Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

REVISTA DE DERECHO

AÑO XLVI — Nº 167

ENERO - DICIEMBRE DE 1979

ESCUELA DE DERECHO

CONCEPCION—CHILE

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"LA QUIEBRA Y LA REALIDAD ACTUAL"

HECTOR OBERG YAÑEZ
Departamento de Derecho Procesal
Universidad de Concepción

I

"La obra del legislador no es útil y duradera sino cuando, atenta a la tradición de un pueblo, regula y endereza las manifestaciones de sus necesidades de acuerdo con la conciencia jurídica del momento...". (Mensaje del Ejecutivo al enviar Proyecto de la Ley de Quiebras el 22 de septiembre de 1928).

De todos es sabido que nuestra legislación concursal actual es en su esencia de corte liberal e individualista, pues, así también lo fueron sus fuentes inspiradoras. Nos parece, sin embargo, que esta situación puede y debe cambiar, siguiendo la idea de que el Derecho Comercial en general tiende hacia la publicidad, o como dicen algunos autores, "se tiñe de Derecho Público". Y es por estos motivos de orden público que se ve intervenir más y más al poder público en materia comercial, a fin de estimular el comercio y la industria a través de reglas apropiadas y que, en definitiva, van a poner al servicio de la Nación, no ya al profesional comerciante aislado que en su aislamiento no tiene ni fuerza ni poder económico, sino a la empresa, y la agrupación de personas y capitales afectas a una labor creadora de riquezas. Particularizando esta idea y refiriéndola a la materia que nos preocupa, podemos sostener que "el derecho concursal debe responder en su conjunto a los intereses reales y concretos de la sociedad sobre las consideraciones privadas..., no es una simple cuestión entre deudores y acreedores que deba resolverse según... la justicia conmutativa, sino que está directamente relacionada con el interés del Estado en mantener la regularidad de las relaciones crediticias y, principalmente, en lograr la integridad de las unidades productoras, de las cuales depende el normal abastecimiento y el trabajo del pueblo". (Mensaje del Ejecutivo al Proyecto de Ley sobre Continuación de Actividades).

Este tinte publicístico se encuentra matizado por la diversa tendencia política de cada Estado en particular, de cada concepción del Estado predominante en cada territorio y en cada momento histórico, "problema que si bien ya podía considerarse planteado desde que el Estado existe, no es menos cierto que se pone de manifiesto a partir de la Revolución Francesa y se agrava a consecuencia de las disparidades políticas que se producen por las guerras mundiales de este siglo, que ahondan las diferencias que separan las concepciones políticas de los Estados, con sus ensayos más o menos afortunados de superar las ideas liberales y de canalizar la fuerte presión de las masas en su pugna por conseguir el poder". (Fenech).

No merece duda que el Derecho Comercial, y en especial el concursal, han de estar fuertemente influidos por las concepciones políticas, que a su tiempo poseen dos ámbitos: uno temporal y otro territorial, que, como un sistema de coordenadas, marcan en su punto de coinci-

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dencia un lugar y un momento único al que puede referirse una determinada construcción científica. Y lo que se diga para ese punto —espacio y tiempo— talvez no tenga valor para las otras posibles intersecciones, y de ahí que este Derecho tenga un valor relativo y su concepto y contenido estén en función de ese sistema que determina un país y un momento histórico.

Tampoco podemos desconocer que debemos enfrentarnos con un fenómeno propio del sistema de legislación que nos rige: es la problemática de la supervivencia legislativa o legal. El segmento de realidad que corresponde al Derecho Concursal está regulado por un conjunto de leyes. "Estas leyes fueron dadas en un momento determinado de un país también determinado. Responden a unas concepciones científicas o políticas, las que predominan en un momento determinado en la vida de la nación para la cual se dan y promulgan. Ahora bien, la vida de la ley suele ser más larga que la permanencia del sistema científico y político que le dio vigor. El progreso científico de una parte, las mutaciones políticas de otra, hacen que cuando pasados unos años de su promulgación se quiere estudiar el contenido de aquella ley nos encontramos con una falta de adecuación entre la ley y la realidad social, entre el contenido de la ley y el estado de la ciencia y de las concepciones políticas que matizan en aquel momento el Estado cuyo Derecho... se quiere estudiar o construir. Las leyes procesales responden a una determinada estructura del Estado, su aplicación requiere un complicado mecanismo servido por ingente número de personas que no pueden cambiarse con la facilidad con que se cambian los fenómenos políticos, y precisamente en épocas de cambios políticos es cuando menos posibilidades hay de llevar a cabo las correspondientes mutaciones de todo el complicado sistema cuyo estudio constituye el objeto del Derecho Procesal" (Fenech), y del cual tiene no pocas normas el Derecho Concursal que nos preocupa.

