexicana, por su parte, establece cuatro categorías de acreedores: I) Los singularmente privilegiados; II) Con garantía real; III) Con privilegio especial y IV) Comunes. Entre los primeros sólo se encuentran los gastos de entierro y de enfermedad que haya causado la muerte. Luego se establece una preferencia absoluta de los acreedores con garantía real, por sobre las clases que los siguen (por ej. con preferencia de los créditos laborales).

- **PERÚ**

El artículo 42 de la ley Peruana establece para el caso de disolución y liquidación los órdenes de preferencia en el pago de los créditos:

Primero: Remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, aportes impagos al Sistema Privado de Pensiones o a los regímenes provisionales administrados por la Oficina de Normalización Provisional.

Segundo: Los créditos alimentarios hasta una Unidad Impositiva Tributaria mensual.

Tercero: Los créditos garantizados con hipoteca, prenda, anticresis, *warrants*, derecho de retención o medidas cautelares que recaigan sobre bienes del deudor.

Cuarto: Los créditos de origen tributario del Estado, incluidos los de seguro social de Salud, sean tributos, multas, intereses, moras, costas y recargos.

Quinto: Los créditos no comprendidos en los órdenes precedentes; y la parte de los créditos tributarios que se transfieran al quinto orden, y el saldo de los de la tercera clase que exceda el valor de realización o de adjudicación de los bienes.

No obstante el orden de prelación señalado, la ley indica que dicho orden de preferencia no será de aplicación en los casos en que se hubiese acordado la reestructuración, con excepción de la distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencias de activos fijos del deudor (A.69.1).

Los acreedores preferentes podrán renunciar al orden de cobro de los créditos que les corresponde cuando así lo manifiesten de manera indubitable, pudiendo exigir garantías suficientes para decidir la postergación de su derecho preferente de cobro. En el caso de los derechos laborales, dicha renuncia es inválida (A.69.2).

En el evento de liquidación, los créditos de primer orden se pagan a prorrata y proporcional al porcentaje que representen sus acreencias (A.88.3).

Los créditos del segundo, cuarto y quinto orden, se pagan al interior de cada orden de preferencia a prorrata entre los créditos del orden respectivo (A.88.4).

Salvo que existan créditos preferentes pendientes de pago, para el pago de los créditos del tercer orden se aplicarán los bienes que garantizan su crédito (A.89.1).

Cuando se hayan pagado todos los créditos el liquidador deberá entregar a los accionistas o socios del deudor los bienes sobrantes de la liquidación y el remanente, si lo hubiere (A.88.10).

- **CHILE**

Según vimos, el artículo 1° de la Ley del ramo el juicio de quiebras tiene por objeto proveer al pago de las deudas de un fallido en los casos y formas determinados por la ley, y agrega el artículo 147 de la ley “que los acreedores serán pagados en la forma y orden de 37 preferencia establecidos por las leyes.” En definitiva, y salvo las excepciones contenidas en otros cuerpos legales o en la propia ley de quiebras, la prelación en el pago de los créditos del fallido será la que se establece en el Título XLI del Libro IV del Código Civil, relativo a la prelación de créditos.

Créditos de la Primera Clase:

1. Las costas judiciales que se causen en interés general de los acreedores.
2. Las expensas funerales necesarias del deudor difunto.
3. Los gastos de enfermedad del deudor.
4. Los gastos en que se incurra para poner a disposición de la masa los bienes del fallido, los gastos de administración de la quiebra, de realización del activo y los préstamos contratados por el síndico para los efectos mencionados.
5. Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares.
6. Las cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin, como asimismo, los créditos del fisco en contra de las entidades administradoras de fondos de pensiones por los aportes que aquél hubiere efectuado de acuerdo con el inciso tercero del artículo 42 del decreto ley N. 3.500, de 1980.
7. Los artículos necesarios de subsistencia suministrados al deudor y su familia durante los últimos tres meses.
8. Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas;
9. Los créditos del fisco por los impuestos de retención y de recargo.²⁶

Créditos de la segunda clase: A la segunda clase de créditos pertenecen los de las personas que en seguida se enumeran:

1. El posadero sobre los efectos del deudor introducidos por éste en la posada, mientras permanezcan en ella y hasta concurrencia de lo que se deba por alojamiento, expensas y daños.
2. El acarreador o empresario de transportes sobre los efectos acarreados, que tenga en su poder o en el de sus agentes o dependientes, hasta concurrencia de lo que se deba por acarreo, expensas y daños, con tal que dichos efectos sean de la propiedad del deudor. Se presume que son de la propiedad del deudor los efectos introducidos por él en la posada, o acarreados de su cuenta.
3. El acreedor prendario sobre la prenda²⁷

²⁶ *Código Civil Chileno*, Art. 2472

²⁷ *Código Civil Chileno*, Art. 2474

Créditos de la tercera clase: A esta clase de créditos pertenecen los acreedores hipotecarios.

Créditos de la cuarta clase:

1. Los del Fisco contra los recaudadores y administradores de bienes fiscales;
2. Los de los establecimientos nacionales de caridad o de educación, y los de las municipalidades, iglesias y comunidades religiosas, contra los recaudadores y administradores de sus fondos;
3. Los de las mujeres casadas, por los bienes de su propiedad que administra el marido, sobre los bienes de éste o, en su caso, los que tuvieren los cónyuges por gananciales.
4. Los de los hijos sujetos a patria potestad, por los bienes de su propiedad que fueren administrados por el padre o la madre, sobre los bienes de éstos.
5. Los de las personas que están bajo tutela o curaduría contra sus respectivos tutores o curadores;
6. Los de todo pupilo contra el que se casa con la madre o abuela, tutora o curadora, en el caso del Artículo 511.²⁸

6. Convenio o Plan de Reorganización

- **EE.UU.**

Aun cuando el *chapter 11* no exige que cada acreedor apruebe, el plan e incluso permite la aprobación de un plan al que se han opuesto la mayoría de los acreedores mediante el denominado *cram down*, si exige que los acreedores sean adecuadamente informados y tengan la oportunidad de votar en el plan.

La premisa es que si los acreedores son debidamente informados de las circunstancias del deudor y del plan propuesto, ellos serán quienes deban determinar si el plan es bueno o no, y en consecuencia la corte de quiebras no revisa el plan antes de ser remitido a los acreedores. Eso sí, revisa que la información que se entrega a los acreedores sea la correcta y adecuada para llegar a un juicio informado. En consecuencia, *full disclosure* es la premisa y los acreedores deben recibir:

²⁸ Código Civil Chileno, Art.2481

- a) Una copia o un resumen del plan propuesto;
- b) Una declaración escrita revelando la información razonablemente necesaria del deudor para un inversionista razonable, tomando en consideración, el estado de los libros del deudor, el grado de sofisticación del acreedor y la naturaleza y complejidad del plan propuesto.

El plan de reorganización será votado tanto por los acreedores como por los accionistas.

Se establecen algunos casos en que la votación no es necesaria:

- a) Si hay una clase de acreedores que no recibirá nada se estimará que rechaza el plan, sin necesidad de votar, y
- b) Si una clase de acreedores no es afectada por el plan (*impaired*) se estimará que lo aprueba, sin necesidad de votación.

Para aprobar el plan se requiere que la clase de acreedores que corresponda lo apruebe por más de la mitad de los acreedores que representen al menos los dos tercios del total del pasivo que corresponda a la clase respectiva.

Una vez aprobado el plan por los acreedores se requerirá la confirmación del plan por la Corte. Las facultades del juez de quiebras son tan amplias como para aprobar un plan que no obtuvo las mayorías (*cram down*) y rechazar un plan que sí las obtuvo.

Se establecen ciertos estándares que el juez debe seguir. Este debe rechazar un plan, aun cuando fuere aprobado, si el propósito ha sido la evasión de impuestos o evitar el registro de ciertos valores. § 1129 establece trece requisitos para la aprobación del plan. Los más importantes son: a) Se requiere que aquellos acreedores disidentes del plan reciban al menos lo que habrían recibido en caso de liquidación bajo el capítulo 7. b) Se establecen ciertos requisitos mínimos para los acreedores de créditos preferentes como el de los gastos administrativos, salarios, y ciertos acreedores de créditos de consumo, los cuales deben ser pagados en efectivo a la aprobación del plan. c) Se fija un requisito de factibilidad que permita a la corte determinar que el cumplimiento del plan es posible y que no devendrá en una liquidación inmediata o próxima. d) Se exige el consentimiento de al menos una de las clases afectadas.

Aún cuando no se cuente con el voto favorable de cada clase, el plan podrá ser aceptado de acuerdo al llamado *cram down*. Para ello será necesario que:

- a) Al menos una clase afectada haya aceptado el plan;
- b) Que el plan no discrimine injustamente, y
- c) Que el plan sea justo y equitativo.

En cuanto a las acciones e impugnaciones que contra el convenio pueden tomar diversos acreedores o el propio deudor, señala Douglas Baird (U. de Chicago), que las decisiones del juez de quiebra son apelables ante el juez de distrito. Sin embargo, esto es algo engañoso.

La revisión de las apelaciones toman tiempo, y la mayoría de las apelaciones en casos de quiebra- como la decisión de liquidar o cerrar la empresa o otorgarle a los ejecutivos un mes más de operación- son esencialmente sensibles en términos de

tiempo y en la práctica resultan ser decisiones definitivas y, en consecuencia, la apelación carece de sentido, toda vez que no afectará los derechos de los terceros que hubieren actuado de buena fe. Por ejemplo si se revierte la decisión del juez de la quiebra no se afectará la validez de una venta. En el mismo sentido si se revierte, mediante la apelación, una orden aprobando el financiamiento de un deudor bajo el capítulo 11, la decisión no afectará los derechos del otorgante del crédito que actuó de buena fe y las apelaciones de dichas resoluciones finalmente carecen de sentido, ya que la corte no puede otorgar una compensación significativa. Estas disposiciones son fundamentales para permitir a los deudores bajo el capítulo 11 vender bienes o solicitar créditos cuando existen apelaciones pendientes. De lo contrario nadie haría negocios con un deudor en quiebra si el negocio pudiera quedar sin efecto posteriormente por el resultado de la apelación. El efecto práctico de esto es que se le otorgan al juez de la quiebra enormes facultades.²⁹

- **MÉXICO**

El sistema concursal mexicano establece un plazo de conciliación entre el deudor y los acreedores, desde que se acoja la solicitud de concurso mercantil, de manera tal que las partes tengan un período para alcanzar un acuerdo y en el cual se encuentren suspendidas las ejecuciones en contra del deudor.

Etapas de conciliación: La etapa de conciliación tendrá una duración de 185 días corridos desde que se haga la última publicación que acoge el concurso mercantil.

El conciliador o los acreedores que representen a lo menos dos terceras partes del monto total de los créditos, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días corridos a contar de la fecha en que concluya el plazo antes referido, cuando consideren que el convenio está próximo a ocurrir. El comerciante y el 90% de los acreedores podrá solicitar al juez una ampliación de hasta noventa días más de la prórroga referida en el párrafo anterior.

En ningún caso el plazo de la etapa de conciliación y sus prórrogas podrá exceder de trescientos sesenta y cinco días corridos desde la fecha de publicación de la sentencia de concurso mercantil.

El rol del conciliador será procurar que el comerciante y sus acreedores reconocidos lleguen a un acuerdo y podrá solicitar la terminación anticipada de la etapa de conciliación cuando considere que existe una falta de disposición de parte del comerciante o de los acreedores para suscribir un convenio (A. 148 y 150).

El comerciante podrá celebrar convenios con los trabajadores siempre que no agraven los términos de las obligaciones a cargo del comerciante, y podrá solicitar a las autoridades fiscales condonaciones o autorizaciones relativas al pago de obligaciones fiscales (A.152).

Declarado el concurso mercantil serán nulos los convenios particulares entre el comerciante y cualquiera de sus acreedores (A.154).

²⁹ *Elements of Bankruptcy*. D. Baird. Pag. 27.

Podrán suscribir el convenio todos los acreedores reconocidos y no será necesario que se reúnan a votar.

Aprobación del convenio: Para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por el Comerciante y sus acreedores reconocidos que representen más del 50% de la suma de: i) El monto reconocido de la totalidad de los acreedores reconocidos comunes, y ii) El monto reconocido de aquellos acreedores reconocidos con garantía real y privilegio especial que suscriban el convenio (A.157).

Acreedores que no podrán rechazar el convenio: El convenio se considerará suscrito por todos aquellos acreedores reconocidos comunes, sin que se admita manifestación alguna en contrario por su parte, cuando el convenio prevea el pago de la totalidad de lo adeudado a la fecha en que surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha de aprobación del convenio (A.158).

Condiciones mínimas para acreedores que no suscriban el convenio: El convenio solo podrá estipular para los acreedores que no suscriban el convenio lo siguiente:

- a) Una espera, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración máxima igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos que hubieren suscrito el convenio y que representen al menos el 30% del monto reconocido que corresponda a dicho grado.
- b) Una quita, del saldo principal e intereses, igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el 30% del monto reconocido a los acreedores reconocidos comunes que suscribieron el convenio (A.159).

