

## Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones

**Juan Esteban Puga Vial**

Profesor de Derecho Comercial

Facultad de Derecho

Universidad del Desarrollo

**Resumen:** el artículo propone, desde un punto de vista eminentemente crítico, la perspectiva del derecho concursal en la materia sobre la base del proyecto de ley que modifica el sistema imperante.

\*\*\*

No es fácil juzgar una ley, porque tampoco es fácil medir su eficacia. Sin embargo, el diagnóstico sobre el que se construye el nuevo proyecto es parcialmente errado. El proyecto se edifica sobre la noción de que los procesos concursales en Chile son lentos –esto es, en promedio 4,5 años contra 1,7 en la OCDE–; que es ineficiente porque los márgenes de recuperación son muy inferiores al promedio de la OCDE y porque se emplea poco, esto es, en un 6% de los casos que ameritarían su recurso. Nosotros sostenemos que el problema de nuestro régimen no es, como se repite críticamente, que el procedimiento sea lento, pues no lo es; el problema es que sea un régimen *ultima ratio* y que por lo mismo no se use y que cuando se le use los resultados sean magros y proporcionalmente los costos muy altos.

La modificación en curso de la ley no se inspira desde luego en una iniciativa endógena, pues surge de la circunstancia de que el Banco Mundial por medio de su división *doing business* estimó que como promedio en Chile las quiebras duraban 4,5 años, en contraste con plazos mucho menores de otros países y en particular si se las compara con los números de la OCDE. Para quienes ejercemos en esta área sabemos que en Chile en el 95% de los casos los activos del fallido están vendidos antes del año y sus fondos repartidos también dentro del mismo período, salvo muy contadas excepciones. Este término de 4,5 años creemos, aunque no estamos ciertos, se calculó midiendo los plazos de duración desde la petición de quiebra hasta que queda aprobada la cuenta del síndico. Ese cálculo es errado, pues los síndicos dilatan dicha cuenta, pues con ello aminoraban las acciones de responsabilidad civil que sólo pueden ejercerse después de rendida esa cuenta y además en muchas quiebras quedan detalles judicializados que impiden cerrar formalmente un proceso cuya sustancia se logró hacer mucho. Pero la función esencial de un proceso de liquidación, esto es, la enajenación

de los bienes y su distribución a los acreedores de su producto, se cumple en Chile en la amplia mayoría de los casos y en los más significativos muy por debajo de los términos promedios de la OCDE (1,7 años). Desde ese punto de vista, el sistema liquidatorio en Chile es muy eficiente y no habría por qué cambiarlo. Esto es particularmente cierto porque una aceleración desmedida del proceso liquidatorio deprecia aun más los bienes, ya que a menor plazo de venta, menor el valor que se obtiene de las cosas vendidas, especialmente si de inmuebles hablamos<sup>1</sup>.

Lo mismo puede decirse de los procesos de reorganización vía convenios judiciales: por regla general no toman más de tres meses en estar terminados, en contraste con lo que ocurre en otros países, en que este proceso suele tomar varios meses y hasta años<sup>2</sup>.

El problema en Chile es otro muy distinto. Cuando el gobierno de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet designó a la comisión redactora de una nueva ley de quiebras, a lo primero que dicha comisión se abocó fue a un análisis económico antes de entrar en el ámbito jurídico, y la primera conclusión de esa comisión fue que el sistema en Chile no era lento..., pero que virtualmente no se usaba, pues de un promedio entre el año 2005 al año 2009 de 2.600 RUT que figuraban con protestos por sobre los cien millones anuales<sup>3</sup>, sólo se iniciaban del orden de 200 procesos concursales, esto es, una cifra cercana al 7% (entre el 2008 y el 2011 estas cifras han caído aun más). La noticia no era del todo mala, pues buena parte de las insolvencias se resuelven por entendimientos extrajudiciales de los deudores con algunos o todos sus acreedores, pero indudablemente era una mala noticia en el sentido de que el mecanismo concursal era empleado como *ultima ratio*.