De ahí que pareciere ser que modificando la concepción actual que tenemos de la actividad comercial, sostengamos que ella, como fuente de riqueza pública y de los particulares, no se concibe fuera de un cuadro institucional, determinado a su vez por un cuadro de carácter económico, y que señalará la eficacia del desarrollo del comercio y de la industria. Hoy el beneficio no se espera de la especulación pura y simple proveniente del acto de compra y de reventa, sino de la eficacia y rentabilidad de una organización técnica que forma la empresa, verdadera célula económica de las sociedades modernas.

¿Y por qué nos preocupan las empresas y sus posibilidades económicas, a nosotros hombres de leyes y que posiblemente no tengamos conocimientos adecuados sobre la manera de llevar adelante su desarrollo económico, sus doctrinas y teorías?

La empresa necesita de una vestimenta jurídica para funcionar, y ese ropaje está formado por el contrato de sociedad, que reglamenta las relaciones que ella crea, relaciones entre asociados y dirigentes, entre los órganos sociales y los terceros. Y es en este momento en que nace la sociedad, donde interviene un abogado que fijará de acuerdo al pedido de cada cliente, ciertas actividades, funciones, derechos y obligaciones para esa empresa, pero en todo caso, mirando el punto de vista privado del interesado, no el colectivo ni el social, marco del cual posteriormente le será difícil modificar. Asimismo, será este abogado el que también deberá intervenir cuando esa sociedad se extinga, sea que

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo haga como juez, como funcionario de la Sindicatura de Quiebras, sea que actúe como liquidador de la misma. ¿Pero qué ha pasado en el intermedio? ¿Se ha producido la intervención de alguno de ellos en la marcha de la sociedad-empresa? ¿Han podido influir en su desenvolvimiento, encauzarla en algún sentido, adoptar alguna medida preventiva si su funcionamiento era irregular? Conocemos la respuesta: No existe ninguna posibilidad.

De esta realidad, que nos ha tocado vivir bivalentemente, cómo abogado y funcionario, nos parece que partiendo del concepto de empresa pueden introducirse ciertas modificaciones en nuestro país que nos permitan adelantar nuestro sistema legal, concursal por lo menos en este punto, y hacer frente a un cambio que se va a producir, querámoslo o no, a través del Tratado de Montevideo (ALALC), o de otros sistemas de integración que requieran precisamente una mayor elasticidad de ciertas instituciones, que hoy en día gozan de un avanzado artritismo.

Habrá que considerar, por ejemplo, en este posible cambio, la diversidad de tamaños de la empresa, que tienen objetivos variables, que se transforman al vaivén de las condiciones económicas, la posibilidad fácil de cambiar de un tipo de sociedad a otro, si el crecimiento de la empresa así lo requiere, o al revés, si la forma que se dio le resulta demasiado pesada. Pensamos que incluso deben crearse los mecanismos jurídicos que permitan a las sociedades fusionarse, dividirse o absorberse las unas a las otras, que no son otra cosa que mecanismos destinados a la concentración del poder económico, pues "las duras leyes económicas ya no dejan a las empresas, como a los hombres, sino la elección de vivir agrupadas o de morir absorbidas, a menos que prefieran la lenta agonía solitaria, lo que los poderes públicos no pueden permitir por el derroche de fuerzas y recursos económicos que ello significa dentro de la competencia que lucha en todas partes". (Jean Pierre Guyénot).

Con todo, cualquiera que sea la forma o el procedimiento jurídico que se utilice, no tiene sino un objetivo, la de favorecer y de crear las condiciones de una "producción y de una distribución de masas, con el fin de poner al alcance de un mayor número de hombres un mayor número de bienes y servicios y responder de esta manera a una de las metas principales del Tratado de Montevideo y Acuerdo de Cartagena, cual es la de promover el progreso económico y la elevación de los niveles de vida". (Guyénot).

II

Esta publicización del Derecho Concursal también ha tenido cabida en nuestro país, aunque en menor escala. En efecto, bajo la vigencia del Libro IV del Código de Comercio, el juicio de quiebras estaba regido por el principio de dominio de los acreedores, situación que se alteró en 1925 con la dictación del D.L. 778, que impuso a los acreedores una nómina de personas de las cuales podían elegir a los síndicos; luego, la ley actual sancionó definitivamente esta institución, con la creación de un organismo auxiliar de los Tribunales, la Sindicatura General de Quiebras.

