

EL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR ¿UN CAMBIO DE TUERCA EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL CHILENA?¹


INCIDENTAL BAD FAITH ON THE PART OF THE DEBTOR: A RACHETING UP OF CHILEAN INSOLVENCY LAW?

Nicolás Carrasco Delgado*

Resumen:

Esta investigación tiene como objetivo examinar si el establecimiento del incidente de mala fe del deudor significó un cambio relevante en el diseño que dispuso la Ley N°20.720. En este sentido, se advertirá que la versión original de la Ley N°20.720, estableció un tratamiento propicio a los deudores incluso en los procedimientos concursales de liquidación. Una potente razón para ello se encuentra en el efecto de extinción de los saldos pendientes de créditos que puede lograrse en esos procedimientos concursales. Pues bien, la Ley N°21.563 contempló un incidente de mala fe que limita o impide tal efecto. Así, es útil indagar acerca de si la consagración de ese incidente modifica el diseño inicial, o bien, logra conservar una regulación favorable a los deudores a través de otras modificaciones legislativas.

¹ Artículo recibido el 17 de marzo de 2025 y aceptado el 10 de mayo de 2025.

* Doctor en Derecho por la U. Autónoma de Madrid. Profesor Asociado de Derecho Procesal de la U. de Chile.  0000-0001-9026-3266. Dirección postal: Pío Nono N°1, Providencia, Chile. Correo electrónico: ncarrasco@derecho.uchile.cl.

Palabras claves:

Derecho Concursal, Procedimientos concursales de liquidación, Incidente de mala fe del deudor, Eficiencia.

Abstract:

The objective of this research is to examine whether the establishment of bad faith on the part of the debtor meant a significant change in the design as provided for by Law N°20.720. In this sense, it should be noted that the original version of Law N°20.720 provided favorable treatment for debtors, even in bankruptcy liquidation proceedings. An important for this is the effect of extinguishing outstanding balances of credits as a result of these bankruptcy proceedings, since Law N°21.563 considered an incident of bad faith any that limits or prevents such an effect. It is thus useful to inquire as to whether the recognition of this incident modifies the initial design, or whether it manages to preserve a regulation favorable to debtors through other legislative modifications.

Keywords:

Bankruptcy Law, Bankruptcy liquidation proceedings, Incidental bad faith on the part of the debtor, Efficiency.

1. INTRODUCCIÓN

La última reforma a la ley concursal (Ley N°21.563), ha introducido diversas modificaciones, siendo uno de los cambios normativos relevantes la excepción al efecto de liberación de los saldos insolutos que quedan al término del procedimiento concursal de liquidación. Lo anterior ocurrirá en caso de que se declare la mala fe del deudor, consagrando incentivos para que éste se comporte colaborativa y lealmente con sus acreedores antes y durante el procedimiento concursal de liquidación.

En esta materia, la versión original de la Ley N°20.720 contemplaba un tratamiento benévolo al deudor en el procedimiento concursal de liquidación², toda vez que, le permitía acceder al efecto liberatorio mencionado, generando un *freshstart*³. Ese beneficio era mayor que el consagrado en la legislación anterior (Ley N°18.175), que establecía la extinción del saldo insoluto de las deudas del quebrado anteriores a la declaración de la quiebra, siempre que se decretara el sobreseimiento definitivo.

A pesar de que el beneficio es el mismo, era difícil y lento obtener un sobreseimiento definitivo porque se requería que transcurrieran 2 años desde que se aprobara la cuenta definitiva del síndico sumado a la necesidad de que una sentencia penal firme calificara la quiebra como fortuita (lo que podía durar muchísimos años), y que el deudor no hubiese sido condenado por ciertos delitos. En cambio, la Ley N°20.720, produce el mismo resultado con la terminación del procedimiento, sin necesidad de esperar ningún otro proceso ni tiempo adicional.

Sin embargo, ese tratamiento propicio al deudor motivó que éstos iniciaran una gran cantidad de procedimientos concursales de liquidación a pesar de no tener bienes, transformando ese procedimiento en un mecanismo de extinción de obligaciones.