A lo anterior se suma que en Chile la noción de quiebra y convenio no tiene el alcance que un observador externo podría creer, en el sentido de que la quiebra es liquidación de la empresa y el convenio su reorganización, pues muchas veces la quiebra es la fórmula para enajenar una empresa como unidad económica –esto es, para mantenerla viva– y en otras los convenios son sistemas de liquidación ordenada convencionalmente, algo así como una quiebra "contractual" cuya única función es eludir el ejercicio de la acción pe-

<sup>1</sup> Claro, la diferencia entre el valor comercial y el valor de liquidación de un inmueble radica en su plazo de venta.

<sup>2</sup> Es el caso de Estados Unidos, donde el plan original puede presentarlo el deudor dentro de 120 días prorrogables de la presentación de Chap. XI, pero que en las grandes empresas muchas veces la formulación del mismo toma años.

<sup>3</sup> Este umbral de los M\$ 100 se estimó razonable pese a sus imperfecciones como número representativo. Razonable porque por deudas inferiores a esa suma cualquier proceso concursal podría ser un instrumento caro y desproporcionado; imperfecto, porque alguna empresa sana tiene protestos merced a estrategias negociadoras de sus acreedores y otras muy insolventes se las arreglan para nunca llegar al DICOM:

nal concursal, que requiere de la condición objetiva de punibilidad que es la declaración judicial de quiebra.

En suma, el gran problema del sistema chileno es que no se usa sino como último recurso y ello explica también los magros resultados de dichos procesos en materia de tasas de recuperación para los acreedores y de la relevancia porcentual de los costos de los mismos en relación a sus resultados. Claro, si los deudores sólo acuden *mortis causa* al proceso concursal, naturalmente que en esa instancia lo que llega son los huesos del ayunante, y si eso es así, se explica por qué los gastos relativos son tan altos, pues a menores ingresos mayor porcentaje tienen los gastos para lograr esos ingresos.

Con todo, las cifras comparativas que se emplean también nos parecen dudosas, pues no sabemos cómo se calculan y qué se considera, de forma que las comparaciones de meros resultados sin saber más no son números representativos para un análisis científico.

Hemos acudido a cuatro países que son serios en el ámbito concursal, pero muy distintos en sus planteamientos, para ilustrar un tanto nuestras opiniones. Por un extremo está el muy reconocido sistema norteamericano contenido en el Bankruptcy Code de 1978 –muy modificado por cierto– y, por el otro, el sistema español en que se inspiró el nuestro, pero modificado el año 2002 –la Ley de Concursos N° 22/2003–. Entre ambos colocamos a Colombia y Brasil, que tienen sistemas menos severos que el español.

En los Estados Unidos –que tiene una población de 308 millones de habitantes y un PIB de US\$ 15.040 billones, esto es, un PIB per cápita de US\$ 48.100– el año 2011 se presentaron 1.410.000 casos de quiebra<sup>4</sup>, que en dicho país comprende también los convenios (Chap. 11, 12 y 13). De entre ellos, 1.362.000 son *Non-Business Filings*, esto es, casos de quiebras no empresariales sino personales. De entre estos, 958.634 fueron casos de liquidación (Chap. 7°) y del orden de 404.000 de reorganización, esto es, un 29%. Los *Business Filings* fueron en el mismo período 47.806 y de ellos 33.698 fueron liquidaciones (Chap. 7°) y sólo 9.772 Chap 11°, esto es, aproximadamente un 20%. Pero a esto hay que agregar que en los Estados Unidos, con números de 1992, sólo el 40% de las reorganizaciones de empresa cuyo capital es inferior a US\$ 250 millones es exitoso, en tanto que un 71% lo es si su capital es superior.

En España –que tiene una población de 47.190.000 habitantes y un PIB de US\$ 1.411.000 el 2011, esto es, un ingreso per cápita de US\$ 30.600– los casos de

<sup>4</sup> En los Estados Unidos los casos se contabilizan por solicitud y no por declaraciones o aprobaciones, porque la solicitudes tanto de sistemas de liquidación como de reorganización tienen efectos procesales análogos a nuestra declaración de quiebras por el sólo ministerio de la ley (v.gr. el *automatic stay* y el surgimiento del *bankruptcy estate*).

concurso fueron 5.399 el 2009, con sólo 103 convenios registrados; 5.226 el 2010 y 6.222 el 2011. El 2º trimestre del 2012 se dio un total de 2.272, en que sólo 31 casos contenían una propuesta de quita o espera (convenio), 66 eran sociedades anónimas, 355 sociedades de responsabilidad limitada y 39 colectivas y 246 personas físicas sin actividad empresarial y 246 personas físicas empresarias. La gran mayoría de los concursos en España se aplican a las pymes (empresas con capitalización inferior a € 1.000.000, con un 90% de los casos terminando en liquidación. La gran diferencia con los Estados Unidos es que en España son rarísimos los casos de quiebras de personas físicas no empresarios.