En esta etapa se combinan los impulsos de las partes, del síndico y del juez. Este último incluso tiene facultades investigatorias para determinar la efectividad de la causal de quiebra invocada, y como bien

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

lo sostiene Engelmann siempre que se dé el principio de investigación judicial, ello significa que "sobre y por encima de las partes existe un bien jurídico al que ambas partes quedan subordinadas...", en la especie el interés general que no se llegue a declarar una quiebra en forma arbitraria, puesto que esa situación puede significar la desaparición de un factor productivo de la economía nacional.

No obstante estas claras tendencias hacia la actividad pública, oficiosa de la Sindicatura de Quiebras, que nuestra legislación reconoce hoy en día, hay un aspecto que por haber sido "injertado" con posterioridad a su dictación, no guarda la debida armonía con su texto, y fluye en él claramente el sentido privatista, aun cuando está atemperado por la actividad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia. Nos referimos al convenio judicial preventivo. Por la experiencia que tenemos, pensamos que este instituto es una de las materias que requiere una rápida transformación, pues sus efectos son altamente perniciosos y peligrosos, al permitir mantener en actividad comercial a cierta gente indigna, y que sólo pretende lucrarse a costa de otros, con el agravante de hacer participar en la obtención de tales acuerdos al Poder Judicial y a la Sindicatura General de Quiebras, con lo que revisten de un sello de autenticidad y probidad sus actos dolosos, y que dado el sistema legal vigente no es posible poner atajo, no obstante no ignorarse su objetivo final.

Pareciera, a nuestro entender, que una posibilidad de lograr una real seriedad en este tipo de convenio sería la de dar una injerencia mayor a la función de la Sindicatura de Quiebras, y a través de ella a nuestros Tribunales, quienes, como hoy, decidirían en definitiva sobre la homologación o aprobación del convenio.

¿Cómo podría gestarse esta labor fiscalizadora preventiva de la Sindicatura?

Imaginamos que podría ser viable empleando un sistema análogo al que tiene la Superintendencia de Sociedades Anónimas, exigiendo, por ejemplo, la remisión de balances periódicos, requiriendo antecedentes comerciales a los bancos, tributarios a Impuestos Internos, Tesorería, previsionales a los Institutos respectivos, etc. Su labor estaría dirigida a detectar las posibles fallas que puedan llevar a la destrucción de una actividad económicamente útil, y a evitar este desaparecimiento mediante el arbitrio legal del concordato o convenio preventivo de esa actividad, pero prescindiendo de aquellos que aparecen como responsables del deterioro de esa actividad, y sancionándolos incluso penalmente, si es posible.

Tal vez sea esta idea de la separación entre el hombre que explota o dirige una actividad comercial, principalmente una empresa, y el sentido de esa unidad económica, la que revista mayor relevancia. No se trata de una idea nueva, algo semejante expresó en su oportunidad el Mensaje del Ejecutivo sobre un Proyecto de Ley de Continuación de Actividades, que pretendía mantener en actividad a ciertas empresas, industrias o establecimientos no obstante haber sido declarados en quiebra. Pero la diferencia fundamental que puede observarse entre una y otra idea es que la Continuación de Actividades partía del supuesto de existir una declaratoria de quiebra; en tanto que la idea que exponemos justamente lo que pretende evitar es llegar a la declaratoria de quiebra. En otros términos, lo que propiciamos sería una vacuna, no un antibió-

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tico, y que se aplicaría a través de los Tribunales de Justicia con intervención de la Sindicatura General de Quiebras, en un procedimiento evidentemente jurisdiccional contencioso.

No ha solucionado tampoco el problema indicado el D.L. 1509, de 9 de julio de 1976, referente a la enajenación de unidades económicas en casos de quiebra o de convenios judiciales. Efectivamente, la aludida legislación parte en su art. 1 de la existencia de un activo o patrimonio que conviene mantener indivisible, y que pertenece a una quiebra, aun cuando posteriormente —art. 8— se refiere a los convenios judiciales. En consecuencia, el supuesto es un estado de quiebra con todos los efectos que dicha situación produce. Por lo demás, para que pueda operar el sistema que contempla esta ley respecto de los convenios, éstos deben versar precisamente sobre "la enajenación parcial, desmembración o desarme de una o más unidades económicas de propiedad del deudor", lo que en la práctica generalmente no acontece, ya que las mayorías de los convenios versan sobre la concesión de un mayor plazo o condonación de parte de lo adeudado. Por otra parte, es preciso destacar que queda al margen de este control el convenio extrajudicial, que nos parece justamente el más adecuado para enajenar parcialmente un activo, desmembrarlo o desarmarlo, con lo cual la presunta finalidad protectora de la ley desaparece, pudiendo causarse así un perjuicio irreparable al interés social o económico del país.