Ello generó intentos por revertir esta situación. En esta línea, ciertos acreedores sostuvieron que los deudores estaban abusando de su derecho a obtener el efecto liberatorio. Como consecuencia, los acreedores promovieron

2 REVECO (2022), p. 355.

3 El tratamiento favorable al deudor también se verificaba en los procedimientos de reorganización: CABALLERO (2017), pp. 347-361. Sobre la idea de “*freshstart*” o “nuevo comienzo”, en la discusión parlamentaria que terminó con la dictación de la Ley N°20.720, se hizo presente ante el Senado en el primer trámite constitucional por la entonces Superintendente de Quiebras al indicar que: “Sin duda, esta iniciativa cambiará la vida de miles de emprendedores, quienes tendrán, por fin, una herramienta legal que los ayude a levantarse ante las dificultades económicas para volver a emprender” BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2013), p. 1019.

incidentes que se denominaron de “exclusión de créditos”, que permitieron que ciertas deudas educacionales fueran cobradas y ejecutadas extra concurso de acuerdo con los mecanismos de la Ley N°20.227⁴.

Frente a ese diagnóstico una solución posible era reformar la ley concursal impidiendo el inicio de procedimientos de liquidación cuando el deudor no presente bienes, excluyendo del ámbito concursalllas denominadas quiebras sin bienes⁵.

Una reforma en ese sentido habría evitado tales problemas porque habría determinado que la única vía para perseguir esos créditos habría sido la ejecución individual. Esta última es más rápida y menos costosa que los procedimientos concursales para enfrentar a un deudor que no posee bienes. En este sentido, la antigua Ley N°18.175, disponía que la ausencia de bienes por parte del deudor daba origen al sobreseimiento temporal, que según el artículo 161 significaba que se restituía el derecho de los acreedores a ejecutar individualmente al deudor.

Sin embargo, el legislador optó por establecer un mecanismo sancionatorio al deudor que incurra en ciertas causales que manifiestan falta de colaboración con sus acreedores y una conducta deshonesta hacia la justicia concursal. De esta forma, en este artículo estudiaremos en detalle las causales del incidente de mala fe, indagando en su ámbito de aplicación.

Lo anterior, plantea la duda acerca de si la Ley N°21.563 modifica el propósito inicial pro-deudor de la Ley N°20.720. Para resolver este problema, además de esta breve introducción, se desarrolla el principio de neutralidad (apartado 2), y un par de consideraciones acerca de la clasificación de los procedimientos concursales en favorables al deudor o a los acreedores (apartado 3), lo que entregará un marco analítico para examinar si la normativa concursal chilena establece procedimientos que favorece a alguno de esos

4 CAMPOS y EZURMENDIA (2023), pp. 349-376 y MARTÍNEZ et al. (2022), pp. 187-199.

5 BLASCO (2009), pp. 171-198.

sujetos (apartado 4). En ese contexto, se mencionará que el incidente de mala fe del deudor fue una reacción a la tendencia pro-deudor de la Ley N°20.720 (apartado 5), lo que quedará claro cuando se examine más profundamente sus distintas causales (apartado 6), formulándose luego las conclusiones.

2. PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD CONCURSAL

Las vías procedimentales por medio de las cuales un concurso puede alcanzar sus objetivos son la liquidación (que permite realizar la masa activa) y la reorganización (que permite modificar la estructura de capital del deudor para mantener su funcionamiento). Las legislaciones concretizan esos procedimientos y, muchas veces, difuminan las diferencias teóricas entre procedimientos concursales de liquidación y reorganización. Por ejemplo, la doctrina ha advertido que muchas veces las enajenaciones de la masa activa se asemejan más a una reorganización que a una liquidación⁶. Asimismo, en Chile se han identificado reorganizaciones liquidatorias⁷ que alteran las diferencias teóricas entre esos procedimientos.