En Brasil –con una población de 196 millones, un PIB de US\$ 2.282 billones y un PIB per cápita de US\$ 11.66– hubo 969 quiebras y 370 recuperaciones judiciales el año 2008; 908 quiebras y 492 recuperaciones judiciales (que son una nueva modalidad de liquidación) el año 2009; 732 quiebras y 361 recuperaciones judiciales el 2010 y 641 quiebras y 465 recuperaciones judiciales el 2011.

Colombia –con más de 47 millones de habitantes, un PIB de US\$ 470.700 millones y un PIB per cápita de US\$ 10.100– registra en los últimos tres años 69 concordatos, 473 reorganizaciones de empresas desde el año 2002, 6 acuerdos de reestructuración y 30 sociedades en liquidación obligatoria.

En Chile –que tiene 17 millones de habitantes con in PIB de US\$ 281.000 millones y un PIB per cápita de US\$ 16.100<sup>5</sup>– hubo 132 quiebras el 2006, 143 el 2007, 150 el 2008, 173 el 2009 y 134 el 2010, esto es, un promedio de 146,4 quiebras al año. Esto contrasta con la circunstancia de que desde el 29.01.2006 hasta el 31.08.2012 se han presentado 45 solicitudes de convenio preventivo judicial y 32 de convenio simplemente judicial, esto es, un promedio de 13 proposiciones de convenio al año. Este bajo número representa además una disminución en los promedios del período 1998-2004.

Estas cifras nos dicen que en EE.UU. existen 0,0047 casos de concurso por habitante; en España 0,00015 casos por habitante; en Brasil un promedio de 0.0000083 casos por habitante; en Colombia, 0,0000038 casos de reorganización –no tenemos los datos de liquidaciones– por habitante, pero que se refieren en general a personas jurídicas, y en Chile 0,0000089 casos por habitante. Si Chile tuviere el PIB per cápita de EE.UU. debería tener al año 78.300 casos, pero si estimamos que el PIB chileno es 1/3 del norteamericano, esa cifra debiera ser de 25.000 casos. Si Chile tuviere el PIB per cápita de España, debiera tener al año un 36.86% de los casos que España tiene anualmente, esto es, 2.293,42 casos, pero como Chile tiene un PIB per cápita de un 52,6%

<sup>5</sup> Esta cifra ha sido incrementada en razón de que la población del país es menor a la proyectada, por lo que por primera vez en nuestra historia tenemos el PIB per cápita más alto de Latinoamérica

del español, debiera tener del orden de 1.192 casos al año. Brasil y Colombia tienen cifras aun inferiores.

Los cinco países representan tendencias distintas en materia de derecho concursal, que van desde el sistema más amistoso con el deudor, que está representado por EE.UU., y el sistema menos amistoso, que sin duda es el chileno. Sin embargo, EE.UU. y el resto de los países tienen otra nota diferencial, pues el primero no tiene juicio de reproche jurídico, social o ético respecto del deudor, en tanto que los demás sí lo tienen, aunque en variable intensidad: Colombia, España<sup>6</sup>, Brasil y Chile representan graduaciones negativas hacia el deudor crecientes.

Así, en parte por cultura y en parte por régimen jurídico, en Chile el gran problema de la Ley de Quiebra es que no se usa.