Acreedores con garantía real que no suscriban el convenio: Aquellos acreedores reconocidos con garantía real que no hayan participado en el convenio, podrán iniciar o continuar con sus ejecuciones, a menos que el convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 o el pago del valor de su garantía. En este último caso, cualquier excedente será considerado como crédito común y estará sujeto a las normas de dichos créditos.

Suscripción del convenio: El conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable del comerciante y de la mayoría de acreedores reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los acreedores por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta, y en su caso, suscriban el convenio.

Transcurridos el plazo de siete días contados a partir de que venza el plazo previsto en el párrafo anterior, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente

suscrito por el comerciante y al menos la mayoría de los acreedores reconocidos requerida.

El juez al día siguiente de que se le presente el convenio lo pondrá a la vista de los acreedores reconocidos por el término de cinco días a fin de que, en su caso:

- a) Presenten las objeciones que consideren pertinentes, respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento, y
- b) Se ejerza el derecho a veto a que se refiere el artículo siguiente (A. 162).

Derecho a veto: El convenio podrá ser vetado por una mayoría simple de acreedores reconocidos comunes, o bien por cualquier número de éstos, cuyos créditos reconocidos representen, conjuntamente al menos el 50% del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores.

No podrán ejercer el derecho a veto los acreedores reconocidos comunes que no hayan suscrito el convenio, si en éste se prevé el pago de sus créditos en los términos del A.158.

Entrada en vigencia del convenio: Transcurrido el plazo de 5 días que establece el artículo 162, el juez verificará que la propuesta reúna todos los requisitos previstos y que no contravenga disposiciones de orden público. En este caso el juez dictará la resolución que apruebe el convenio. (A.164) El convenio aprobado por el juez obligará:

- a) Al Comerciante.
- b) A todos los acreedores comunes reconocidos.
- c) A los acreedores reconocidos con garantía real que lo hubieren suscrito.
- d) A los acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial para los cuales el convenio haya previsto el pago de sus créditos en los términos del artículo 158.

Con la sentencia de aprobación del convenio se dará por terminado el concurso mercantil y cesará en sus funciones los órganos del mismo. Al efecto, el juez ordenará al conciliador la cancelación de las inscripciones que con motivo del concurso mercantil se hayan realizado en los registros públicos (A. 166).

- **PERÚ**

La Junta de Acreedores tendrá un plazo de 45 días desde que se instale para decidir el destino del deudor (A.58.1) El artículo 53 de la LGSC requiere, para la aprobación del plan de reestructuración, el voto favorable del 66,6% de los créditos reconocidos en la primera convocatoria, y el 66,6% de los créditos asistentes en la segunda convocatoria.

Los restantes acuerdos que se sometan a consideración de la Junta requerirán, en primera convocatoria, del voto favorable de acreedores que representen más del 50% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión. En segunda convocatoria requerirá más del 50% de los créditos asistentes.

Cuando la Junta decida la continuación de las actividades del deudor, éste ingresará a un régimen de reestructuración patrimonial por el plazo que se establezca en el Plan de Reestructuración correspondiente, el cual no podrá exceder de la fecha establecida para la cancelación de todas las obligaciones en el cronograma de pago de obligaciones mencionado en el referido Plan (A. 60).

La Junta deberá determinar además, el régimen de administración temporal del deudor durante su reestructuración patrimonial. Para tal efecto podrá disponer:

- a) La continuación del mismo régimen de administración;
- b) La administración del deudor por un administrador inscrito ante la Comisión;
- c) Un sistema de administración mixta, que mantenga en todo o en parte la administración del deudor e involucre obligatoriamente la participación de personas naturales y/o jurídicas designadas por la Junta (A.61).

Si la Junta opta por mantener la administración en manos del deudor, la Junta podrá designar hasta dos representantes que tendrán la facultad de asistir a las sesiones del Directorio, con derecho a voz y a requerir información relativa a las actividades del deudor que estime convenientes.

Si opta por la administración mixta, designará a las personas que ocuparán los cargos administrativos y directivos que considere pertinentes.

Cualquiera sea el régimen que se adopte, la administración designada se encontrará obligada a remitir trimestralmente la información que oportunamente requiera la Comisión.

Acordada la continuación de las actividades del deudor, la Junta de Acreedores deberá aprobar el Plan de Reestructuración en un plazo no superior a 60 días. La administración del deudor podrá presentar a la Junta más de una propuesta de Plan de Reestructuración (A.65.1; 65.2).

Si la junta no aprueba el Plan de Reestructuración se procederá a la disolución y liquidación por la Comisión (A. 65.3).

El Plan de Reestructuración deberá establecer los mecanismos para llevar a efecto la reestructuración económica financiera del deudor, con la finalidad de extinguir las obligaciones que comprenda el procedimiento y superar la crisis patrimonial. Para ello el plan podrá detallar:

- a) Balance General a la fecha de elaboración del Plan de Reestructuración.
- b) Acciones que se propone ejecutar la administración.
- c) Relación detallada de las obligaciones.
- d) Propuestas para el financiamiento de la inversión requerida para la continuación de la actividad del deudor.

- e) Política laboral a adoptarse.
- f) Régimen de intereses.
- g) Presupuesto que contenga los gastos y honorarios de la administración.

El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta obliga al deudor y a todos sus acreedores comprendidos en el procedimiento, aún cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos (A. 67.1).

Cuando la administración advierta que no es posible la reestructuración patrimonial del deudor, convocará de inmediato a la Junta para que se pronuncie sobre el inicio de la disolución y liquidación. Igual facultad podrá ser ejercida por el o los acreedores que representen cuando menos el 30% de los créditos reconocidos. Este acuerdo deberá contar en primera convocatoria con la aprobación del 66,6 % de los créditos reconocidos y en segunda convocatoria con el 66,6% de los créditos asistentes (A.70).

Por el contrario, estando el deudor en proceso de liquidación, el liquidador podrá constatar la existencia de factores, nuevos o no previstos al momento de la adopción del destino del deudor, que puedan hacer viable la reestructuración del mismo, en cuyo caso informará al Presidente de la Junta para que éste, si lo considera necesario, la convoque a efectos de que ésta adopte la decisión que estime conveniente (A.91.1).

Finalmente la reestructuración patrimonial concluye luego de que la administración del deudor acredite ante la Comisión que se han extinguido los créditos contenidos en el Plan de Reestructuración, caso en el cual la comisión declarará la conclusión del procedimiento y la extinción de la Junta (A.71).

- **CHILE**

Según vimos, el objetivo primordial de la quiebra en Chile, es obtener el pago de los créditos del fallido mediante la realización de sus bienes. Sin embargo, en ocasiones, este objetivo se puede alcanzar de mejor forma fuera de la quiebra que dentro de ella a través de la liquidación de bienes del deudor. De esta forma, mediante los convenios, los acreedores, actuando a través de las mayorías que la ley requiere pueden alzar o evitar la quiebra, mediante un acuerdo alcanzado con el deudor. En definitiva, en Chile los convenios podrían definirse como “acuerdos entre el deudor y la masa de sus acreedores que versan sobre la forma de solucionar el pasivo del deudor, que se adoptan cumpliendo 44 con ciertas solemnidades legales y que tienen por finalidad alzar o impedir la quiebra, y obligan al deudor y a todos sus acreedores, salvo las excepciones legales”.

La característica más particular de los convenios es que escapa a la norma general del derecho civil en el sentido que los contratos solo obligan a las partes que concurren a ellos, toda vez que el convenio no solo obliga a los celebrantes, sino también a los omitidos y disidentes.

Tipos de Convenio: El convenio judicial puede ser de dos clases: preventivo o simplemente judicial.

El convenio preventivo es el que se propone con anterioridad a la declaración de quiebra.

El convenio simplemente judicial es el que se propone durante el estado de quiebra, con el objeto de alzarla.

Las proposiciones de uno y otro deberán ser discutidas y aprobadas en junta de acreedores (A.173).

Quien puede proponer el convenio: Las proposiciones de convenio puede hacerlas el fallido o cualquiera de los acreedores.

El deudor podrá hacer proposiciones de convenio judicial preventivo, siempre que no esté procesado o condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 466 del Código Penal (defraudaciones). Las proposiciones de convenio judicial preventivo las presentará ante el tribunal que sería competente para declarar la quiebra acompañado de todos los antecedentes que requiere el artículo 42 de la ley:

- a) Inventario de los bienes;
- b) Relación de los juicios que tuviere pendientes;
- c) Detalle de las deudas y de los acreedores, y
- d) Una memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de los negocios.

Sobre qué puede versar el convenio: El artículo 178 de la Ley de Quiebras dispone que las proposiciones de convenio pueden versar:

- 1) Sobre la remisión de parte de las deudas.
- 2) Sobre la ampliación de plazos.
- 3) Sobre lo uno y lo otro a la vez.
- 4) Sobre abandono total o parcial de activos.
- 5) Sobre la continuación de la actividad del deudor o la enajenación de los bienes como unidad económica.
- 6) Sobre cualquier otro objeto lícito.

El inciso final del artículo 178 establece que “el convenio será uno mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario”.

Esta norma se ha interpretado en el sentido de que el convenio no puede sino ser uno solo respecto de la totalidad de los acreedores, y que las cláusulas del convenio no pueden discriminar entre las distintas clases de acreedores.

Efectos de la proporción de convenio judicial preventivo: Presentadas las proposiciones del convenio judicial preventivo el tribunal dispondrá que:

- 1) Que el deudor quede sujeto a la intervención de un síndico.
- 2) Que el síndico informe al tribunal sobre las proposiciones del convenio dentro del plazo de treinta días.
- 3) Que los acreedores se presenten dentro del plazo de treinta días con los documentos justificativos de sus créditos.
- 4) Que los acreedores concurran a una junta para votar el convenio.

La norma general es que la tramitación de las proposiciones de cualquier convenio no embaraza el ejercicio de las acciones que se dirijan en contra del deudor, no suspende los procedimientos de la quiebra o juicios pendientes, ni obsta a la realización de bienes (A.177 inc.1°).

Proposición de convenio judicial preventivo del 177 bis: No obstante lo anterior, si el convenio judicial preventivo se hubiere presentado con el apoyo de la mayoría de los acreedores que representen a lo menos el 51% del total del pasivo, sin excluir, para los efectos de este cálculo, a ninguna clase de acreedores, el deudor no podrá ser declarado en quiebra ni podrá procederse a la realización de sus bienes durante los noventa días siguientes a la notificación por avisos de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a junta para deliberar sobre dicha proposición.

En este caso los acreedores privilegiados e hipotecarios no perderán sus preferencias, pero no podrán realizar los bienes del deudor durante el plazo de suspensión antes señalado.

En efecto, si las proposiciones de convenio judicial son presentadas con el apoyo de la mayoría de los acreedores y que representan el 51% del total del pasivo, incluyendo, sin excepción, todo el pasivo para el cómputo de esta mayoría, el deudor no puede ser declarado en quiebra ni pueden realizarse sus bienes durante los noventa días siguientes a la notificación del aviso de la resolución en que el tribunal cite a los acreedores a la junta para deliberar sobre la oferta del convenio.

Como puede observarse, las exigencias para que opere esta suspensión son tales, que constituyen una garantía de aprobación anticipada del convenio.³⁰

Aprobación del convenio: Solo los acreedores cuyos créditos estuvieren reconocidos tendrán derecho a votar en el convenio, los que figurarán en una nómina que para tal efecto presentará el síndico.

El convenio se considerará aceptado cuando cuente con el consentimiento del fallido y reúna en su favor los votos de dos tercios o más de los acreedores concurrentes, que representen las tres cuartas partes del total del pasivo con derecho a voto, excluidos los acreedores privilegiados, hipotecarios o prendarios y los que gocen del derecho

³⁰ Puga Vial, Juan Esteban. Ob. Cit. Pág. 235.

legal de retención, siempre que dichos acreedores no hayan tomado parte en el convenio. Estos últimos podrán asistir a la junta y discutir las proposiciones del convenio, y podrán también votar si renuncian los privilegios o preferencias de sus respectivos créditos. El mero hecho de votar importará de derecho esta renuncia (A.180 y 181).

Impugnación del convenio: El convenio podrá ser impugnado por cualquier acreedor que no haya concurrido a la junta o que haya disentido del voto de la mayoría, dentro de los ocho días siguientes a que se notifique su acuerdo, si alegare alguna de las causales siguientes:

- a) Incapacidad legal del deudor para proponerlo.
- b) Defectos en la forma y error en el cómputo de las mayorías.
- c) Falsedad o exageración del crédito o incapacidad de quien concurrió a votar el convenio, si excluido este acreedor hubiere de desaparecer la mayoría.
- d) Inteligencia fraudulenta entre uno o más acreedores y el deudor para votar a favor del convenio o para abstenerse de concurrir.
- e) Error u omisión sustancial en las listas de bienes o de acreedores (A.186).

Vigencia del convenio: El convenio entrará a regir desde que quede ejecutoriada la resolución que deseche la impugnación o la resolución que lo declare aprobado (A.190).