Ahora bien, desde una perspectiva dogmática, tanto la liquidación como la reorganización se encuentran en condiciones de mejorar la tasa de recuperación de los acreedores en comparación con el recupero que es posible obtener en un procedimiento de ejecución individual. Así, una situación de viabilidad determinará que la mejor solución procedimental es la reorganización⁸; por su parte, de concurrir inviabilidad esa solución corresponde a la liquidación⁹.

6 BAIRD et al. (2007), pp. 3 y 4; BAIRD y RASMUSSEN (2002), pp. 777 y 788 y BAIRD (2004), pp. 71-82.

7 ALCALDE (2018), pp. 353-357.

8 La viabilidad se verifica cuando el flujo de ingresos futuros de un agente económico actualizados en tiempo presente es superior al valor de liquidación de los activos de ese agente.

9 GOLDENBERG (2018), p. 185.

Por lo anterior, la ley debe posibilitar ambas vías, de modo que se opte por el procedimiento que resulte más apropiado para la estructura de capital y de deudas del deudor. Para alcanzar ese objetivo, la mejor opción regulatoria es la neutralidad, es decir, una política legislativa que no contemple incentivos o sesgos *a priori* a favor de alguno de tales procedimientos. El profesor Puga, en línea con lo anterior, define este principio señalando que “una buena ley concursal debe tener por equivalentes tanto una solución liquidatoria como una de reorganización”¹⁰.

Desde una mirada económica, la neutralidad satisface exigencias de eficiencia¹¹, porque los sujetos concursales son quienes se encuentran en mejores condiciones para determinar la vía procedimental que resulte acorde a la masa activa y pasiva, reduciéndose los costos concursales del error de tipo I (liquidar empresas viables) o de tipo II (reorganizar empresas inviables). Ese resultado de neutralidad es más difícil de conseguir cuando la ley favorece un cierto procedimiento; en cuyo caso, las partes del concurso deben derrotar la regulación preferida por el legislador. Si esa posibilidad de derrota opera a un costo elevado (por la necesidad de que intervengan ciertos órganos concursales o por la exigencia de obtener ciertos quórum de aprobación), entonces, el procedimiento preferido por la ley será el que regirá en el caso concreto, a pesar de no ser el óptimo para la estructura de capital y deuda de un deudor en específico.

Una regulación que respeta el principio de neutralidad es la legislación alemana contenida en la *Insolvenzordnung (InsO)*, cuyo artículo 1° explicita el tratamiento igualitario de los procedimientos de liquidación y de reorganización o plan de insolvencia con miras a alcanzar “la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor”¹², al indicar que ello se logrará “por medio de la realización de los activos del deudor y distribución de sus ingresos o por medio de un acuerdo alternativo en un plan de insolvencia”.

10 PUGA (2016), p. 52.

11 Esta idea se manifiesta en la posibilidad de acordar el procedimiento óptimo: SCHWARTZ (1999), pp. 346-348.

12 DASSO (2008), p. 20.

Tal igualdad se demuestra en que compete a los acreedores determinar el curso del concurso (artículo 157 *InsO*¹³), conclusión con la cual está conteste la doctrina¹⁴. Incluso, en caso de que el deudor pida el plan de insolvencia (reorganización), serán los acreedores quienes finalmente resolverán¹⁵. Ahora bien, ese plan de insolvencia examina comparativamente dos estados de recuperación: la tasa de recuperación ejecutando el plan y esa tasa sin plan. Por racionalidad se aprobará el plan si permite una mayor recuperación en comparación con la liquidación, pero si los acreedores no alcanzan ese punto y el mismo es constatable por el juez, entonces, éste lo impondrá¹⁶.

Ese mismo propósito de eficiencia se encuentra en Chile en el caso del acuerdo de reorganización, donde para reducir las asimetrías de información entre el deudor y los acreedores se exige que el veedor emita un informe previo a la votación de un acuerdo (artículos 57 N°8 y 107 Ley N°20.720)¹⁷. En este sentido, si ese informe determina que la reorganización alcanzará un mayor valor probable de recuperación que la liquidación, entonces, es racional que los acreedores aprueben ese primer procedimiento, sucediendo lo contrario si la mayor recuperación proviene de la liquidación.