Las razones de por qué no se usa creemos encontrarlas en buena parte en nuestra tradición social y jurídica en orden al enfoque que le damos al fenómeno de la insolvencia y también en razones de índole práctica. Entre las primeras está la nota infamante que socialmente tiene la insolvencia en nuestra tradición, desde que es asimilada a una suerte de fraude a los acreedores y; por otro lado, la amenaza de responsabilidades penales a quien entra al sistema formal concursal. Entre las segundas vemos que como por regla general las insolvencias atacan a las pymes –en Chile y en el resto del mundo, simplemente por un fenómeno probabilístico: son muchas más y financieramente más frágiles–, que tienen como característica que el socio y el administrador son la misma o las mismas personas, cuya fuente única de ingresos es la empresa, un sistema concursal que por el sólo hecho de entrar en él deja al socio fuera de la empresa, cesante, sin ingresos, con su crédito arruinado, etc., hace poco atractivo ingresar en él; y, por otro lado, está el espejismo de la recuperación, que normalmente embriaga a los deudores<sup>7</sup> y ralentiza el ingreso a un sistema de saneamiento.

El impacto negativo de estos fenómenos se explica por un fenómeno que nosotros hemos denominado de la aceleración de la pobreza, que es inherente a la insolvencia. Esta es un estado de iliquidez relativamente crónico que nada tiene que ver con las composiciones de activo y pasivo. Pero la iliquidez genera como efecto que los activos del deudor se deprecien aceleradamente, pues la urgencia por liquidarlos impacta negativamente su valor (una propiedad vale menos si hay que venderla en un mes que si se la puede vender en un año) y

<sup>6</sup> En España la ley del año 2003 eliminó la expresión quiebras, por su efecto infamante y atemorizante, pero el efecto social, medido al año 2009, fue nulo; en tanto que en EE.UU. tanto los procedimientos de liquidación como de reorganización se denominan quiebra (bankruptcy) y sin embargo nadie lo reputa un procedimiento infamante.

<sup>7</sup> Muchas veces también los acreedores alimentan este espejismo, pues para ellos no es una buena noticia que sus activos –los créditos– se deprecien, particularmente si ellos ya han sido objeto de factorizaciones, cesiones de créditos, securitizaciones, etc.

sus pasivos y costos se incrementan, pues merced de la insolvencia incurre en incumplimientos que generan sanciones civiles (indemnizaciones), sus fuentes de financiamiento devienen más caras, su acceso a nuevos negocios se ve restringido; sus servicios se ralentizan y caen en calidad, lo que además de encarecerlos aleja a los clientes, etc. Así, un patrimonio insolvente es arrastrado a un espiral de pobreza que sólo puede ser detenida por una ayuda "desde fuera" al deudor y esa ayuda es el sistema concursal.

El *quid* del defecto de los sistemas concursales que se remontan al *Code français* de 1807 es precisamente su carácter poco amistoso con el deudor y que se sostienen en una mal fundada sospecha y suspicacia hacia él. Es cierto que por regla muy general la revocación concursal y el derecho penal concursal castigan conductas posteriores a la cesación de pagos, por lo que uno podría sostener que la insolvencia en sí no tiene reproche, pero en la realidad eso no es así. Un cambio de paradigma debe nacer de la circunstancia de reconocer que la primera víctima de la insolvencia es el deudor y dejar de lado la tesis, sostenida aun por fallos muy recientes de la Excma Corte Suprema, de que el deudor es "culpable" de ella. La culpabilidad del deudor en su insolvencia es un asunto poco relevante y quienes trabajamos en esto sabemos que en un 90% de los casos los empresarios son gente honesta y trabajadora, donde es la propia insolvencia —que constituye un verdadero callejón sin salida— la que los degrada e induce a conductas reprochables. Esta nueva visión del fenómeno, contrariamente a lo que podría pensarse, favorece antes que perjudica a los acreedores, pues cuanto más amistoso sea el sistema concursal con el deudor, antes él acudirá a él y menos degradado estará su patrimonio. En cambio, con un régimen hostil al deudor necesariamente lo alejará de él y tornará tardíos todos los procesos concursales, con las previsibles secuelas de baja recuperación y altos porcentajes de la relación costo-ingreso.

Con este cambio de paradigma se producen dos fenómenos importantes. Se elimina en lo esencial el efecto disuasivo social y penal a que nos referíamos *supra* y se introduce un elemento de buena fe que todos los comercialistas sabemos es el mejor de los negocios<sup>8</sup>. Pero no resuelve necesariamente los factores de índole práctica. Estos factores deben abordarse mediante instrumentos concursales eficientes, oportunos y eficaces.