7. Figuras Penales Asociadas a las Quiebras

La existencia de delitos asociados a la quiebra dicen comúnmente relación con conductas dolosas encaminadas a defraudar a los acreedores.

- **EE.UU.**

En el *Bankruptcy Code* no existe un capítulo referido a figuras penales, no obstante la existencia de delitos relacionados con la quiebra va generalmente asociadas a estafas a los acreedores y al quebrantamiento de la obligación de revelar la existencia de bienes (*full disclosure*), mencionado anteriormente, sanciones que se encuentran en otros textos legales.

La falta de revelación total puede gatillar en un caso extremo la imposición de sanciones penales por hacer dolosa y fraudulentamente efectuar una declaración falsa en un caso de quiebra.³¹

³¹ *Elements of Bankruptcy*. D. Baird. Pag. 10.

- **MÉXICO**

El título undécimo de la Ley Mexicana se refiere exclusivamente a los aspectos penales del concurso mercantil, estableciendo penas de cárcel para aquellos comerciantes que mediante actos o conductas dolosas agraven el estado de incumplimiento general de las obligaciones, y señalando asimismo, presunciones legales que afectan al deudor comerciante.

El Comerciante declarado, por sentencia firme, en concurso mercantil, será sancionado con pena de uno a nueve años de prisión por cualquier acto o conducta dolosa que cause o agrave el incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el comerciante ha causado o agravado dolosamente el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones cuando lleve su contabilidad en forma que no permita conocer su verdadera situación financiera; o la altere, falsifique o destruya. El juez tendrá en cuenta para individualizar la pena, la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores y su número (A.271).

Incurrirá también en penas de uno a tres años el comerciante o el administrador, director o gerente de la persona jurídica en concurso, que requerido por el juez del concurso mercantil, no ponga a su disposición la contabilidad dentro del plazo que se lo hubieren requerido, salvo que demuestre que le fue imposible por caso fortuito o fuerza mayor (A.272 y 273).

También existe un delito que sanciona con penas de uno a nueve años al que solicite en concurso mercantil el reconocimiento de un crédito inexistente o simulado (A.274).

- **PERÚ**

No existe en la Ley General del Sistema Concursal Peruana un título que trate sobre los delitos asociados a la quiebra y el delito de quiebra fraudulenta se encuentra tratado en el Código Penal. Hay tan solo algunas normas que hacen referencia a los delitos establecidos en el Código Penal.

Es así, por ejemplo, que el artículo 83 de la LGSC, establece, entre las “atribuciones y facultades” del Liquidador: h) Formular las denuncias pertinentes ante el Ministerio Público si constata la existencia de elementos que hicieran presumir la comisión de actos dolosos o fraudulentos en la administración del deudor, o que podrían dar lugar a la quiebra fraudulenta de la misma, según la regulación contenida en el Código Penal, lo que deberá ser puesto en conocimiento de la Junta.

Asimismo, el artículo 101 señala que para que se rehabilite el deudor, esto es para que cese el estado de quiebra, deberán transcurrir cinco años desde la declaración de quiebra, y se deberá acreditar que no ha sido condenado por los delitos previstos en los artículos 209, 211, 212 y/o 213 del Código Penal.

- **CHILE**

En la legislación concursal Chilena se establecen tres tipos de quiebras:

- la fortuita,
- la culpable, y
- la fraudulenta.

La primera será aquella que proviene exclusivamente de casos fortuito o fuerza mayor.

Las dos últimas son consideradas delito, y para el establecimiento del mismo, la ley se basa en un sistema de presunciones legales, lo cual en materia penal es normalmente inaceptable.

De todas formas, cabe hacer presente que la ley 18.175 suprimió las presunciones de derecho, toda vez que estas resultaban inconstitucionales en materia penal a la luz del artículo 19 N° 3 inciso 6 de la Constitución Política, que expresa: “*La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal*”. No obstante ello, de todas formas, resulta bastante gravoso para el comerciante el sistema de presunciones legales establecido en la legislación vigente, ya que señala numerosas circunstancias que harían presumir legalmente el delito. Otra cosa que llama la atención es que se establece como posible autor de estos delitos a los deudores comprendidos en el artículo 41, esto es a quienes ejercen actividades comerciales, industriales, agrícolas o mineras; sometiendo a quienes no ejercen estas actividades a las disposiciones del Código Penal (Art. 234 LQ). Sin embargo, excepcionalmente, la ley hace extensivo el delito de quiebra culpable y fraudulenta a los gerentes, directores, o administradores, de una persona jurídica declarada en quiebra, o a los factores o representantes de una persona natural, siempre que el giro del fallido quede comprendido en el artículo 41.

Una de las presunciones de culpabilidad de la quiebra es la del deudor comerciante que no ha solicitado su propia quiebra (Art. 219 N° 4 LQ). No obstante, la existencia de estas presunciones, que en muchas ocasiones se basan en la actuación negligente o meramente descuidada del deudor comerciante, resulta ser en muchas ocasiones, lo que desmotiva al deudor comerciante a pedir su quiebra. En efecto, dado que la declaración de quiebra es una condición de procesabilidad en estos delitos, el evitar dicha declaración resulta el modo más eficaz para eludir la acción penal asociada a la quiebra. En consecuencia, existe un perverso incentivo para el deudor comerciante en cuanto a evitar su declaración de quiebra, aún existiendo una evidente insolvencia en el estado de sus negocios.

Finalmente existe una figura penal en el artículo 38 de la ley que establece que el síndico que se concertare con el deudor, con algún acreedor o con un tercero, para proporcionarle una ventaja indebida o para obtenerla para sí, será penado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

D. Segunda Parte: El Caso de Francia y España

1. Principios Generales

- **ESPAÑA**

España cuenta con un sistema concursal que está regulado, en lo fundamental, por una Ley de 1922. El Gobierno español ha ingresado un Proyecto de Ley Concursal que se encuentra en los últimos trámites legislativos y que viene a constituir una reforma global al Derecho Concursal español, introduciendo cambios profundos y acordes con las tendencias modernas en la materia.

Los principios que determinan el contenido del Proyecto son los de unidad legal, de disciplina y de sistema.

- 1) **Principio de “unidad legal”**. La “unidad legal” se observa en las siguientes aspectos del proyecto:
 - a) Se regulan en un sólo texto legal los aspectos materiales y procesales del concurso.
 - b) El Proyecto no distingue entre instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes.
 - c) Permite aplicar determinadas soluciones para que pueda alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso.
 - d) La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, estado en que se encuentra el deudor que no puede cumplir sus obligaciones.
 - e) El sistema legal combina las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.
 - f) La unidad del procedimiento se refleja en su propia estructura, articulada en una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación.
- 2) **Principio de “unidad de disciplina”**. Respecto del principio de “unidad de disciplina”, se destacan los siguientes aspectos:
 - a) Los efectos que produce la declaración del concurso respecto del deudor varían en función de que el concurso se califique como voluntario o como necesario: i. En el caso de **concurso voluntario**, el ejercicio de las

facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención. ii. En caso de **concurso necesario**, el ejercicio de estas facultades se somete a suspensión.

- b) Se establece, en un sentido positivo, el deber del deudor de colaborar con los órganos del concurso. En el caso de personas jurídicas, el Proyecto impone a sus administradores, liquidadores y apoderados generales, los deberes de colaboración e información.
 - c) La declaración de concurso no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor.
 - d) Durante la tramitación del concurso se mantienen los órganos de la persona jurídica deudora. El efecto más severo que el ALC establece es el del embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el Juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas.
 - e) El Proyecto regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de concurso sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado.
 - f) Otra de las novedades más importantes del Proyecto es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado. Naturalmente, los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial, y el convenio sólo les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a ella o al convenio aprobado. De no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía.
 - g) Objeto de especial atención ha sido también la regulación de los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos.
 - h) Cuestión muy importante es la de los contratos de trabajo existentes a la fecha de declaración del concurso y en los que sea empleador el concursado. Se atribuye al Juez del concurso la jurisdicción para conocer de materias que, en principio, son de la competencia de los Juzgados y Tribunales del orden social, pero que, por incidir en la situación patrimonial del concursado y en aras de la unidad del procedimiento, no deben resolverse por separado.
 - i) El Proyecto da un nuevo tratamiento al difícil tema de los efectos de la declaración de concurso sobre los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta.
- 3) **Principio de “unidad de sistema”**. Respecto del principio de “unidad de sistema” debemos considerar:

- a) El Proyecto simplifica la estructura orgánica del concurso. Sólo el Juez y la Administración judicial constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La Junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio, cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada.
- b) La competencia para conocer del concurso se atribuye a los nuevos Juzgados de lo Mercantil, que son creados por el Proyecto.
- c) Los criterios de competencia territorial parten del dato económico real de la ubicación del centro de los intereses principales del deudor.
- d) La Ley Orgánica del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica para la Reforma Concursal, atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente en aquellas materias que se consideran de especial trascendencia para el patrimonio del deudor, aunque sean de naturaleza social, así como las de ejecución y las cautelares cualquiera que sea el órgano del que hubieren dimanado.
- e) La Administración judicial se regula conforme a un órgano colegiado en cuya composición se combina la profesionalidad con la presencia representativa de un acreedor ordinario.
- f) A la Administración judicial se encomiendan muy importantes funciones, que habrá de ejercer de forma colegiada. Cuando la complejidad del procedimiento lo exija, el Juez podrá autorizar la delegación de determinadas funciones en auxiliares.
- g) Se regula también el régimen de responsabilidad de los administradores judiciales frente al deudor y a los acreedores, y el de su separación por causa justa.
- h) Son funciones esenciales de este órgano las de intervenir los actos realizados por el deudor en ejercicio de sus facultades patrimoniales o sustituir al deudor cuando haya sido suspendido en ese ejercicio, así como la de redactar el informe de la Administración judicial al que habrán de unirse el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y, en su caso, la evaluación de las propuestas de convenio presentadas.
- i) La Administración judicial habrá de pronunciarse sobre la inclusión de todos los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento.

- **FRANCIA**

El Derecho Concursal francés (*droit des entreprises en difficultés*) se encuentra contenido en:

- 1) **Ley N° 84-148**, Ley sobre Prevención y Convenio Amistoso en caso de Dificultades de las Empresas, de 1° de marzo de 1984;
- 2) **Ley N° 85-98**, Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de Empresas, de 25 de enero de 1985;

- 3) **Ley N° 85-99** sobre Administradores Judiciales, Mandatarios-Liquidadores y Expertos en diagnóstico de empresas, de 25 de enero de 1985; y
- 4) **Ley N° 94-475**, Ley sobre Prevención y Tratamiento de Dificultades de las Empresas, de 10 de junio de 1994, que vino a modificar las dos primeras leyes.

Con todo, actualmente y desde el 18 de septiembre del año 2000 (Ordenanza N° 2000-912) la legislación relativa al Derecho Concursal se encuentra agrupada en el Libro VI del Código de Comercio Francés bajo el título “*Des difficultés des entreprises*”.

El objetivo fundamental de la legislación francesa es la conservación de la empresa. Sin embargo, la legislación intenta conciliar un triple interés: (1) de la empresa, manteniendo a las empresas en operación, (2) de los trabajadores, preservando el empleo, y (3) de los acreedores, permitiendo la ejecución de los contratos de créditos.

Al respecto, el artículo 1° de la Ley N° 85-98, dispone que se crea un procedimiento judicial "dirigido a permitir el salvataje de la empresa, el mantenimiento de la actividad y el empleo y la satisfacción del pasivo".

Los objetivos que el legislador tuvo en la mira al reformar el derecho concursal con la dictación de la Ley N° 94-475 de 1994 fueron los siguientes: 1) Dotar de mayor eficiencia a los mecanismos de prevención; 2) Acelerar y simplificar el procedimiento concursal; 3) Mejorar la suerte de los créditos, particularmente, aquellos créditos con garantía hipotecaria; 4) Reducir los efectos de contagio que suponen las insolvencias en cadena; y 5) Mejorar los planes de saneamiento, evitando que desemboquen en liquidaciones diferidas.

2. Etapa Pre-Concursal

- **FRANCIA**

Antes que se produzca la cesación de pagos no corresponde acudir a procedimientos colectivos, sino que para esta fase pre-concursal la Ley de 1984 contempla mecanismos de prevención y alerta, y estimula el acuerdo entre el deudor y sus acreedores mediante un **arreglo amistoso** (*règlement amiable*), cuyos principios rectores son la rapidez y la discreción. En efecto, la legislación francesa contempla la figura de los **convenios informales** para el caso de aquellas empresas que tienen dificultades financieras, para lo cual se designa a un *conciliador* que tiene como tarea fundamental acercar la posición del deudor con la de sus acreedores, con el objeto de llegar a un arreglo sin necesidad de acudir al proceso judicial formal de la quiebra.