A partir de lo anterior, la mejor regulación legislativa es dejar, en cada caso, en manos de los interesados la decisión sobre la vía por la cual tramitar el concurso, recurriendo a su racionalidad para disminuir las pérdidas de bienestar que pueden producirse por la elección equivocada de un procedimiento concursal¹⁸. De ahí se desprende la bondad del principio de neutralidad.

13 Este artículo señala que en una junta de acreedores se decidirá si la empresa será cerrada o podrá continuar, pudiendo encargar al administrador formular un plan de insolvencia y determinar sus objetivos. Esa decisión puede ser modificada en otra junta de acreedores.

14 BRAUN (2006), pp. 316 y 317.

15 Artículo 244(1) *InsO*.

16 Ver reglas de prohibición de obstrucción a la aprobación del plan de insolvencia (artículo 245 *InsO*).

17 CARRASCO (2018), pp. 67 y 68.

18 MIESSLER (2015), pp. 31 y 32.

3. DISTINCIÓN ENTRE PROCEDIMIENTOS FAVORABLES A LOS DEUDORES Y PROCEDIMIENTOS QUE FAVORECEN A LOS ACREEDORES

Con todo, es complejo que una legislación respete el principio de neutralidad, según ha sido advertido en Europa¹⁹, y en Estados Unidos²⁰. Por tanto, en la práctica las legislaciones disponen incentivos que terminan favoreciendo o incentivando a los deudores o a los acreedores²¹.

Povelha investigado la manera en que los procedimientos concursales influyen en los incentivos de los partícipes del concurso, clasificando los procedimientos concursales en procedimientos suaves (*soft*) y procedimientos duros (*tough*)²².

La tesis de ese autor se basa en que el deudor es quien mejor conoce su crisis financiera y, por tanto, puede actuar estratégicamente hacia sus acreedores. Por lo anterior, es indispensable que se determine cuál es el procedimiento óptimo para enfrentar ese comportamiento oportunista. Así, los procedimientos suaves serán óptimos si incentivan al deudor para que inicie prontamente el concurso, lo que significará un costo que debe ser pagado con el hecho que el deudor mantendrá la administración de su actividad económica²³, que, a su vez, aumentará su poder de negociación en relación con sus acreedores²⁴. Así, se ha advertido que un procedimiento concursal suave mejora la declaración oportuna del concurso, pero perjudica la tasa

19 VAN SOLINGE y SOEDERHUIZEN (2023), pp. 16-18.

20 EISENBERG y SUNDGREN (1997), pp. 1532-1567.

21 GOLDENBERG (2012), pp. 315-346.

22 POVEL (1999), pp. 660-662. Un ejemplo de procedimiento pro-acreedor es el *Receivership* inglés, ver: ARMOUR y FRISBY (2020) y un ejemplo de procedimientos pro-deudores es el capítulo 11 *Bankruptcy Code*. Mientras que un punto intermedio es el procedimiento *Vergleichsordnung* alemán, ver: GONZÁLEZ-MÉNDEZ y GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ (2000), p. 359.

23 *Ibid.*, pp. 662-674 y 678.

24 En sentido contrario, sosteniendo que una vez iniciado un procedimiento suave pueden surgir intereses de la administración del deudor que sean coincidentes con los acreedores se pronuncian: MILLER y WAISMAN (2005), pp. 155 y 156.

de recuperación de los acreedores²⁵. Las fuerzas opuestas operan en una ley concursal severa, la que demorará la entrada al concurso, pero incentivará al deudor a un mayor esfuerzo en cumplir sus obligaciones.

Tal es la cuestión fundamental que enfrenta la ley concursal y se manifiesta en la última reforma a la ley chilena, la que busca incorporar mecanismos pro-credores, limitando el efecto extintivo de los saldos pendientes. Esa reforma entrega un contenido sancionatorio a ese procedimiento, al mismo tiempo que implementa otras medidas para que ese carácter duro no perjudique el inicio de los procedimientos concursales.