Aquí nos toparemos en primer término con el inconveniente real de que la mejor solución para la mayoría de las insolvencias es la liquidación. Estadísticamente en la mayoría de los países las insolvencias, particularmente de empresas, se resuelven mediante liquidación<sup>9</sup>. ¿Cómo hacer atractivo a un empresario un

<sup>8</sup> La vieja máxima de que a mayor riesgo mayor rentabilidad vale la pena recordarla permanentemente en materia concursal

<sup>9</sup> En EE.UU. el año 2011 hubo un total de 47.806 solicitudes concursales, de las cuales 33.698 fueron Chap. VII, esto es, liquidación, contra 9.772 Chap XI, lo que equivale a un 20%, de forma que de cada

instrumento que lo dejará en la calle? El régimen vigente contempla lo que erradamente se denomina "alimentos para el fallido"<sup>10</sup>, pero sólo en los casos de quiebras de personas naturales. No es fácil regular este punto, pero no cabe duda de que asegurarle al deudor o al socio-administrador del deudor una remuneración atractiva por un período limitado –v.gr. seis meses– de tiempo, es un incentivo para acudir al sistema. El otro "premio" es que en todo proceso concursal vaya implícita una extinción de los saldos insolutos, cualquiera sea la causa de la insolvencia. Los ilícitos graves del deudor deben sancionarse por una vía distinta de dejarlo endeudado sin remedio, porque por los casos excepcionales en que hay mala fe se castiga a la mayoría de los deudores, que normalmente obran de buena fe. Con este instrumento permitimos que el deudor deje de ser una carga para el concurso y además le permitimos rehacer su vida comercial y con ello estimulamos ex ante el emprendimiento de otros emprendedores. Lo que nosotros no compartimos es que se borre el historial de los deudores, pues dicha información es relevante a la hora de evaluar riesgos de crédito<sup>11</sup>, pero sí que el deudor quede libre de deudas.

En los casos en que la empresa sea viable, el sistema de reprogramación debe ser también eficaz. Pero lo importante es eliminar el fetiche del denominado "principio de conservación de la empresa". Un proceso concursal sólo debe propender a optimizar el patrimonio del deudor y eso vale tanto para la reorganización como la liquidación, pues no existe peor negocio que mantener viva una empresa inviable. Cuando las empresas no son viables, lo que constituye la mayoría de los casos, es mal negocio para el deudor y para los acreedores intentar revivirla.

Una vez que el deudor accede al sistema, la palabra deben tenerla los acreedores, por el régimen de mayorías, porque ellos son los principales interesados –más incluso que el deudor– en la optimización del patrimonio del deudor. Pero los acreedores padecen de lo que hemos denominado las tres ignorancias: no se conocen entre ellos; no saben de verdad cómo está el patrimonio del deudor y, por último, usualmente no conocen el negocio del deudor. Esto hace que ellos no estén del todo aptos para tomar las decisiones entregados a su suerte. Este problema de coordinación lo resolvíamos en nuestro proyecto mediante la institución de un auxiliar y dependiente del juez concursal<sup>12</sup> con expertisaje en analizar en breve el verdadero activo y pasivo del deudor y analizar su viabilidad

---

cinco insolvencias, sólo una es "reorganizable". A lo anterior se suma la circunstancia de que no todos los Chap. XI llegan a un convenio.

<sup>10</sup> Erradamente, porque no se trata de alimentos, sino que pago con beneficio de competencia, pues estos alimentos se pagan con bienes del mismo deudor, del mismo alimentario.

<sup>11</sup> Tal vez aquí la solución vaya más bien por la obligatoriedad para las instituciones financieras de otorgar créditos a personas cuyo patrimonio y flujos los hacen pagaderos y que no sea pretexto para negarlo el historial concursal del peticionario.

<sup>12</sup> Esta dependencia jerárquica y económica del asesor tenía mucho sentido, pero no nos extenderemos sobre este punto ahora.

y en qué términos. Pero también lo resolvíamos dejando en manos del deudor la administración del negocio hasta la junta que decidía sobre si reprogramar o liquidar, gestión naturalmente sujeta a control del asesor, porque el deudor conoce mejor su negocio que los acreedores. Pero a la hora de la junta tanto el conocimiento de quiénes son los acreedores, cuál de verdad es el patrimonio del deudor y su viabilidad y cuál el manejo del negocio estarán suficientemente claros para que los acreedores tomen una decisión relativamente informada. Pero la decisión debe quedar en manos de los acreedores y en consecuencia el informe del asesor es eso: una información y una sugerencia de solución.