Este sistema preventivo se articula sobre la base de un sistema de información que permita previsiones fiables sobre la situación financiero-patrimonial de la empresa. Entre los mecanismos de alerta tiene un papel muy importante el deber de control impuesto a los auditores de cuentas. Con todo ello se trata de diagnosticar a tiempo los indicios de que la empresa se encuentra en dificultades financieras, a fin de evitar que se degrade progresivamente. El arreglo amistoso entre el deudor y sus acreedores tiene un carácter marcadamente extrajudicial; sin embargo, desde 1994 cabe acudir al

juez para que éste autorice el acuerdo u ordene la suspensión provisional de los pagos.

La solicitud de convenio informal es formulada por escrito al presidente del Tribunal de Comercio o al presidente del Tribunal de "Gran Instancia", según sea el caso, por el representante legal de la persona jurídica o por el director de la empresa.

La solicitud expone las dificultades jurídicas, económicas o financieras por las que atraviesa la empresa, así como las medidas de saneamiento previstas, y las demoras en los pagos o las cancelaciones de deudas que permitirían la puesta en marcha de dichas medidas.

Una vez recibida la demanda, el presidente del Tribunal convoca al representante legal o al director de la empresa con el objeto de recibir de ellos las explicaciones pertinentes. De dicha solicitud se informa al procurador de la República.

El presidente del Tribunal de Comercio puede encomendar al **experto** que él designe, la elaboración de un reporte sobre la situación económica, social y financiera de la empresa, y no obstante cualquier disposición legal o reglamentaria en contra, obtener de las instituciones de crédito información de cualquier naturaleza sobre la misma. Es importante destacar que a los requerimientos de dicha información no son oponibles el secreto bancario y bursátil.

Del resultado de dicho estudio podría concluirse que la empresa no es rehabilitable y sugerir al juez se dé inicio al proceso de quiebra. En caso de que exista la posibilidad de llegar a un arreglo, el presidente del Tribunal abre el proceso de arreglo amigable y designa a un conciliador por un periodo que no excederá de tres meses, prorrogable por un mes más, cuyo objetivo es lograr un acuerdo entre la empresa y sus acreedores.

Para tales efectos, el presidente del Tribunal podrá proporcionar al conciliador la información de la que dispone, y, en su caso, los resultados del estudio realizado por el experto.

En el caso de que el conciliador considere que una suspensión provisional de las acciones de cobro iniciadas en contra de la empresa, pudiera facilitar la celebración de un acuerdo, el conciliador puede someter dicha suspensión a la consideración del presidente del Tribunal, el cual podrá emitir una providencia que conceda la suspensión, debiendo recabar previamente la opinión de los acreedores principales.

Dicha suspensión es notificada por el secretario judicial al deudor, y se hace del conocimiento del procurador de la República y de los acreedores, teniendo el efecto de suspender o prohibir cualquier acción legal por parte de los acreedores, a la fecha de la providencia.

La providencia que ordena la suspensión provisional de las acciones de cobro o de cualquier otra naturaleza, también prohíbe al deudor, bajo pena de nulidad, pagar en todo o en parte cualquier crédito, así como liberar los bienes dados en garantía y llevar a cabo cualquier acto de disposición ajeno al manejo normal de la empresa o autorizar una hipoteca o la constitución de una nueva garantía, salvo autorización expresa del presidente del Tribunal.

La prohibición de pagar no incluye a los créditos resultantes de contratos de trabajo.

En aquellos casos en los que se logra un acuerdo entre la empresa y todos sus acreedores, éste podrá ser presentado ante el presidente del Tribunal, quien deberá homologarlo. En el caso en que se logre un acuerdo entre la empresa y únicamente sus principales acreedores, éste puede también ser presentado ante el presidente del Tribunal para que lo homologue y otorgue plazos de pago, para aquellos deudores que no forman parte del acuerdo.

Dicho acuerdo suspende, durante su vigencia, toda acción judicial, así como cualquier diligencia individual sobre los bienes muebles e inmuebles del deudor, con el objeto de obtener el pago de los créditos correspondientes.

En el caso de que no se cumpla con los compromisos derivados del acuerdo, el Tribunal puede decretar la suspensión del mismo, a solicitud de uno o varios acreedores del deudor que formen parte del acuerdo, o bien a solicitud de aquellos acreedores a los cuales, a pesar de que no forman parte de dicho acuerdo, les fueron impuestos plazos de pago por el juez.

El fracaso de la conciliación no constituye por sí sola una causa suficiente para la apertura de un proceso de saneamiento financiero, el cual se iniciará únicamente en el caso de que el deudor se encuentre en estado de cesación de pagos.

Indicadores y negociaciones preliminares: Un elemento interesante de la legislación francesa es la obligación que tienen tanto el Tesoro como la seguridad social de dicho país, de notificar al juez situaciones que pudieran derivar en una situación de insolvencia, tal como sería la falta de pago de impuestos o cuotas de la seguridad social.

En el caso de que la seguridad social no notifique este tipo de incumplimientos al juez, perderá la prioridad en el cobro de sus créditos, en caso de liquidación de la empresa.

Asimismo, el auditor contable tiene que alertar al Tribunal de cualquier situación que ponga en peligro la solvencia de la empresa.

3. Inicio del procedimiento de quiebra

- **ESPAÑA**

Según el proyecto, la declaración de quiebra procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica, procediendo en caso de insolvencia del deudor común, esto es, en caso que el deudor que no puede cumplir sus obligaciones. Si la solicitud de declaración de quiebra la presenta el deudor, se considerará reconocimiento de su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Si la solicitud de declaración de quiebra la presenta en cambio, un acreedor, deberá fundarla en algún título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los hechos específicos que establece la ley.

Pueden solicitar la declaración de quiebra el deudor y cualquiera de sus acreedores. Por excepción, no está legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la solicitud, hubiera adquirido el crédito por actos inter vivos y a título singular, después de su vencimiento. Con todo, el deudor deberá solicitar la quiebra dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia.

Son competentes para conocer de la quiebra el Juez de lo Mercantil en cuya jurisdicción tenga el deudor el centro de sus intereses principales.

En el mismo día o, si no fuera posible, en el siguiente hábil al de su presentación, el Juez examinará la solicitud y, si la estimare completa, resolverá dependiendo quien presentó la solicitud. Si la solicitud fue presentada por el deudor, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. Si, en cambio, la solicitud hubiere sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el Juez dictará providencia admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

Declarado el concurso a solicitud del deudor o admitida a trámite la solicitud de la declaración de concurso presentada por cualquier otro legitimado, el Juez ordenará la formación de la Sección primera, que se encabezará con la solicitud.

En el caso de admisión a trámite de la solicitud, si el deudor emplazado se allanare a la pretensión del solicitante o no formulare oposición en plazo, el Juez dictará auto declarando el concurso de acreedores. La misma resolución adoptará si, con posterioridad a la solicitud de cualquier legitimado y antes de ser emplazado, el deudor hubiere instado su propio concurso.

El deudor podrá basar su oposición en la inexistencia del hecho en que se fundamenta la solicitud o en que, aun existiendo, no se encuentra en estado de insolvencia. En este último caso, incumbirá al deudor la prueba de su solvencia y, si estuviere obligado legalmente a llevar contabilidad, esta prueba habrá de basarse en la que llevare conforme a derecho.

Formulada oposición por el deudor, el Juez, al siguiente día, citará a las partes a una comparecencia, previniéndolas para que comparezcan con todos los medios de la prueba que pueda practicarse en el acto y, si el deudor estuviera obligado legalmente a la llevar contabilidad, advirtiéndolo a éste para que comparezca con los libros contables. La comparecencia se celebrará bajo la presidencia del Juez, dentro de los diez días siguientes a aquél en que se hubiere formulado oposición.

Si el deudor no compareciera, el Juez dictará auto declarando el concurso. Si compareciera, en el caso de que el crédito del acreedor instante estuviera vencido, el deudor consignará en ese mismo acto el importe de dicho crédito a disposición del acreedor, acreditará haberlo hecho antes de la comparecencia o manifestará la causa de la falta de consignación.

Si el solicitante no compareciera, el Juez, teniéndole por desistido, dictará auto de conclusión del procedimiento con imposición de costas. Si compareciera, en caso de

consignación, el Juez interrogará al solicitante sobre si se ratifica en la solicitud. Si el solicitante se ratificase, continuará la comparecencia en la forma prevenida. Si no se ratificase, el Juez dictará auto de conclusión del procedimiento y resolverá sobre las costas.

En caso de falta de consignación y en los que, a pesar de haber sido efectuada, el acreedor se hubiere ratificado en la solicitud, así como cuando el crédito del instante no hubiera vencido o no tuviera éste la condición de acreedor, el Juez oirá a las partes y a sus abogados sobre la procedencia o improcedencia de la declaración de quiebra y decidirá sobre la pertinencia de los medios de prueba propuestos o que se propongan en este acto, acordando la práctica inmediata de las que puedan realizarse en el mismo día y señalando para la de las restantes el más breve plazo posible, sin que pueda exceder de veinte días.

Practicadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el Juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. Contra el pronunciamiento del Juez cabrá, en todo caso, recurso de apelación, que no tendrá efecto suspensivo, salvo que el Juez acuerde la suspensión cautelar.

- **FRANCIA**

En Francia, una empresa con problemas financieros puede someterse a los siguientes procedimientos:

- a) Convenios informales (arreglo amistoso), y
- b) Proceso de quiebra o etapa concursal propiamente tal.

Ahora bien, cuando la etapa pre-concursal de los convenios informales falla, entra en juego la etapa **concursal propiamente tal**. Con él se trata, claro está, de adoptar el tratamiento conveniente de las insolvencias, ya sea a través de la liquidación empresarial para el pago de los créditos, o bien, mediante la reestructuración empresarial (que puede desembocar en la continuación de la empresa o en su cesión).

Esta etapa se articula a través de los procedimientos concursales, de marcado carácter judicial, de los que se ocupa la Ley núm. 85-98, de 25 de Enero de 1985. Esta Ley contempla una diversidad de procedimientos en función de la dimensión de la empresa: (1) uno general, para empresas de grandes dimensiones (con al menos 50 trabajadores o con una cifra de negocios superior a veinte millones de francos); y (2) otro simplificado, para las restantes empresas, que es el que se utiliza mayormente.

Los procedimientos colectivos de saneamiento y liquidación afectan tanto al deudor (limitando su capacidad gestora, si bien durante el período de observación la intensidad de la intervención es variable en función de las necesidades de tutelar los intereses de los acreedores y de garantizar el saneamiento de la empresa), como a sus acreedores (por el litis consorcio activo necesario que comportan).

Una vez producida la cesación de pagos, entonces, entran en juego los procedimientos colectivos (regulados en la Ley N° 85-98). Dentro de este

procedimiento existe una primera **fase de observación**³², a fin de que, mediante un informe del administrador judicial sobre la situación de la empresa, se pueda determinar la realidad de la crisis económica, y en función de lo que resulte de este análisis, el juez decida la **liquidación** (esto es, la liquidación del activo para con su producto pagar el pasivo) o el **saneamiento empresarial** (a través de un *plan de redressement*).

Durante la fase de observación, la empresa continúa su actividad. Sin embargo, cuando la empresa ha cesado totalmente su actividad o su saneamiento es manifiestamente imposible, la Ley de 1994 prevé que se pueda declarar inmediatamente la liquidación judicial sin abrir la fase de observación. En definitiva, entonces, la Ley francesa establece dos alternativas, o el saneamiento judicial o la liquidación judicial inmediata.

El período de observación tiene una duración inicial máxima de seis meses, que puede prorrogarse por otros seis meses y, excepcionalmente, por ocho meses más. Existe, sin embargo, un procedimiento simplificado en el que el período de observación se abrevia a cuatro meses, renovables por otros cuatro, ya que la reducida dimensión de la empresa posibilita un diagnóstico rápido.

Concluida la fase de observación, se abre la **fase definitiva** que puede desembocar en dos soluciones: la liquidación o la rehabilitación (y ésta, a su vez, puede desembocar en la cesión empresarial o la continuación). La opción entre las dos alternativas – liquidación o rehabilitación– depende de la gravedad de las dificultades financieras de la empresa. Si no es posible sanear la empresa, el juez decidirá su liquidación.

Proceso de rehabilitación

Una vez que el juez decide continuar con la rehabilitación de la empresa después del periodo de observación, entonces se le encomendará al administrador la preparación del plan de reorganización, que puede consistir, como ya lo hemos señalado, en continuación o cesión empresarial.

- a) Continuación: Bajo la figura de la continuación, la empresa subsiste como tal bajo los mismos dueños, reestructurando y/o capitalizando sus adeudos. En general, durante la continuación, los directivos de la empresa siguen siendo los mismos, aunque el juez pueda llegar a imponer un cambio de administración.

El juez optará por la continuación sólo si considera que la empresa cuenta con capacidad de generar flujos de efectivo que le permitan pagar sus deudas reestructuradas.

Cuando el plan de reorganización es presentado ante el juez, éste deberá iniciar sesiones con los acreedores y demás partes interesadas, incluyendo a los representantes de los trabajadores, con el fin de recabar sus opiniones sobre el plan, pero no podrán vetarlo. La decisión de adoptar o no el plan radica finalmente en el juez. Es importante señalar que en la continuación, el juez no

³²

El periodo de observación se estima de un mes en aquellos casos que terminan en liquidación, y de siete meses en el caso de que la empresa sea reorganizada.

puede forzar a los acreedores a condonar parte de los créditos, pero sí puede imponer que se reestructuren las fechas de pago.

