

COMENTARIOS RESPECTO AL “PROYECTO DE LEY QUE MODERNIZA LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES Y CREA NUEVOS PROCEDIMIENTOS PARA LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS”

Por Marcelo Figueroa Bustos
Egresado de Derecho
Ayudante Departamento de Derecho de los Negocios
Facultad de Derecho UDP

En septiembre del año pasado, el Ejecutivo mediante el Mensaje N° 166-368 (Boletín 13802-03), ingresó el proyecto de ley que “moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N°20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas”, proyecto que se enmarca en una brutal crisis sanitaria y económica que vive el país y el mundo a propósito del virus SARS-CoV 2.

El proyecto de ley no presenta una novedad dentro del derecho comparado, ya que los organismos internacionales de Derecho privado han puesto especial atención a las pequeñas y medianas empresas esta última década, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por su sigla en inglés) que lleva desde el año 2013 mediante su Grupo de Trabajo en el examen de un proyecto de texto sobre un régimen simplificado de la insolvencia en atención a la mediana y pequeña empresa (MYPE). En su última actualización ha señalado como objetivos fundamentales:

- a) Establecer un procedimiento de insolvencia expeditivo, simple, flexible y de bajo costo (en adelante “procedimiento de insolvencia simplificado”);
- b) Hacer que el procedimiento de insolvencia simplificado sea fácilmente accesible y utilizable por las MYPE;
- c) Promover el restablecimiento de las MYPE deudoras habilitando la liquidación expedita de las MYPE que no sean viables y la reorganización de las que sí lo sean mediante un procedimiento de insolvencia simplificado;
- d) Asegurar la protección de las personas afectadas por el procedimiento de insolvencia simplificado (en adelante, “las partes interesadas”) a lo largo del procedimiento de insolvencia simplificado;
- e) Establecer medidas eficaces para facilitar la participación de los acreedores y remediar su falta de interés en participar en procedimientos de insolvencia simplificados;
- f) Instituir un régimen de sanciones eficaz para prevenir el uso abusivo o indebido del régimen simplificado de la insolvencia y fijar sanciones adecuadas para las faltas de conducta; y
- g) Solventar inquietudes relacionadas con el estigma que resulte de la insolvencia¹.

Estos objetivos son patentes en el nuevo proyecto de ley, como por ejemplo, en las reducciones de formalidades en estos nuevos procedimientos, la inclusión de un incidente de mala fe del deudor en el proceso de liquidación de empresa deudora y liquidación simplificada y una intención de fomentar el procedimiento de reorganización concursal con la introducción a nuevas

¹ ASAMBLEA GENERAL NACIONES UNIDAS (2020) “Proyecto de texto sobre un régimen simplificado de la insolvencia”. Disponible en: <http://undocs.org/es/a/cn.9/wg.v/wp.170/Rev.1>

personas a la renegociación y el nuevo procedimiento de reorganización simplificada. Siendo esta última expresamente señalada en el mensaje como fundamento para promover el proyecto, ya que dadas las cifras del Boletín estadístico de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SuperIR), entre el 01 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2020 de un total de 7.781 procedimientos concursales iniciados en 2020, solo 58 corresponden a procedimientos concursales de reorganización², lo cual claramente demuestra una baja aplicación de estos procedimientos aún en tiempos de crisis.

Contenido del Proyecto

El profesor Juan Luis Goldenberg, invitado por la Comisión de Economía del Senado³, a propósito del segundo trámite constitucional, señaló que el proyecto establece normas de ajuste y normas estructurales. Las primeras están enfocadas en solucionar ciertos problemas prácticos o adecuarlos a la realidad de los procedimientos, los segundos aquellas que modifican de forma sustancial la ley concursal.

Dentro de las reglas de ajuste, tenemos la modificación a las nóminas de veedores y liquidadores, la ampliación de la protección financiera concursal en el procedimiento de reorganización concursal y también la disminución de los montos de las deudas, que son requisitos para que las personas deudoras puedan acogerse a los procedimientos concursales de liquidación simplificada y renegociación concursal.

Nueva definición de empresa deudora, «discharge» e incidente de mala fe

Dentro de las reformas estructurales del proyecto de ley resulta llamativa la modificación a la definición de empresa deudora, la limitación del «discharge» de los procedimientos concursales de liquidación y el incidente de mala fe que puede suscitarse durante el procedimiento concursal de liquidación y liquidación simplificada.