Esta separación o disociación a que hemos aludido no contemplada en el Proyecto de Continuación de Actividades y que actualmente el D.L. 1509 tampoco hace, es ciertamente novedosa en el campo del derecho, pues hay que tener en cuenta que la empresa en sí no constituye una persona jurídica que tenga un patrimonio diverso de la persona natural o jurídica dueña de la propiedad. Pero si se admite la posibilidad de separación, se hace con el fin específico de evitar una quiebra, situación que puede irrogar graves problemas, no sólo para el fallido, sino también para todos aquellos que por uno u otro motivo se encuentran vinculados jurídicamente a él, quiebra que significa la desaparición de una empresa económicamente útil a una región, y que tenía la posibilidad de entrar al mercado competitivo, de no haber sido afectada por una quiebra imputable a sus directivos o a otras circunstancias extraordinarias. En otras palabras, lo que se puede pretender es asegurar la supervivencia de ciertas empresas, siempre que ellas tengan posibilidades razonables de realizarse y ser económicamente viables.

En nuestra actual Ley de Quiebras existe, si se quiere, un esbozo sobre este aspecto, que bien podría expandirse y ser el fundamento de la idea que señalamos. Existe, desde hace bastante tiempo, la posibilidad de llegar a un acuerdo con la mayoría de los acreedores, para los efectos de continuar definitiva o provisoriamente la explotación del giro del fallido, pero en estos casos la supervivencia de "la empresa interviene sólo en consideración a los intereses del comerciante deudor", tanto que lo que se pretende ahora es darle un cariz más universalista, en el sentido de que en dicha supervivencia se consideren "los intereses económicos y sociales por encima de los intereses particulares", como sucede en cierta forma en el D.L. 1509, lo que permitirá resguardar la integridad del patrimonio industrial del país, que se ve afectado por la desintegración de las unidades de producción y la seguridad laboral de los trabajadores.

Ahora bien, estas medidas que pueden adoptarse para mantener con vida a esta empresa económicamente viable, significa que las autori-

Artículo: La quiebra y la realidad actual
Revista: Nº167, año XLVI (En-Dic, 1979)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dades judiciales que las vayan a aplicar dispongan de medios de información y de investigación, medios que deben permitirles resolver con pleno conocimiento de causa cada caso particular, para alcanzar el objetivo de interés general.

Mas, los tribunales no sólo deberán tener facultades y poder para la adopción de tales medidas, sino que también deben tener aquellas que posibiliten ciertamente el resurgimiento de la empresa, como sería la de separar a ejecutivos ineptos o negligentes en el manejo de la empresa, como lo manifestáramos precedentemente. Habría una verdadera tutela sobre la empresa en dificultades.

No se nos escapa que pueda argumentarse de contrario que la labor de los tribunales se recargaría en demasía, que no existirían probablemente el número de tribunales para entrar a preocuparse de estos problemas de carácter económico, que tal vez los jueces no tengan suficiente conocimiento técnico de problemas de esta índole, etc. Sin embargo, en este momento entraría a desempeñar su papel de auxiliar de la administración de justicia la Sindicatura General de Quiebras, toda vez que sería este organismo el encargado de mantener esta tutela económico-jurídica sobre la empresa en dificultades. Sería ella la encargada de proporcionar a los tribunales los antecedentes que permitieran al juez tener un conocimiento cabal y completo de la situación de la empresa y de su viabilidad, y de las medidas que a juicio de la Sindicatura podrían adoptarse, y si ellas en definitiva van a permitir el resurgimiento de la empresa afectada y si es necesaria o no la dicotomía de algún directivo, medidas que ciertamente van a requerir de un acuerdo con los acreedores, dado que éstos deberán otorgar una moratoria mientras se cumplen en el futuro las medidas aconsejadas, que deberán controlarse permanentemente en su ejecución. Es el precio de la publicización del Derecho Concursal, y por ende del interés social sobre el privado.

Como Uds. pueden comprender fácilmente, no puedo pretender cubrir con esta exposición todas las facetas del problema, que son múltiples, y que buenamente les suplico traten de imaginar. Sólo he tratado de dibujar, muy esquemáticamente, algunas ideas muy parciales sobre un posible futuro de nuestro derecho de quiebras, y teniendo como meta permitir el intercambio de opiniones y de llamar a preocuparnos de una materia que, no por ser especializada, deja de trasuntar un interés general, pues muchas veces también se suele ir de lo particular a lo general.