Si miramos este asunto desde los costos del error concursal, se aprecia que una legislación pro-creedora favorece la producción de mayores costos del error de tipo I (liquidar al deudor solvente); mientras una legislación pro-deudora, es proclive a mayores costos del error de tipo II (reorganiza al deudor insolvente). Así, si en un caso concreto la mejor solución es la reorganización, entonces, un sesgo que favorece la generación de costos concursales de tipo I, podría terminar conduciendo a una liquidación si el deudor no logra derrotar las limitantes para la reorganización²⁶.

Al respecto, son variadas las maneras en que la ley concursal puede favorecer uno u otro tipo de costo del error. Así, habrá casos claros donde la ley beneficia alguno de esos costos, por ejemplo, cuando incentiva el inicio del concurso otorgando preferencias al acreedor instante²⁷. En otras situaciones, los incentivos son más sutiles estableciendo una mayor exigencia de requisitos para comenzar un procedimiento en comparación con las exigencias para incoar otro, favoreciendo aquel que presenta menores requisitos de entrada.

25 BAIRD (1997), pp. 1-48 y AGHION et al. (1994), pp. 849-877.

26 CARRASCO (2020), pp. 4-8.

27 Como la preferencia que adquiriría en el derecho español el crédito ordinario del acreedor que solicitaba la liquidación y que transformaba en crédito preferente el 25% del crédito ordinario (artículo 91.6 de la ley concursal previo a la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).

En este sentido, la tendencia de una normativa a favor de alguno de los costos del error también puede ser intertemporal, por medio de la comparación que los sujetos realizan frente a cambios normativos. Así, una legislación que favorece incurrir en costos del error de tipo I, pero que luego se modifica haciendo más sencillo recurrir a la reorganización (produciendo mayores costos del error de tipo II), podría conducir a una mayor percepción a favor de la reorganización. Este efecto es más intenso cuando se busca desincentivar un procedimiento por mecanismos de sanción (cuando pasamos de un procedimiento concursal pro-deudor a un procedimiento concursal pro-acreedor) porque los mecanismos sancionatorios producen mejores efectos disuasivos.

Es probable que, en la práctica, ese sea el fin que subyace en la modificación de la Ley N°21.563 que restringe el beneficio de liberación de deudas al término del procedimiento de liquidación.

4. ¿QUÉ SISTEMA CONTEMPLA LA NORMATIVA CONCURSAL CHILENA? UNA REVISIÓN A SU DISEÑO ORIGINAL

Para efectos de avanzar en el tema que trata este artículo acerca de si el establecimiento del incidente de mala fe significó un cambio en el diseño de la Ley N°20.720 respecto del tratamiento que los procedimientos concursales entregaban al deudor, es necesario indagar acerca de si la versión inicial de la Ley N°20.720 establecía un diseño favorable al deudor. En lo sucesivo se examinarán cinco razones que permiten sustentar esta última idea.

4.1. Menores exigencias normativas para el inicio de los procedimientos concursales voluntarios

El primer antecedente que permite afirmar que la ley concursal estableció un diseño favorable al deudor se encuentra en que la versión original de la Ley N°20.720 señaló menores exigencias para el inicio del concurso que es presentado por el deudor en comparación a los procedimientos concursales que se incoan a petición del acreedor.

Lo anterior se demuestra en que, para iniciar los procedimientos concursales de reorganización judicial y extrajudicial, así como para solicitar la liquidación voluntaria de la empresa deudora, no es necesario acreditar insolvencia, cese de pagos o alguna otra demostración de situación patrimonial o económica desmejorada o en crisis.

Como consecuencia, se admitieron concursos meramente preventivos de una potencial insolvencia (donde no mediaba incumplimiento del deudor). Al respecto, la doctrina económica es proclive a este resultado²⁸, lo mismo que los autores que valoran el principio de conservación²⁹, y se opone, en cambio, al entendimiento del concurso como instrumento de última *ratio*³⁰.