En lo que dice relación a los procedimientos de enajenación de los bienes, a nosotros nos acomoda el régimen actual, porque comparativamente en Chile las liquidaciones se llevan bastante rápido.

Hechas estas un tanto largas reflexiones introductorias, podemos abocarnos con más detalle al análisis del proyecto en tramitación. Y es precisamente aquí donde radica nuestra crítica esencial al proyecto.

En efecto, el proyecto tiene el gran defecto de que de verdad mantiene, respecto de las empresas, prácticamente el mismo diseño que la ley vigente<sup>13</sup>. Desde luego, no es más amistoso para el deudor y mantiene las mismas engorrosas exigencias para un convenio preventivo o una solicitud de propia quiebra que la ley vigente, a lo que se agrega que el proceso a instancias del acreedor será más demoroso que el actual<sup>14</sup> y con esa extraña referencia a que ahora cada vez que se pida una quiebra el acreedor podrá intervenir mediante un veedor a la empresa deudora (art. 118 N° 3). Sus errores siguen donde mismo y el hecho de apelar al sistema colombiano, que en las estadísticas es muy positivo pero que en la práctica adolece del mismo vicio de una prácticamente nula aplicación<sup>15</sup>, creyendo que el problema es la velocidad del proceso y creyendo

<sup>13</sup> Claro, existen muchos cambios cosméticos: el síndico se pasa a llamar "liquidador" y la quiebra "proceso de liquidación" y el síndico interventor en el convenio preventivo "veedor" y el convenio "reorganización", pero sustancialmente tienen el mismo rol. La denominada protección financiera no es sustancialmente distinta a la actual de los arts. 177bis, 177 ter y 177 quáter, con la diferencia de que ya no requiere apoyo de los acreedores. Los plazos se acortan casi hasta el absurdo, etc. Pero no existe un régimen que conciba el sistema concursal como un espacio de acogida para el deudor a fin de optimizar el uso de sus activos en beneficio de los acreedores. El proyecto innova en eliminar el consentimiento del deudor para procedimientos extraordinarios de enajenación, cosa que nos parece peligrosa cuando se trata de ventas directas.

<sup>14</sup> Claro, porque crea este sistema de la audiencia inicial, audiencia de prueba y audiencia de sentencia que contradice la buena lógica del actual sistema, cuyos defectos son otros: que aun se permita la consignación para trabar la acción y que no haya de verdad un régimen de responsabilidad civil eficiente en el caso de peticiones dolosas o negligentes.

<sup>15</sup> Claro, Colombia tiene más de 43.000.000 de habitantes y tiene proporcionalmente menos procesos concursales que Chile (ver portal de la Superintendencia de Sociedades de Colombia), pues registra en los últimos tres años 69 concordatos, 473 reorganizaciones de empresas desde el año 2002, 6 acuerdos de reestructuración y 30 sociedades en liquidación obligatoria. Hoy además con visos de clara inconstitucionalidad al deudor se le ofrece un repertorio limitado de defensas. Además, la inasistencia del deudor a la audiencia importa desde luego la quiebra del mismo.



que el porcentaje de recuperación responde no al poco uso, sino a la ineficiencia del proceso mismo. Naturalmente que dentro de ese cuadro, el proyecto tiene ventajas, pero también desventajas relativamente a la legislación vigente, además de múltiples defectos de técnica legislativa.

El proyecto mantiene la exigencia de acumular una ingente cantidad de información antes de que el deudor pueda gatillar el proceso, información que toma bastante tiempo reunir en términos serios (actualizar la contabilidad y luego levantar los listados de bienes y acreedores). Mantiene la consignación para evitar la quiebra, que es una contradicción brutal en un régimen concursal –única en el mundo hasta donde sabemos–; elimina el esquema típicamente ejecutivo procesal de que se inicie el proceso con meras presunciones y coloca el proceso de fondo antes de la declaración de quiebra con la previsible dilación de la entrada en vigencia del concurso. No resuelve el problema propio de toda insolvencia, que es la falta de coordinación entre los acreedores y la pésima información tanto del deudor como de los acreedores para adoptar una salida viable. Finalmente, mantiene la posibilidad de que el convenio se emplee como liquidación pactada.