- b) Cesión empresarial: Un plan de reorganización también puede contemplar la venta de la compañía. De hecho, la legislación francesa facilita la venta (cesión) de la compañía, parcialmente o en su totalidad, como una alternativa de solución a sus problemas financieros.

Los potenciales compradores pueden presentar ofertas tan pronto como comience el proceso de quiebra. Las ofertas deberán proveer los detalles del financiamiento requerido así como los futuros niveles de empleo. La legislación obliga a escoger aquella oferta que asegure el nivel más alto de recuperación para los acreedores y que mantenga el mayor empleo posible.

En la cesión, la administración es removida, las deudas canceladas y la participación accionaria diluida. Finalmente, los activos de la empresa son vendidos en su conjunto al comprador (Repreneur). El precio pagado por dichos activos se utiliza para compensar a los acreedores.

El juez deberá optar por la cesión si cree que la capacidad de la empresa para cubrir sus deudas es muy limitada.

Algunos problemas planteados por la figura de la cesión bajo la Ley de Saneamiento y Liquidación Judicial de las Empresas de 1985, eran los siguientes:

- 1) Los competidores fingían interesarse en la compra de la empresa para obtener información estratégica;
- 2) El nuevo dueño de la empresa vendía valiosos activos y despedía a demasiados trabajadores, y
- 3) En algunos casos el nuevo dueño se coludía con el anterior, quien usaba la Cesión para deshacerse de la deuda de la empresa.

Buscando una solución a la problemática arriba señalada, la ley citada fue reformada en 1994, en los siguientes términos:

- 1) Los créditos garantizados ya no son cancelados en las cesiones, sino que se mantienen como deudas de la empresa reorganizada y deben ser pagados a su vencimiento;
- 2) El nuevo dueño no puede vender bienes que estén dados en garantía, sin que antes se hayan pagado los adeudos, y
- 3) Está prohibido que familiares del antiguo dueño de la empresa la adquieran en cesión.

Asimismo, la nueva ley de 1994 otorgó un mayor poder de negociación a los acreedores, al permitirles nombrar hasta cinco controladores que supervisen el proceso de la quiebra, permitiéndoles apelar el plan de reorganización ante el juez, si a su juicio resultara injusto.

4. Efectos inmediatos de la declaración de quiebra

- **ESPAÑA**

Respecto del deudor: el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se someten a intervención (en caso de concurso voluntario) o se suspenden (en caso de concurso necesario), con sustitución en este último caso por la administración judicial.

Durante la tramitación de la quiebra se mantienen los órganos de la persona jurídica deudora. Los administradores judiciales están legitimados para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. El efecto más severo que el proyecto establece es el del embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el Juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que la quiebra se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas. En general, el Proyecto limita los efectos de la declaración de quiebra, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que beneficien la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al Juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias de cada caso.

El Proyecto regula con criterios de funcionalidad los efectos de la declaración de quiebra sobre los acreedores, ordenando la paralización de las acciones individuales promovidas por éstos contra el patrimonio del concursado. Esta paralización, consecuencia natural de la integración de los acreedores en la masa pasiva de la quiebra, no afecta a las declarativas de los órdenes civil o social ya en tramitación al momento de declararse la quiebra, que continuarán hasta la ejecutoriedad de la sentencia, ni a las de naturaleza contencioso administrativa o penal con trascendencia sobre el patrimonio del deudor, incluso si se ejercitan con posterioridad a la declaración, pero sí a todas las de carácter ejecutivo, incluidos los apremios administrativos o tributarios, que quedarán en suspenso si se hallaren en tramitación, salvo los acordados con anterioridad a la declaración de quiebra, y no podrán iniciarse una vez declarada la quiebra.

Por otra parte, cabe destacar que el proyecto, en relación a los actos realizados por el deudor en periodo sospechoso por su proximidad a ésta, contempla unas específicas acciones de reintegración destinadas a rescindir los actos perjudiciales para la masa activa, perjuicio que en unos casos el proyecto presume y en los demás habrá de probarse por la administración judicial o, subsidiariamente, por los acreedores legitimados para ejercitar la correspondiente acción. Los terceros adquirentes de bienes o derechos afectados por estas acciones gozan de la protección que derive, en su caso, de la buena fe, de las normas sobre irreivindicabilidad o del Registro.

- **FRANCIA**

Bajo el **período de observación**, la empresa y sus principales interesados se sujetarán a las siguientes condiciones:

- a) Existirá una moratoria de pagos a los acreedores;
- b) El juez puede obligar a los proveedores, clientes y bancos a seguir cumpliendo con sus obligaciones contractuales previamente establecidas;
- c) Algunos contratos previos pueden ser cancelados si transcurrieron menos de dieciocho meses antes de la promoción de la quiebra, o en el caso de que se compruebe que se realizaron con el fin de sacar el dinero de la empresa, previendo su quiebra, y
- d) El juez también puede autorizar el despido de trabajadores, si lo considera necesario para la sobre vivencia de la empresa.

5. Órganos de la quiebra

- **ESPAÑA**

El proyecto simplifica la estructura orgánica de la quiebra. Sólo el Juez y la administración judicial constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La Junta de acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio, cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada. La intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la Sección sexta, de calificación del concurso, cuando proceda su apertura.

La reducción de los órganos de la quiebra tiene como lógica consecuencia la atribución a éstos de amplias e importantes competencias. El proyecto configura al Juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el Derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones.

- **FRANCIA**

El principal órgano que interviene el procedimiento concursal es el **Tribunal de Comercio** o su Presidente, de ser el caso. El Tribunal de Comercio es un oficial designado por la autoridad judicial y está encargado de dirigir la reorganización empresarial. Este Tribunal Comercial tendrá una participación principal en todo el proceso, tanto en la administración de los procedimientos concursales como en la adopción de las decisiones más importantes.

En los procedimientos de saneamiento y liquidación judicial el Tribunal de Comercio, decide cuándo debe iniciarse el proceso, designa dos mandatarios y un comisario para la supervisión del Plan de Saneamiento, decreta la implementación del Plan o la liquidación de la empresa, aprueba cualquier modificación que se pretenda introducir al Plan de Saneamiento, decide si se sigue un mecanismo corriente de liquidación o se opta por la cesión de la unidad productiva empresarial, etc.

En el arreglo amistoso (*reglement amiable*), el Presidente del Tribunal cumple un rol distinto, pues debe encargarse de recabar toda información que le permita formarse una idea exacta sobre la situación económica y financiera de la empresa que se acoge al procedimiento, a fin de comunicar los resultados de tal evaluación a un conciliador designado por dicho funcionario, quien tendrá la misión de citar a los acreedores y hacer valer sus buenos oficios para que el deudor logre un acuerdo con sus acreedores.

En suma, las decisiones importantes al interior de los procesos concursales son tomadas por el Tribunal de Comercio, a quien le corresponde decidir sobre la apertura del procedimiento, y en atención al informe elaborado por el administrador judicial en la etapa de observación, decretará un Plan de Saneamiento o decidirá la liquidación de la empresa.

La Ley francesa de 25 de enero de 1985 otorga amplias facultades al Tribunal, concediéndole la posibilidad de decretar tanto la continuación de la empresa mediante el cumplimiento del Plan de Saneamiento, o su cesión o arrendamiento, todo ello bajo la perspectiva de conservar aquellas empresas que se encuentran con dificultades económicas, pero que tienen la posibilidad real de ser saneadas.

Por otra parte, en la etapa concursal intervienen también tres tipos de profesionales:

- 1) los **administradores judiciales**, que se encargan de gestionar (o asistir en la gestión o vigilarla) el patrimonio empresarial sometido al procedimiento de saneamiento judicial;
- 2) los **mandatarios-liquidadores** que, como son mandatarios judiciales para la liquidación de empresas, representan a los acreedores en las operaciones de determinación del pasivo, y realizan los bienes del deudor en caso de liquidación judicial; y
- 3) los **expertos en diagnóstico**, quienes –en la fase preliminar de observación– analizan si la empresa puede ser saneada o si debe liquidarse.

6. Ordenes de prelación

- **ESPAÑA**

El Proyecto de ley español introduce importantes innovaciones en esta materia porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Las excepciones que el Proyecto admite en relación con los créditos, son positivas o negativas. Las **positivas** se concretan en los privilegios por razón de las garantías de que gocen los créditos o de la causa o naturaleza de éstos:

- a) A los acreedores privilegiados, en principio, sólo afectará el convenio con su conformidad y, en caso de liquidación, se les pagará con prioridad respecto de los ordinarios.
- b) Los privilegios se reducen en número, e incluso se limitan en su cuantía, como los tributarios sin privilegio especial y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50% del importe de la masa pasiva).
- c) Los salarios devengados con posterioridad a la declaración de concurso y los de indemnización por extinción del contrato de trabajo, tendrán la consideración de créditos contra la masa y serán satisfechos con preferencia respecto de los créditos concursales. Sin embargo, los créditos salariales correspondientes a los seis meses anteriores a la declaración gozarán de privilegio general. Se pretende, con ello, evitar que los bienes del concursado se consuman totalmente con el pago de los créditos laborales y públicos, a la vez que se fomentan soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública, en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio.

Las excepciones **negativas** son las de los créditos subordinados, que son aquéllos que quedan postergados tras los ordinarios por razón de su tardía comunicación, por pacto contractual, por su carácter accesorio (intereses), por su naturaleza sancionadora (multas), o por la condición personal de sus titulares. Los titulares de estos créditos carecen de derecho de voto en la Junta de acreedores y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los ordinarios.

- **FRANCIA**

De acuerdo con la legislación francesa, el orden de prelación en los pagos es el siguiente:

- a) Salarios caídos, generados durante los sesenta días anteriores a la promoción de la quiebra;
- b) Honorarios del administrador, del liquidador y otras costas legales;
- c) Créditos garantizados;
- d) Créditos contratados después de la promoción de la quiebra;
- e) Impuestos y seguridad social, y
- f) Créditos sin garantías.

7. Convenio o plan de reorganización

- **ESPAÑA**

El convenio es la solución normal de la quiebra que el Proyecto fomenta, con una serie de medidas orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del

acuerdo. Entre las medidas para facilitar esta solución del concurso, destaca la admisión de la propuesta 62 anticipada de convenio que el deudor puede presentar con la propia solicitud de concurso.

Si no se aprueba una propuesta anticipada y el concursado no opta por la liquidación de su patrimonio, se abre la fase de convenio.

El Proyecto es muy flexible en la regulación del contenido de las propuestas de convenio, que podrá consistir en proposiciones de quita o de espera, o acumular ambas. También se van a admitir proposiciones alternativas, como las ofertas de conversión de créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos. Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren, total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses.

Para la aceptación de las propuestas de convenio, el Proyecto prima las que menor sacrificio comportan para los acreedores, reduciendo la mayoría a la relativa del pasivo ordinario. El convenio necesita la aprobación judicial. No obstante, la aprobación del mismo no produce la conclusión del concurso, que sólo se alcanza con el cumplimiento de aquél.

- **FRANCIA**

La legislación francesa, como se señaló anteriormente, contempla la figura de los **convenios informales**, los que fueron explicados en el apartado relativo a la etapa preconcursal en Francia.

8. Liquidación

- **ESPAÑA**

El proyecto concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la del convenio, pero también le impone el deber de solicitar la liquidación cuando durante la vigencia de un convenio conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a su aprobación.

En los casos de apertura de oficio o a solicitud de acreedor, la liquidación es siempre una solución subsidiaria, que opera cuando no se alcanza o se frustra la de convenio.

En la liquidación, el concursado quedará sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición, siendo sustituido por la Administración Judicial.

Para esta fase de liquidación, el Proyecto reserva los clásicos efectos concursales de vencimiento anticipado de los créditos aplazados y conversión en dinero de los que

consistan en otras prestaciones. El proyecto procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa mediante su enajenación⁶³ como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes.

El proyecto también quiere evitar la excesiva prolongación de las operaciones liquidatorias, a cuyo fin impone a la Administración judicial la obligación de informar trimestralmente del estado de aquéllas y le señala un plazo de un año para finalizarlas. Las operaciones de pago a los acreedores se regulan dentro de la fase de liquidación. La regulación legal establece el orden de los pagos con privilegio general, de los ordinarios y de los subordinados.

Francia³³

Si el juez considera que la empresa no puede rehabilitarse, vía continuación o cesión, entonces ordena su liquidación.

En la liquidación, el administrador ya no está a cargo del proceso de quiebra, sino que se nombra a un **liquidador** que estará a cargo de la venta de los activos de la empresa, así como de la distribución de los ingresos derivados de dicha venta entre los acreedores, conforme a los términos que señala la legislación.

³³ De acuerdo con algunas investigaciones empíricas, cerca del 94% de los casos de reestructuración acaban en liquidación. Sin embargo, en el caso de empresas grandes, este porcentaje se reduce al 40%.