Asimismo, el hecho de admitir el inicio de procedimientos concursales sin la concurrencia de un presupuesto procesal específico trajo consigo que el concurso se convirtió en un mecanismo paralelo para cobrar créditos, cumpliendo una lógica similar al juicio ejecutivo y al juicio ordinario. Lo anterior, era más claro si se compara con la legislación concursal anterior a la Ley N°20.720, contenida en el Libro IV del Código de Comercio, donde el inicio de las quiebras siempre requería de un presupuesto objetivo calificado (asociado a un estado patrimonial desmejorado³¹), situación que lo diferenciaba de las exigencias para comenzar procedimientos individuales de tipo ejecutivos u ordinarios.

Pues bien, en contraste con esa realidad normativa, la Ley N°20.720, dispuso que, para iniciar un procedimiento concursal de liquidación forzosa, el acreedor debía fundar su petición en alguna causal del artículo 117, que están asociadas al cese en el pago de una obligación que conste en un título ejecutivo vencido con el solicitante (N°1), o bien, en la existencia de dos o más títulos ejecutivos vencidos sin que haya bienes para responder del crédito

28 HART (2009), pp. 159-161.

29 SANDOVAL (2014), pp. 39 y 40 y PUGA (2014), pp. 21-27.

30 JEQUIER (2010), pp. 17-22.

31 GÓMEZ (2003), p. 146.

dentro de cierto plazo contado desde el requerimiento (N°2), o finalmente, cuando la empresa deudora cierre sus oficinas y no deja mandatario para cumplir sus obligaciones (N°3).

Respecto de ellas, la doctrina ha entendido que, en presencia de cesación de pagos, el concurso es una alternativa al juicio ejecutivo. Si bien, el profesor Puga señala que esta regulación conduce a la “desnaturalización del proceso concursal”³², también reconoce que la Ley N°20.720 amplió la posibilidad de pedir un concurso, lo que es compartido por la doctrina³³.

Es interesante que la jurisprudencia percibió que esas consideraciones configuraban un sistema pro-deudor. Como consecuencia, reaccionaron por medio de una interpretación restrictiva de las exigencias que los deudores debían cumplir para acudir al procedimiento concursal de liquidación voluntaria. La razón para esa reacción fue que los tribunales advirtieron el desbalance que se producía entre los intereses de los deudores y los acreedores, porque los primeros accedían a un beneficio a costa de los segundos.

La primera reacción se manifestó en que los tribunales de instancia exigieron insolvencia del deudor para iniciar un procedimiento concursal. Sin embargo, los tribunales superiores frenaron esas decisiones, señalando que el legislador había descartado ese requisito como causal para iniciar una liquidación³⁴.

La segunda reacción exigió que el deudor acompañara un listado de los juicios incoados en su contra. De este modo, si el deudor no tenía ejecuciones, entonces, los tribunales entendieron que no procedía el inicio de la liquidación. En esta línea, se pronunció el 17° Juzgado Civil de Santiago, en la causa rol C-34427-2017 que rechazó una solicitud de liquidación voluntaria, sosteniendo que el deudor solicitante no cumplía con la exigencia

32 PUGA (2014), pp. 57 y 58.

33 GOIC (2023), p. 154.

34 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N°16-2017, de 27 de septiembre de 2017. Considerando 4°.

impuesta por el antiguo artículo 115 N°3 de la Ley N°20.720 al no incluir una relación de sus juicios pendientes. Sin embargo, la Excelentísima Corte Suprema, revocó esa decisión sosteniendo que la sola solicitud de liquidación voluntaria “debe ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia que lleva a iniciar un procedimiento de ejecución universal, precisamente por estimar que dicha situación no es superable”³⁵. Esta decisión ha sido recogida favorablemente por la doctrina³⁶, y sigue lineamientos que habían sido formulados por algunos autores³⁷.

Las reformas de la Ley N°21.563 buscaron reforzar esta primera manifestacional señalar que el deudor debe realizar una “relación de sus juicios pendientes” (artículo 155 N°4 de la Ley N°20.720), solamente en caso de que “los hubiera”.