Para agravar las cosas, si bien el proyecto acoge la idea de desmembrar de la ley concursal el régimen penal, lo hace injertando en el Código Penal figuras que se prestan también para atemorizar a cualquier deudor que normalmente ejecuta las conductas descritas en los nuevos arts. 463 y ss. del Código Penal, que *mutatis mutandis* son las mismas del régimen vigente –y algunas cuya imprecisión empeora las cosas, como la figura del art. 463...– como se ve en los arts. 463 A y B<sup>16</sup>. Luego el art. 464 A es aun más grave, porque muchas veces comprometerá a los auditores, contadores y abogados del deudor, todos sujetos además a un juicio *ex post*. Innova el proyecto en el sentido de que la reorganización "preventiva" ya no implica impunidad, pero eso hará todavía menos amistoso el sistema para los deudores, aunque naturalmente evitará que el convenio se emplee como coraza contra la calificación concursal.

Finalmente esto de entregar la iniciativa de la acción penal al veedor o liquidador se presta para convertir a este funcionario u órgano concursal en un espólón de los acreedores contra el deudor, lo que naturalmente incidirá en las relaciones que se gesten entre estos y el deudor.

<sup>16</sup> Claro, es corriente que los deudores demoren la denuncia de su insolvencia; es corriente que la contabilidad esté desordenada y tenga algunos balances "maquillados para que los bancos no les cierren las líneas o no les aceleren créditos; es corriente que incurran en operaciones ruinosas (v.gr. los factorings "informales" son típicamente ruinosos, pues contemplan tasas y retenciones que implican costos financieros dos y hasta cinco veces mayores que en el sistema formal. Pero si estas conductas son sancionadas post manifestación de insolvencia, lo más probable es que los deudores dilaten más aún su apertura y sinceramiento. El régimen actual se comporta como el sistema de la *Paideia* espartana: enseñaba a los niños a robar, pero los castigaba si eran sorprendidos. El insolvente es un enfermo sobreviviente y es malo hacerle juicios por hacer lo que casi todo el mundo hace en ese estado.

Lo mismo, lo relativo a los acuerdos reparatorios es delicado, porque para cada acreedor el perjuicio derivado del delito es distinto. Pero el proyecto nuevamente parece ver en la insolvencia el delito, lo que claramente no lo es. En efecto, el acreedor anterior a la cesación de pagos que no es pagado por el deudor no sufre el mismo perjuicio que el acreedor que le prestó al deudor estando éste en cesación de pagos, porque al primero sufre un perjuicio que no deriva del retraso del deudor en solicitar su quiebra, en circunstancias que el segundo sí. El perjuicio civil del delito penal no se identifica con las deudas del deudor, sino con el daño derivado del delito específico.

El acuerdo de reorganización simplificado es uno de los grandes aportes del proyecto, aunque debiera obviarse la exigencia de que lo apoyen 2/3 de los acreedores y el fenómeno de la impugnación por categorías, pues el plan es uno solo.

Lo que es positivo, pese a defectos en su concepción, es que por fin en Chile se hace diferencia entre un proceso concursal para empresas y un proceso concursal para consumidores. Los primeros propenden a simplemente a restablecer el crédito de personas naturales insolventes que no constituyen empresas, sino deudas de consumo. Los segundos se refieren a unidades productivas. La distinción legal no nos acomoda, empero. Son empresas desde luego todas las personas jurídicas y las persona naturales que declaran rentas en primera categoría. Todos los demás deudores debieran ser sujetos de un procedimiento especial, salvo que ellos se acojan a un procedimiento de reorganización empresarial. Nosotros de hecho somos partidarios de eliminar de la ley a los deudores consumidores.

Lo que de todas formas no nos gusta es la extensión de la intervención de la Superintendencia de Quiebras en materia de procesos concursales.

No podemos extendernos más en cada uno de los defectos técnicos del proyecto, porque se excedería muchísimo este texto dada la extensión de la ley. Nuestra crítica en todo caso no apunta a detalles, sino que a la concepción misma que inspira el proyecto, que no es sino un intento, no siempre logrado, de perfeccionar un régimen esencialmente mal orientado.