V. ESTUDIO DE DATOS DE QUIEBRAS

1. Introducción

La parte empírica de nuestro trabajo estudia los costos directos asociados a los procesos de quiebras. Aunque estos costos representan sólo parte de los costos de las quiebras, tienen importancia pues dan cuenta de los incentivos que los acreedores hipotecarios y valistas en este tipo de situaciones. Por lo tanto, si estamos interesados en hacer planteamientos alternativos a la Ley de Quiebras, debemos estar seguros que ellos generen un aumento en la eficiencia y reducción en los costos de los agentes involucrados.

Los datos recopilados constituyen la primera base de datos de quiebras y sirve como base para estimar los costos directos que el proceso de quiebra acarrea. Adicionalmente, el estudio empírico consideró el análisis de tres casos representativos. Estos casos proporcionaron importante información respecto de los problemas y cuellos de botella que se generan en los procesos de quiebras y que son susceptibles de ser modificados en nuestra búsqueda de la eficiencia económica.

Entre la información obtenida en esta etapa están los montos recuperados, plazos de recuperación, gastos administrativos y de sindicatura de las quiebras identificadas. Todos estos datos fueron obtenidos del Diario Oficial y en los expedientes que maneja la Superintendencia de Quiebras.

Después de depurar la información de los expedientes se procede a calcular las tasas de recuperación de los créditos por orden de prelación, los gastos de sindicatura, el tiempo que toma el proceso de quiebra, los gastos del proceso, el valor de recuperación de la empresa y la pérdida producida por la diferencia entre el valor reconocido de los pasivos y el valor recuperado de los mismos.

2. Resultados Obtenidos

Proceso de Calificación

De un universo total de 1289 quiebras declaradas en el periodo Enero 1990 a Junio 2002 encontramos 506 quiebras llevadas a un proceso de calificación, que representan el 39,3 % de la muestra.

Acuerdos Judiciales Preventivos

En el periodo Mayo 1983 a Junio 2002 se registraron 468 convenios preventivos, de los cuales 77 aparecen como empresas quebradas a Junio del 2002 (16,5%), de lo que se concluye que no se ha cumplido el convenio en este número de empresas. Estos datos han sido obtenidos de una base de datos reciente que maneja la Superintendencia de Quiebras. Las características de los convenios han sido recopiladas en los Tribunales que conocen las causas y de ello se informa más adelante.

Monto y tasa de recuperación según orden de prelación

Se ha definido para la recopilación de datos una muestra de 32 quiebras declaradas y terminadas en el periodo Enero 1990 a Junio 2002, y que además hayan generado un ingreso en la realización de la masa superior a 10.000 UF.

Con la información recabada, se han obtenido las tasas de recuperación de créditos por cada tipo de acreedor.

Costas Judiciales	100 UF art. 44	Acreedores Trabajadores 5,6 y 8	Fisco	Prendario e Hipotecario	Valistas	Total
94%	99%	91%	58%	43%	3%	39%

Información financiera anterior a la quiebra y valor del inventario realizado

Esta información no ha podido ser obtenida por los medios disponibles en la gran mayoría de las quiebras, por esta razón se incluye en la segunda parte del estudio que es la investigación de casos.

Tiempo que demoró el proceso de quiebra

Para medir el tiempo que demora el proceso de quiebra de una empresa se contó en meses el tiempo transcurrido desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la última resolución, encontrando un plazo promedio de 40,7 meses y una desviación estándar de 20,9 meses. Estos datos provienen de nuestra muestra de 32 empresas.

Gastos del proceso de quiebra

Los datos disponibles para estos gastos son las cuentas finales que los síndicos de quiebra entregan a la Superintendencia. De la muestra de 32 quiebras, concluimos que estos gastos representan un 11.1% del valor recuperado en la liquidación de los bienes de la quiebra.

Convenios

De los convenios se ha obtenido información en el Diario Oficial en que se publica un extracto de dicho acuerdo. Además se ha tenido acceso a los expedientes de los Tribunales civiles que conocen de las causas, gracias a lo cual se confeccionó una base de datos con 15 convenios. Los principales aspectos de la base se resumen de la siguiente manera

Casos en estudio	15
Porcentaje de casos en que se propone liquidación ordenada de los activos	60 %
Recuperación promedio propuesta en casos distintos de liquidación ordenada	28,0%
Porcentaje de asistentes a votación (pasivo)	87,3%
Porcentaje de aprobación del convenio según número de asistentes	97,6%
Porcentaje de aprobación del convenio sobre pasivo representado	85,9%

No hay información relativa al pago final del deudor a los acreedores, sin embargo, si un convenio no se cumple, los acreedores pueden pedir la quiebra de la empresa, por lo tanto, podemos asumir que aquellos convenios que no se transforman en quiebra o que no son impugnados, son aquellos que cumplen la propuesta hecha por el deudor. Los convenios que proponen una liquidación ordenada de los activos de la empresa, deberían tener una recuperación similar a una quiebra, ya que es un procedimiento similar, con la principal diferencia de que la administración no recae sobre un síndico, sino sobre una comisión representante de los acreedores.

3. Estudio de Casos

En esta segunda parte del estudio empírico, se han seleccionado 3 casos. Estos casos han sido estudiados en gran detalle. Especial énfasis se puso en el análisis de los cuellos de botella e ineficiencias que la actual legislación de quiebras contiene.

Puntos importantes observados en los casos

- Los acreedores prefieren lograr un convenio preventivo antes que llegar al estado de quiebra. Estos convenios son aprobados por los acreedores, quienes de no lograr un pago parcial a través del convenio, esperan una recuperación de un 0% de su crédito.
- Los estados financieros - cuando existen - reflejan con anterioridad a la quiebra las dificultades financieras que el futuro fallido enfrenta.
- Hay una importante reducción del valor de los activos en el período que va desde que la empresa empieza a tener problemas hasta que quiebra. Además, hay una segunda pérdida - contable al menos - por la diferencia entre el valor contable de los activos y su valor e realización.
- Cuando los acreedores no muestran interés en el proceso de la quiebra, que se evidencia en la baja asistencia a las juntas de acreedores, los costos de administración en que incurre el síndico de quiebras son más altos.
- Los procesos de verificación e impugnación de créditos prolongan la duración de la quiebra, demorando los repartos de fondos y produciendo pérdidas por inflación, costo de oportunidad e intereses para algunos acreedores.
- Los remates, ya sea de la unidad económica o de los bienes de la fallida, suelen realizarse con pocos participantes, lo que podría ser explicado por un mercado poco profundo o por desinformación en los remates.

A continuación se presentan los 3 casos estudiados. Los nombres de las empresas han sido omitidos por razones obvias, sin embargo el sector industrial al cual pertenecen aparece explícitamente.

1. CASO TEXTIL S.A.

Puntos clave del caso Textil S.A.

- Habiendo ya detenido sus actividades, la empresa propone convenio que es aceptado con el quórum requerido para su aprobación, esto muestra que los valistas de Textil S.A. prefieren lograr un acuerdo antes de llegar a la quiebra.

- El informe de auditoría, al 30 de septiembre del año anterior a la quiebra, ya mostraba la difícil continuación de las actividades de la empresa.
- Los valistas, que aprobaron el convenio inicial, recuperaron un 0% en el proceso de quiebra.
- Los activos estimados después de la declaratoria de quiebra son sólo un cuarto de los activos presentados en último informe de auditoría anterior a la quiebra.
- La unidad económica fue adquirida finalmente por un hermano del dueño de la fallida en torno al precio mínimo acordado entre el síndico y los acreedores.

Línea de tiempo Sociedad Textil S.A.

Jun 1986	Tiempo	Constitución sociedad
Sep 1989	3.25 años (39 meses)	Auditoría refleja serios problemas de liquidez
Feb 1990	5 meses	Paralización actividades de la empresa
Mar 1990	1 mes	Primer convenio judicial para evitar estado de quiebra
Jun 1990	3 meses	Modifica convenio y propone reactivación del giro
Dic 1990	6 meses	Declaración del estado de quiebra
Mar 1991	3 meses	Primera junta general de acreedores
Abr 1991	1 mes	Acreedores solicitan calificación de la quiebra Primer reparto de fondos
Ago 1991	4 meses	Venta unidad económica
Oct 1991	2 meses	Ultimo reparto de fondos
Mar 1993	17 meses	Publicación cuenta final de administración

Desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la cuenta final del síndico transcurrieron 27 meses.

Información Contable de Textil S.A.

Ultimo Balance General (al 30.09.89)

Activo (UF)		Pasivo(UF)	
Circulante	90.736,44	Circulante	213.206,84
Fijo	309.592,59	Largo Plazo	149.851,31
Otros Activos	1.821,61	Patrimonio	39.092,49
Total Activo	402.150,64	Total Pasivo	402.150,64

Estimación Activos y Pasivos

El 30 de enero de 1991, el informe del asesor contable solicitado por el síndico encargado de la quiebra, señala que a la fecha de la declaratoria se estima:

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Activo Total	137.368,85	Pasivo Total	366.179,10

Ingreso generado y repartos efectuados

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	120.930,2	Reparto	115.022,0
		Gastos adm.	5.854,8
		Disponibile	53,4

Información detallada del caso Textil S.A.

Textil S.A. es una sociedad anónima cerrada, constituida el 12 de junio de 1986. De acuerdo a sus estatutos su objeto es: "Fabricación, compra, venta, importación, exportación y en general, la comercialización por cuenta propia o ajena de todo tipo de textiles y prendas de vestir y de toda clase de materias primas para fabricarlos; como también la representación de firmas, marcas y sistemas nacionales o extranjeros relacionados con dichos rubros".

En la constitución de la sociedad, el capital social fue de 332.35 UF, distribuido en 1.000 acciones sin valor nominal. Posteriormente, el 27 de noviembre de 1986 su capital aumenta a 38.530,53 UF. Finalmente, el 27 de junio de 1989, se acordó aumentar el capital social a 42.802,49 UF, el cual deberá quedar íntegramente suscrito y pagado al 30 de junio de 1991.

A la fecha de la declaratoria de quiebra, el capital suscrito y pagado ascendió a 37.340,19 UF.

Al 30 de septiembre de 1989, la auditora “Ernst & Whinney” en su informe final de auditoría expresa: ”se plantea una razonable duda acerca de la continuidad de las operaciones de la Sociedad”, dado que los estados financieros determinaban un capital de trabajo negativo por (UF 122.470,20). Este capital de trabajo negativo es producto principalmente de las obligaciones con bancos y la parte que se debe cancelar de un crédito CORFO.

Por otro lado, el estado de resultados muestra una pérdida operacional de UF 28.025,98 y una pérdida neta de UF 58.243,93

A pesar de las dudas planteadas, los estados financieros fueron elaborados bajo el principio de empresa en marcha, ya que la Sociedad se encuentra renegociando sus obligaciones con la CORFO, lo que prorrogaría los plazos para el cumplimiento de las obligaciones hasta Agosto de 1990. Este crédito fue solicitado para financiar parcialmente la instalación de una planta de tejeduría plana, por un monto de 26.801 UF, pero con garantías de 126.210 UF, a las que sumando intereses y multas llegan a unas 162.682 UF aproximadamente.

La renegociación de este crédito mejoraría la posición de liquidez. Adicionalmente, la Sociedad se encuentra negociando la incorporación de nuevos capitales que aseguren capital de trabajo para el desarrollo normal de sus operaciones.

Convenio Judicial Preventivo

Informes de la Fiscalía califican de “curioso” el hecho de la proposición de este convenio, ya que la empresa ha paralizado sus actividades desde febrero de 1990.

El 27 de marzo de 1990 presenta convenio judicial preventivo, en que se plantean las siguientes proposiciones de convenio:

Evitar la declaración de quiebra de la proponente, permitir la liquidación ordenada de los bienes, sea como unidad económica o venta separada de maquinaria e inmueble, el pago de todos los créditos adeudados al 28 de febrero de 1990 (montos expresados en UF), la ampliación de los plazos, la sujeción del patrimonio de Textil S.A. al convenio, la remisión de la parte de las deudas que el producto de la enajenación de los bienes de la proponente no alcanzare a cubrir.

El convenio judicial preventivo cuenta con el apoyo de más del 51% del total del pasivo.

15 de junio de 1990, se presenta una modificación al convenio, donde principalmente se propone:

La reactivación del giro y la explotación industrial y comercial de la empresa. En el evento de no ser posible el giro de la empresa, se propone la liquidación ordenada de los activos, ya sea como unidad económica o venta separada de maquinaria e inmueble

El 09 de julio de 1990, el Banco del Pacífico impugnó el convenio, alegando que la sociedad tendría sobrevalorados sus activos. La impugnación fue rechazada.

Declaración de Quiebra

El 30 de noviembre de 1990 el Banco del Pacífico interpuso una reposición contra la resolución que rechazaba la impugnación del convenio y finalmente el 14 de diciembre de 1990 se rechaza el convenio vigente, y la Sociedad Textil S.A. es declarada en quiebra.