Se modifica la definición de empresa deudora en el artículo 2 N° 13 de la Ley Concursal (y, por ende, se amplía la definición de persona deudora, por su definición residual en el artículo 2 N° 25), se elimina la referencia a la persona natural contribuyente de segunda categoría por el artículo 42 N° 2 de la Ley de la Renta (quienes ejercen profesiones liberales o cualquier otro tipo de ocupación lucrativa no comprendidos en la primera categoría, informalmente denominados quienes “boletean”); quedando únicamente una referencia a las personas naturales que dentro de los 24 meses anteriores al inicio del procedimiento concursal hayan sido contribuyentes de primera categoría. Este cambio busca evitar que los profesionales liberales que busquen repactar sus créditos se acojan únicamente al procedimiento de reorganización concursal de empresa deudora, lo cual podría ser excesivamente costoso por las rentas adquiridas y ahora tengan como opción viable ante la posible insolvencia el procedimiento de renegociación concursal.

Respecto al «discharge» o descargo, es decir, la extinción de los saldos insolutos de los acreedores al término de un procedimiento de liquidación concursal, se agregan unas excepciones referentes a ciertos créditos, esto es, que no se extinguen, como aquellos asociados a pensiones alimenticias, delitos o cuasidelitos civiles o penales, prestaciones de seguridad social y aquellos

² SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (2021), “Boletín Estadístico Procedimientos Concursales- Ley N° 20.720 1 de Enero al 31 de Diciembre” Disponible en: <https://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2021/01/Bolet%C3%ADn-Estad%C3%ADstico-Mensual-Diciembre-2020.pdf>

³ SENADO, Video de la Sesión disponible en: <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/economia/comision-de-economia/2021-03-08/193736.html>

determinados por el nuevo incidente de mala fe del deudor. Esta norma no constituye ninguna novedad en el régimen concursal comparado, dado que ha tenido aplicación internacional como es el caso del Title 11 del US Code de Estados Unidos en su section 523 (a).

Este nuevo incidente de mala fe consagrado en el nuevo artículo 166 bis, consagra con causales específicas y no genéricas la mala fe, siendo estas: (a) cuando a propósito de la solicitud del procedimiento de Liquidación Voluntaria de la Empresa deudora, o en el caso de la nueva Liquidación Voluntaria Simplificada, se entregaren documentos o se indique activos del deudor de forma incompleta o falsos, y; (b) A propósito del procedimiento de liquidación concursal el deudor hubiese ocultado o destruido bienes.

Lo que si bien parece una noción muy restrictiva dado las posibles situaciones en que el deudor en su deber de cuidado infrinja la buena fe, especialmente en el caso de liquidación simplificada donde se elimina la incautación de bienes, la normativa debería evitar los posibles abusos por parte de los acreedores, lo cual estará a la prudencia de los senadores o el futuro legislador revisar si debe o no agregarse nuevas causales o alguna causal genérica mediante una indicación.

Ahora bien, el problema de la consagración como expresó el profesor Guillermo Caballero⁴ en su intervención en la Comisión de Economía, es la falta de regulación de la “buena fe contractual” en el artículo, dado que no resulta del todo claro porque no se amplía este incidente a contratos celebrados en conocimiento del estado de insolvencia con antelación al concurso, siempre y cuando sea bajo un tiempo determinado, siendo que el efecto del incidente no es el mismo que una acción revocatoria.

Nuevos Procedimientos concursales

Se establecen 2 procedimientos nuevos para las empresas deudoras que sean personas naturales contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría, y para las micro y pequeñas empresas, entendidas como aquellas así definidas por el artículo segundo de la Ley N°20.416 (criterio en razón de la cantidad ventas y servicios anuales) y acorde al artículo 505 bis del Código del Trabajo (criterio en relación al número de trabajadores) ambos requisitos copulativos. Estos nuevos procedimientos son el de liquidación simplificada (que también tiene aplicación para las personas deudoras) y de reorganización simplificada, ambos procedimientos con un énfasis en la simplificación y abaratar los costos para las mypes al entrar en estos procedimientos y que los acreedores puedan hacer efectivos sus créditos.

Dentro de las medidas especiales tomadas en estos procedimientos a diferencia de liquidación y reorganización de la empresa deudora vemos entre otras cosas:

- a. La eliminación el requisito del certificado de auditor externo para la determinación del pasivo en el caso del procedimiento de reorganización simplificada, reemplazada por una declaración jurada suscrita por el deudor o su representante (nuevo artículo 286 y 286 A)
- b. La eliminación de la incautación para el procedimiento de liquidación concursal (nuevo artículo 275)
- c. La eliminación de las juntas constitutivas ordinarias o extraordinarias de acreedores en el procedimiento de liquidación simplificada y reorganización simplificada; sin perjuicio de un porcentaje de que a lo menos 25% del pasivo puede citar extraordinariamente a junta extraordinaria en el caso de liquidación (nuevo artículo 278) y de un 30% del pasivo con

⁴ SENADO, Primer informe de Comisión de Economía del Boletín 13802-03. Disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=13802-03

derecho a voto en la reorganización y se vota mediante presentación del tribunal en la reorganización simplificada (nuevo artículo 286 L).