Con fecha 02 de enero de 1991, la fallida interpone un recurso de reposición, al que posteriormente el día 23 de enero de 1991 el Banco Concepción presenta consideraciones para el fallo del incidente que finalmente rechaza el recurso especial.

Juntas de Acreedores

En la primera junta general de acreedores celebrada el día 05 de marzo de 1991 el síndico provisional informa de los hechos relevantes en su labor que se resumen principalmente en la incautación e inventario, proposición de fecha de cesación de pagos, determinación de bienes de la fallida, de las hipotecas sobre éstos y de los trabajadores que de un número de 200 llega a 10 trabajadores desde la paralización de funciones de la empresa en febrero de 1990.

El 9 de abril de 1991, en la segunda reunión ordinaria de acreedores se informa de ventas al remate del mobiliario de oficina, algunas telas y un vehículo de la fallida. Por su parte el Banco del Pacífico efectuó el remate de bienes embargados con anterioridad a la quiebra por juicio ejecutivo, cuyo ingreso fue ordenado por el tribunal acumular a la quiebra.

En esta reunión, con la asistencia de acreedores que representan un 96.56% del pasivo verificado, se solicita la calificación de la quiebra, aprobándose con un 85.6% de los asistentes y la abstención del 14.4% de los presentes.

En reunión efectuada el 11 de junio de 1991, la quiebra de otra sociedad solicita la devolución de bienes inventariados en Textil S.A. y que según se constató, eran de propiedad de esta otra sociedad. Estos bienes consistían en su mayoría, mobiliario de oficina y otras especies.

El representante de la segunda fallida y de una tercera empresa, solicita la suspensión del remate de un telar que habría sido comprado por esta tercera empresa. Esta solicitud es rechazada, a pesar de ser excluido el bien, para ser posteriormente rematado cuando el tribunal aclare el hecho, justificando esta decisión en que: primero, no corresponde al tipo de procedimiento (solicita tercería); segundo, está precluido el derecho a impugnar los inventarios y tercero, quién solicita la suspensión no es poseedor del bien.

Se confeccionaron además las bases para el remate del conjunto productivo de la empresa, excluyéndose el telar en pleito, fijándose un mínimo de 130.000 UF, y de no haber interesados por el conjunto productivo, los mínimos de 85.000 UF por el inmueble y de 45.000 UF por la totalidad de la maquinaria.

El conjunto económico genera un ingreso equivalente a UF 121.396,73 al momento de la venta.

Antecedentes para la calificación de la quiebra

La Fiscalía de Quiebras, en su informe de diagnóstico presentado el 27 de septiembre de 1991, concluye que se configuran las siguientes presunciones legales:

Presunción de quiebra fraudulenta al omitir y falsear información que debió entregar en su estado de situación al 31 de diciembre de 1989, de tal manera que no se señalan la real situación económica y financiera a esa fecha, es decir, cargar valores adeudados por los clientes en cuentas corrientes de empresas relacionadas, además de tener sobrevaluados los bienes del activo.

Presunción de quiebra fraudulenta al ejecutar operaciones que llevaron a disminuir sus activos y aumentar su pasivo, como es el caso de las operaciones con empresas relacionadas y en la venta de mercaderías como de activo fijo que no significó un ingreso efectivo de dinero a las arcas de la sociedad fallida

Las presunciones expuestas se basan en los siguientes hechos:

- a) En la incautación de la contabilidad no figuran las hojas computacionales en que el SII autoriza a la fallida para llevar la contabilidad.
- b) No se incautó el libro diario.
- c) No se señalan incautadas una serie de facturas de ventas, desconociéndose el destino que la fallida dio a estos documentos.
- d) Se registra el inventario y balance general al 31 de diciembre de 1986, pero no consta en la incautación los libros de inventarios y balances correspondientes a los ejercicios comerciales de 1987, 1988 y 1989
- e) Comprometió en sus propios negocios los valores correspondientes a las imposiciones de los trabajadores, de los cuales, la sociedad era mera recaudadora
- f) Funcionamiento en el mismo lugar de domicilio de empresas relacionadas con las que celebró contratos de compraventa que nunca generaron ingresos a la quiebra

El proceso criminal se encuentra pendiente, en sumario.

Tasas de recuperación de pasivo

Durante el proceso de quiebra, se verificaron en créditos un total de UF 247.225, siendo el principal tipo de deuda, el Prendario e Hipotecario que representa el 85% de la deuda total. A continuación se presenta el porcentaje de recuperación de los créditos de acuerdo con el orden de prelación y la duración de la quiebra desde su declaración hasta la última publicación con cuenta final:

Costas judiciales	100 UF art 44	Acreedores trabajadores 5,6 y 8	Fisco	Prendario e hipotecario	Valistas	Total	Duración quiebra (meses)
94%	100%	89%	88%	51%	0%	51%	27

Recuperación en liquidación de la empresa

Dados los antecedentes para la calificación de la quiebra, en que se conoce de la sobrevaloración de los activos, se comparará el que informó del asesor contable, y el ingreso generado en la quiebra.

Estimación / Verificaciones

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Activo Estimado	137.368,85	Pasivo Reconocido	247.225,00

Ingreso / Repartos

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	120.930,2	Reparto	115.022,0
		Gastos adm.	5.854,8
		Disponibles	53,4

La empresa vendió una parte menor de sus bienes en forma separada de la unidad económica - muebles de oficina principalmente -, y el mayor ingreso se produjo con la venta de la unidad económica que incluye maquinarias, edificios y terreno.

El ingreso total calculado en UF al momento de la cuenta final es menor al ingreso calculado en UF al momento de la venta, esto es así ya que ha transcurrido largo tiempo y los valores no se actualizaron.

Es posible apreciar una importante pérdida de valor en la liquidación de la empresa, además de una pérdida o extravío de bienes entre el momento de la estimación de activo y el último balance disponible.

Las pérdidas mencionadas tendrían su origen en algún tipo de fraude para extraer activos de la empresa y en la ineficiencia del proceso de quiebra.

Costo de sindicatura de la quiebra

Los honorarios del síndico correspondieron al 3.5% líquido del valor que se obtuvo en la realización del activo.

El costo total de la administración de la quiebra representa un 4.8 % del valor realizado en los activos.

CASO CALZADOS S.A.

Puntos clave del caso Calzados S.A.

- Al pedir su propia quiebra, la empresa se excede del plazo límite establecido por la ley, y esto ya es un antecedente para presumir la quiebra culpable en el proceso de calificación solicitado.
- Desde la tercera junta de acreedores, se presentan dificultades para tomar acuerdos por falta de quórum. Ya a la sexta reunión se ausenta el síndico, en la séptima no hay quórum y a la octava no concurren acreedores.
- Los costos totales de administración de la quiebra presentan un porcentaje mayor al promedio, a pesar de ser una quiebra que generó un ingreso relativamente pequeño.

Línea de tiempo Calzados S.A.

1985	Tiempo	Constitución Sociedad como Soc. Limitada
Dic 1990	60 meses (5 años)	Transformación en S.A y aumento de capital
Oct 1995	58 meses	Petición de quiebra y declaración del estado de quiebra
Dic 1995	2 meses	Primera junta de acreedores
Abr 1996	4 meses	Venta parcial de bienes al remate de la fallida
Jul 1996	3 meses	Venta del inmueble de la fallida Primer reparto de fondos
Abr 1997	9 meses	Ultimo reparto de fondos
Jun 1997	2 meses	Publicación cuenta final de administración

Desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la cuenta final del síndico transcurrieron 20 meses.

Información Contable de Calzados S.A.

Ultimo Balance General (al 23.10.95)

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Circulante	22.047,81	Circulante	47.914,13
Fijo	24.560,04	Largo Plazo	1.252,06
		Patrimonio	(2.558,34)
Total Activo	46.607,85	Total pasivo	46.607,85

Estimación Activos y Pasivos

Al 22 de marzo de 1996, el informe del síndico encargado de la quiebra, señala se ha incautado activo y reconocido pasivo por:

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Activo Total	37.136,10	Pasivo Total	61.476,20

Ingreso generado y repartos efectuados

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	12.143,98	Reparto	10.358,70
		Gastos adm.	1.780,20
		Disponibles	5,08

Información detallada del caso Calzados S.A.

Calzados S.A. es una sociedad anónima cerrada desde el 31 de diciembre de 1990, constituida como sociedad limitada en 1985. De acuerdo a sus estatutos su objeto es: "Manufacturación, fabricación, diseño y comercialización de toda clase de calzado para damas y otros negocios relacionados con los anteriores que los socios legalmente acuerden".

En la constitución de la sociedad, el capital social fue de UF 2.129,66 posteriormente, su capital aumenta a UF 3.975,36 que se encuentra suscrito y pagado al 31 de diciembre de 1990.

Declaración de Quiebra

El 25 de octubre de 1995 el representante de la empresa solicita la quiebra, habiendo ya cesado en el pago de obligaciones hace más de 15 días (plazo máximo que establece la ley) y presentando las memorias de las causas de la quiebra y otros documentos

correspondientes, materia que es resuelta el 27 de octubre del mismo año por el tribunal que declara la quiebra.

Memoria de las causas directas e indirectas del mal estado de los negocios

En sus inicios, la empresa se desarrolló exitosamente, de tal forma que adquirió un terreno donde se construiría una planta de producción más moderna y eficiente que el lugar donde se trabajaba en ese entonces. La construcción se inició en medio de constantes bajas en las ventas nacionales, debido a la importación de zapatos. Dada la creciente importación, la empresa negocia exportar sus productos, habiendo ya perdido clientes importantes que representan el 40% de las ventas nacionales. Esta estrategia no dio los resultados esperados, ya que el tipo de cambio bajo, incentivaba la importación y reducía los retornos de las exportaciones.

La entrega de la obra se retrasó porque la empresa constructora abandonó las obras. Esto además requirió de recursos adicionales que no estaban presupuestados. Un segundo efecto del retraso de la obra fue la pérdida de los beneficios del año de gracia pactado en el crédito del banco del Estado para financiar la construcción de la planta, ya que cuando la obra fue terminada se debió comenzar a pagar inmediatamente las cuotas y los respectivos intereses del crédito.

Todo lo anterior define un escenario difícil para la empresa, este escenario va empeorado con la crisis en todo el sector cuero-calzado, haciéndose más difícil y costoso obtener recursos financieros en los bancos.

Esta configuración produjo en la empresa fuertes disminuciones del capital de trabajo que llegan a imposibilitar las operaciones de la empresa en octubre del año 1995. Calzados entra en cesación de pagos, poniendo fin a sus operaciones y cerrando la empresa.

Juntas de Acreedores

En la primera junta celebrada el día 14 de diciembre de 1995 el síndico provisional da cuenta de su administración y es confirmado por los acreedores. Se propone la venta del bien raíz, maquinaria industrial y equipo todo junto. La postura mínima será de UF 23.472,27. El activo incautado ha sido valorado en UF 31.556,21.

Durante la segunda junta, el día 22 de marzo de 1996, el martillero informa que no hubo interesados en el conjunto ofrecido, así que se decide vender separadamente los bienes. Se amplía el inventario en forma importante con una devolución de mercaderías desde Canadá con un valor de UF 5.166,78.

En la tercera junta realizada el 26 de abril de 1996, se informa que se han rematado las mercaderías, muebles, maquinarias y equipos obteniéndose un total de UF 2.366,50. La asistencia de acreedores no reúne el quórum necesario para tomar acuerdos.

En la cuarta junta de acreedores, se fija la postura mínima de UF 9.385,04 para el remate del inmueble.

En la quinta junta celebrada el 26 de julio de 1996, se informa la venta del inmueble en la suma de UF 8.480,93.

A la sexta junta ordinaria de acreedores no concurre el síndico de la quiebra.

La séptima reunión no puede realizarse porque no hay quórum suficiente.

A la octava junta no concurren acreedores.

Antecedentes para la calificación de la quiebra

La Fiscalía de Quiebras, en su informe de diagnóstico presentado el 30 de noviembre de 1998, concluye que se configuran las siguientes presunciones legales:

- a) Presunción de quiebra culpable al presentar sobrevalorados los ítems de materias primas, materiales y productos en proceso, de tal manera que no se señala la real situación económica y financiera. Tampoco se lograron incautar los libros de inventarios y balances para determinar el monto del activo.
- b) Presunción de quiebra culpable ya que al solicitar su propia quiebra, lo hizo fuera del plazo estipulado por la Ley, que son 15 días contados desde que cesó en el pago de sus obligaciones.
- c) Presunción de quiebra fraudulenta al comprometer en sus propios negocios los valores correspondientes a las imposiciones de los trabajadores y dineros del Fisco de los cuales, la sociedad era mera recaudadora.
- d) Presunción de quiebra fraudulenta al no incautarse los libros de: Remuneraciones, F.U.T., Inventarios y Balances, Actas del Directorio y Registro de accionistas.

En lo civil, el sumario de la quiebra subsiste, y en la materia penal, se encuentra terminada por sobreseimiento temporal (SOT N°1), es decir que no se ha encontrado mérito a juicio del Juez. Posiblemente se han extinguido las deudas impagas.

Tasas de recuperación de pasivo

Durante el proceso de quiebra, se verificaron en créditos un total de UF 61.476 siendo los principales tipos de deuda:

- Valistas, representan el 40.6% de la deuda total
- Prendario e Hipotecario, representa el 28.8% de la deuda total
- Acreedores trabajadores, representa el 25.9% de la deuda total

A continuación se presenta el porcentaje de recuperación de los créditos de acuerdo con el orden de prelación y la duración de la quiebra desde su declaración hasta la última publicación con cuenta final:

Costas Judiciales	100 UF art 44	Acreedores Trabajadores 5,6 y 8	Fisco	Prendario e hipotecario	Valistas	Total	Duración Quiebra (Meses)
96%	100%	49%	17%	1%	0%	15%	20

Recuperación en liquidación de la empresa

Las incautaciones del activo arrojaron valores de UF 31.556,21, y posteriormente una recuperación de un container devuelto con mercaderías desde Canadá con un valor de UF 5.166,78 y ampliaciones de inventario, que a la fecha de declaración de la quiebra representan un valor total del activo de UF 37.136,10.

Dados los antecedentes para la calificación de la quiebra, en que se conoce de la sobrevaloración de los activos, se compararán: el valor de activo que informó el asesor contable al síndico, y el ingreso generado en la quiebra.

Estimación / Verificaciones

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Activo Estimado	37.136,10	Pasivo Reconocido	61.476,2

Ingreso / Repartos

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	12.143,98	Reparto	10.358,70
		Gastos adm.	1.780,20
		Disponibile	5,08

Costo de sindicatura de la quiebra

En la segunda junta se fijaron los honorarios del síndico en 8% líquido del valor que se obtenga en la realización del activo.

El costo total de la administración de la quiebra representa un 14.65 % del valor realizado en los activos.

CASO SUPERMERCADO S.A.

Puntos clave del caso Supermercado S.A.

- La primera petición de quiebra fue hecha por un acreedor que no prosiguió con la acción, otro acreedor intentó anular el proceso por este irregular inicio de la quiebra.
- Las verificaciones extraordinarias y las impugnaciones de créditos alargan los procesos al tener que analizarse si corresponde el pago, la preferencia y establecimiento de reservas de fondos que no pueden ser repartidas cuando son verificaciones que alegan preferencia de prioridad de pago.
- Un acreedor presentó a verificación un crédito que aumentaba la deuda total en un porcentaje cercano al 17% por un contrato de arriendo que no se había devengado, y que la parte devengada no representaba más del 0,57%. La impugnación de este crédito

tomó mucho tiempo e inmovilizó reservas que pudieron ser repartidas a otros acreedores.

Línea de tiempo Supermercados S.A.

Abr 1982	Tiempo	Constitución Sociedad como Soc. Limitada
Oct 1996	174 meses (14.5 años)	Balance presenta serios problemas de liquidez y solvencia
Nov 1996	1 mes	Declaración de quiebra
Ene 1997	2 meses	Inicio verificaciones extraordinarias
Mar 1997	2 meses	Primera junta de acreedores Se informa que las especies muebles han sido realizadas
Abr 1997	1 mes	Primer reparto de fondos
Ago 1997	4 meses	Venta del inmueble de la fallida
Oct 2000	38 meses	Cierre verificaciones extraordinarias
Jun 2001	8 meses	Publicación cuenta final de administración
Jul 2001	1 mes	Ultimo reparto de fondos

Desde la declaración de quiebra hasta la publicación de la cuenta final del síndico transcurrieron 67 meses.

Información Contable de Supermercado S.A.

Ultimo Balance General (al 31.10.96)

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Circulante	26.236,14	Circulante	316.177,03
Fijo	90.109,79	Patrimonio	(122.433,46)
Otros Activos	77.397,64		
Total Activo	193.743,57	Total Pasivo	193.743,57

Ingreso generado y repartos efectuados

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	94.130,09	Reparto	85.478,24
		Gastos adm.	8.643,65
		Disponible	8,20

Información detallada del caso Supermercado S.A.

Supermercados S.A. fue constituida el 29 de abril de 1982, para dedicarse a la comercialización de mercaderías y en general bienes muebles del giro de supermercados.

El balance presentado carece de reservas para pagos de vacaciones e indemnizaciones por años de servicios de 500 trabajadores aproximadamente y se estima que esta deuda podría alcanzar unas 38.075,60 UF.

Esta información demuestra la imposibilidad de operar y de pagar la totalidad de sus deudas por parte de la fallida.

El 08 de octubre de 1996, un acreedor pide la quiebra de Supermercados S.A., sin embargo no dio curso a su demanda e intentó recuperar las 100 UF que la ley establece como requisito para solicitar la quiebra.

Declaración de Quiebra

El representante de la fallida, ante el 23° Juzgado, solicita la propia quiebra al cesar en el pago de sus obligaciones. La quiebra es declarada por el tribunal el día 22 de noviembre de 1996.

Posteriormente, el día 09 de diciembre de 1996 otro acreedor solicita la nulidad del proceso de quiebra, y por resolución del 18 de diciembre de 1996 se suspende el proceso, hasta el 24 de diciembre de 1996 en que se falla el incidente de nulidad y deja de regir la suspensión.

Juntas de Acreedores

La primera junta de acreedores fue fijada para el día 20 de enero de 1997. Esta reunión no pudo efectuarse por falta de quórum.

En la primera junta general de acreedores celebrada el día 13 de marzo de 1997 el síndico informa de los hechos relevantes en su labor que se resumen principalmente en la incautación de inventario y realización de bienes al remate, faltando por realizar sólo el inmueble de la fallida y algunas especies que están en manos de los martilleros. El síndico propone sus honorarios en 10% de los ingresos de la masa, más el 2% del ingreso generado por la venta del inmueble. Los acreedores discuten los honorarios sobre el ingreso por venta del inmueble y acuerdan el pago del 1% como honorario.

Al 10 de abril de 1997, en la segunda reunión ordinaria de acreedores se informa que el acreedor hipotecario planifica la venta del bien raíz con una postura mínima de UF

42.145,92. Se le solicita al acreedor hipotecario que analice la licitación o el remate con un mínimo mayor, ya que los créditos preferentes superan el mínimo propuesto. Esta reunión es suspendida, retomándose el día 15 de abril en que se acuerda que el precio mínimo sea de UF 140.486,40 y que la fecha tope para la enajenación no supere al 30 de mayo de 1997.

En reunión efectuada el 08 de mayo de 1997, se informa de la gestión de una comisión encargada de elaborar las bases del remate y se acuerda suspender la reunión de junio, ya que a esa fecha no se habrá realizado aún la licitación del remate del bien raíz.

En la reunión del 10 de julio de 1997, se informa que no hay postores en el remate del inmueble al precio estipulado

El 14 de agosto de 1997, se informa en reunión ordinaria de acreedores que el bien raíz fue rematado en 80.456,34. El honorario para el síndico por el remate del inmueble queda fijado finalmente en 1,5% del valor de venta.

En reunión del 12 de diciembre de 1997, la junta de acreedores plantea llegar a una transacción en avenimiento laboral con algunos ex trabajadores de la empresa fallida. El avenimiento equivale al 60 % de los totales adeudados a estos trabajadores.

Otros hechos importantes

En las verificaciones de crédito en plazo ordinario, se verificó un crédito por 82.090 UF aproximadamente. Este crédito corresponde a un contrato de arriendo hasta el año 2006. En el periodo de uso del inmueble arrendado sólo se habían devengado unas 2.605 UF que no se habían pagado y que corresponden al uso de 2 meses del inmueble.

La impugnación de este crédito se resolvió en marzo de 1997 liberando reservas que se hubieran destinado al pago de este crédito.

Tasas de recuperación de pasivo

Durante el proceso de quiebra, se verificaron en créditos un total de UF 457.860, siendo el principal tipo de deuda, el Valista que representa el 69% de la deuda total. A continuación se presenta el porcentaje de recuperación de los créditos de acuerdo con el orden de prelación y la duración de la quiebra desde su declaración hasta la última publicación con cuenta final:

Costas Judiciales	100 UF art 44	Acreedores Trabajadores 5,6 y 8	Fisco	Prendario e hipotecario	Valistas	Total	Duración quiebra (meses)
	100%	92%	96%	50%	0%	21%	67

Recuperación en liquidación de la empresa

En este caso, se compara los activos extraídos de la memoria de la fallida, con los montos recuperados efectivamente. En los pasivos se compara la verificación de pasivos con la recuperación lograda en los repartos:

Estimación / Verificaciones

Activo (UF)		Pasivo (UF)	
Activo Estimado	193.743,57	Pasivo Reconocido	457.859,9

Ingreso / Repartos

Ingreso (UF)		Reparto (UF)	
Ingreso total	94.130,09	Reparto	85.478,24
		Gastos adm.	8.643,65
		Disponibile	8,20

Costo de sindicatura de la quiebra

En la segunda junta se fijaron los honorarios del síndico en 10% líquido del valor que se obtenga en la realización del activo, excepto por la venta del inmueble, más el 1.5% del valor obtenido por la venta del inmueble. El total que recibió el síndico como honorarios fue del 1.87% de los ingresos totales generados.

El costo total de la administración de la quiebra representa un 9.18 % del valor realizado en los activos.

VI. REFERENCIAS

1. Alcantara, J. Hospital de Empresas <http://www.cddhecu.gob.mx>
2. Aghion, P.; Hart, O. And J. Moore. 1992. "The economics of bankruptcy reform", *The Journal of Law, Economics and Organizations*, 8, 523 - 546.
3. Atiyas, I. 1995. "Bankruptcy policy", in C. Frischtack (Ed.) *Regulatory Policies and Reform: A Comparative Perspective*. Chapter 8, 144 - 169. The World Bank, DC.
4. Baird, D. 2001. *Elements of Bankruptcy*. Third Edition. Foundation Press NY.
5. Baird, D. 2001. *The Law and Economics Workshop*. Chicago.
6. Bebchuck, L. 1988. "A new approach to corporate reorganizations", *Harvard Law Review*, 101, 775 - 804.
7. Bebchuck, L. 2001. "Ex-ante cost of violating absolute priority in bankruptcy." Technical Report 8388, NBER.
8. Bebchuk, L. 2001. *A new approach to corporate reorganization*.
9. Bebchuck, L. 2002. "Optimal default for corporate law evolution." Technical report 8703, NBER.
10. Berkovitch, E.; Ronen, I. and Zender J. 1999. "An optimal bankruptcy law and firm-specific investments," *European Economic Review*, 41, 487 - 497.
11. *Código Civil Chileno*.
12. Epstein, D. 2002. *Bankruptcy and Related Law*. 6th. Ed. West Group. St.Paul, Minn.2002
13. Ezcurra, H. "Liquidando la Reestructuración". <http://www.elcomercioperu.com>
14. Ezcurra, H. 2000. "Privaticemos la insolvencia", Manuscrito.
15. García Villa (Senador). 1999. "La ley de Concursos Mercantiles no permitirá procesos justos ni equitativos". <http://www.pansenado.org.mx>
16. Gurría, J. Seminario Regional de Mecanismos de Insolvencia en América Latina y el Caribe. <http://www.shcp.gob.mx>
17. Hart, O. 1995. *Firmas, Contracts and Financial Structure*. Claredon Press-Oxford.
18. Hart, O. 2000. "Different approaches to bankruptcy." Technical Report 7921, NBER.
19. *Ley de Concursos Mercantiles de Mexico*.
20. *Ley General del Sistema Concursal N° 27809 del Perú*.
21. *Ley de Quiebras Chilena, Ley N° 18.175*.
22. Meján, L. "El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles." <http://legal.terra.com.mx>
23. Perez, C. Y V. Ballinas. "Aprueban diputados ley mercantil." <http://www.jornada.unam.mx>

24. Pomykala, J. 1997. "Principals and guidelines for bankruptcy reform." *Regulation Magazine*, Cato Institute, 20(4), 41 - 48.
25. Puelma, A. 1985. *Curso de Derecho de Quiebras*. Ed. Jurídica de Chile.
26. Puga, J. 1997. *Derecho Concursal. El Convenio de Acreedores*. Ed. Jurídica de Chile.
27. Puga, J. 1999. *Derecho Concursal: El Juicio de Quiebras*. Vial. 2ª. Editorial Jurídica de Chile.
28. Román, J. 2001. (Ed.) *Salvamento de las Empresas en Crisis*. Facultad de Derecho de la U. de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
29. Rowart, M. And Astigarraga, J. 1999. "Latin American insolvency systems: a comparative assesment." Technical Report 433, World Bank.
30. Santos de la Garza (senador). 1999. "Vota el PAN contra la sietemesina Ley de Concursos Mercantiles." <http://www.pansenado.org.mx>
31. Tirole, J. 2000. "Corporate Governance," *Econométrica*, 69, 1 - 37.
32. Torres, O. 1993. *Los Órganos de la Quiebra*. Editorial Jurídica Conosur.
33. *US Bankruptcy Code*. 2001
34. World Bank. 1999. *Building Effective Insolvency Systems. Debtor-Creditors-Regimes*. Washington D.C. <http://www.worldbank.org/legal/insolvency>