- d. Se le da un rol activo al veedor en la formulación de la propuesta de acuerdo (artículo 286 B N° 4) y velar por el cumplimiento del deudor en sus obligaciones laborales (nuevo artículo 25 N° 10) en el nuevo procedimiento de reorganización simplificada.

Comentarios finales

Como señalaron la profesora Lorena Carvajal y el profesor Goldenberg en la sesión de la Comisión Economía en el Senado ya comentada, lo criticable *per se* del proyecto está en las remisiones de las normas para los procedimientos de persona deudora, como por ejemplo, la mantención de únicamente acciones revocatorias con causales revocabilidad objetiva para los procedimientos nuevos, lo que si bien hace sentido respecto a la persona deudora, no se explica porque no serían aplicables las causales de revocabilidad subjetiva o modificaciones de estatutos. Al mismo tiempo, el proyecto establece únicamente como medio de realización de bienes en la liquidación simplificada la venta al martillo, lo que debería ampliarse para consignar la venta como unidad económica u otros modos de realizar bienes que sean acordes a que nos encontramos ante una empresa y no necesariamente una persona natural.

Ahora bien, en relación al panorama actual de nuestra legislación de insolvencia y procedimientos concursales, resulta latente dentro del proyecto una implementación a largo plazo de nuevas formas de entender las mypes y revisar nuestra normativa de micro y pequeñas empresas, lo que se puede apreciar en la noción del proyecto al aplicar los procedimientos no solo a las mypes definidas por la Ley N° 20.416, sino también el requisito de que se consideren mype según el artículo 505 bis del Código del Trabajo. Al mismo tiempo, el descuido del Ejecutivo y de los congresistas en no modificar aún el artículo undécimo de la Ley N° 20.416, que fija el “Cierre o Reorganización de las Micro y Pequeñas Empresas en Chile”, siendo que puede resultar fundamental para las micro y pequeñas empresas actuales tener conocimiento y poder tomar medidas prudentes en relación a su solvencia y así poder enfrentar en fase preconcursal su situación económica, o generando un rol más activo en otros procedimientos al Asesor Económico de Insolvencia, o generando un consultor crediticio que permita apoyar y buscar nuevas formas de financiamiento de las empresas de menor tamaño en dificultades económicas.

Si bien el proyecto presenta procedimientos judiciales con menores costos para los deudores y para los acreedores, resulta a lo menos curioso que se optara únicamente por establecer procedimientos judiciales y no velar por formas extrajudiciales de promover lo que precisamente establece el mensaje en relación con la reorganización concursal, es decir, que las empresas no caigan en una insolvencia que no deja más remedio que un proceso de liquidación.

A nivel internacional se ha llamado a una reestructuración y permitir sistemas extrajudiciales efectivos en materia de concursos⁵⁻⁶ y sus posibles beneficios al tratar los casos concursales antes que necesiten judicializarse⁷, lo curioso es que efectivamente Chile prevé mecanismos

⁵ BANCO MUNDIAL (2020) “COVID-19 Outbreak: Implications on Corporate and Individual Insolvency”. Disponible en: <https://pubdocs.worldbank.org/en/912121588018942884/COVID-19-Outbreak-Implications-on-Corporate-and-Individual-Insolvency.pdf>

⁶ BECKER, ULRICH Y PIERRE (2020), Corporate debt burdens threaten economic recovery after COVID-19: Planning for debt restructuring should start now”. Disponible en: <https://voxeu.org/article/corporate-debt-burdens-threaten-economic-recovery-after-covid-19>

⁷ ATKINS, NAVARRO, PLAATJE, ODUWOLE Y UTTAMCHANDANI (2020) Panel de discusión, “Insolvency in the Context of Covid-19: Can Out-of-Court Workouts Flatten the Curve of Insolvency”. Disponible video en: <https://www.worldbank.org/en/events/2020/10/28/insolvency-in-the-context-of-covid-19>

extrajudiciales e incluso preconcursales para las micro y pequeñas empresas; y la exclusión del proyecto de modernizar y adaptar estos procedimientos a las necesidades actuales de las micro y pequeñas empresas de sistemas que pueden operar extrajudicialmente, sea un procedimiento administrativo llevado por parte de la SuperIR (como la renegociación de persona deudora), o uno contractual homologable mediante resolución judicial (como la reorganización extrajudicial) debiese a lo menos ser analizado por el Senado, o servir de antecedente para un nuevo proyecto de ley.

El proyecto de Ley se encuentra en el Segundo trámite constitucional en el Senado y ha sido aprobado en general y se le ha ampliado el plazo para formular indicaciones hasta el día 14 de mayo.