4.2. Conversión procedimental

La segunda muestra de que la versión original de la Ley N°20.720 consagró una legislación pro-deudora, se encuentra en que el procedimiento concursal de liquidación forzosa puede mutar a un procedimiento concursal de reorganización en diversas oportunidades. Por tanto, el procedimiento concursal que inicia el concurso no necesariamente es el procedimiento concursal que lo concluye.

Esta idea también está presente en el caso del procedimiento concursal de reorganización, pero bajo la lógica sancionatoria de generar una liquidación refleja³⁸. En cambio, cuando el cambio ocurre desde una liquidación a

35 Corte Suprema, Rol N°20.607-2018, de 11 de julio de 2019. Considerando 7°.

36 BARCELÓ (2020), pp. 365-373.

37 CONTADOR y PALACIOS (2015), p. 143.

38 QUIJANO (2023), p. 22. Estos supuestos corresponden a un acuerdo de reorganización, o bien, a la declaración de nulidad del acuerdo (artículo 100 de la Ley N°20.720), o finalmente, si se ha acogido una o más causales de impugnación del acuerdo de reorganización y no se presente una nueva propuesta (artículo 89 de la Ley N°20.720). En cualquiera de esos casos siempre el deudor tendrá el derecho de discutir la procedencia del supuesto que conduce a la

una reorganización se busca favorecer la subsistencia del deudor, de modo que la conversión opera como un incentivo al deudor al darle más de una oportunidad para reorganizarse.

Esta posibilidad de conversión ocurre en dos oportunidades. La primera acontece cuando el deudor se acoge al procedimiento concursal de reorganización judicial durante la audiencia inicial del procedimiento concursal de liquidación, según el artículo 120 N°2 letra a) de la Ley N°20.720. Esta opción es una alternativa dominante del deudor porque a la fecha de optar por acogerse al acuerdo de reorganización judicial no requiere contar con ningún porcentaje de apoyo de los acreedores. A pesar de ello el deudor accederá a dos beneficios: por una parte, demorará la declaración de liquidación, la que sólo podrá decretarse una vez que no se logren los quórum para aprobar un acuerdo de reorganización judicial (artículo 96 de la Ley N°20.720); y, por otra parte, se verá beneficiado con la protección financiera concursal que lo inmuniza respecto de cualquier ejecución que se inicie en el futuro, suspendiendo, además, las ejecuciones ya iniciadas³⁹.

La segunda oportunidad para acceder al procedimiento concursal de reorganización judicial en el marco de un procedimiento concursal de liquidación se extiende hasta que se notifique la nómina de créditos reconocidos (artículo 257 de la Ley N°20.720). En este caso, nuevamente existe una posición dominante del deudor porque la ley ordena que presentada esta

liquidación refleja. Este derecho de oposición no es posible de ser invocado, cuando el deudor es el que solicita la conversión procedimental desde el procedimiento concursal de liquidación al procedimiento concursal de reorganización.

39 La Ley N°20.720, describe la protección financiera concursal, en su artículo 1 N°31, entendiéndola como: “aquel período que esta ley otorga al deudor que se somete al Procedimiento Concursal de Reorganización, durante el cual no podrá solicitarse ni declararse su liquidación, ni podrán iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en los juicios de arrendamiento. Dicho período será el comprendido entre la notificación de la Resolución de Reorganización y el Acuerdo de Reorganización Judicial, o el plazo fijado por la ley si este último no se acuerda”. Al respecto, el profesor Gonzalo Ruz, señala que la protección financiera legal corresponde a una “prerrogativa legal, automática e irrenunciable, esto ya que existe como un incentivo para que la empresa deudora que busca su reorganización pueda mantenerla en funcionamiento.” RUZ (2017), p. 256.

solicitud se debe dar curso a ella en términos que el juez fijará fecha, lugar y hora para la celebración de la junta de acreedores que debe pronunciarse sobre su propuesta. A diferencia de la primera oportunidad, en este caso, el deudor no tendrá el beneficio de la protección financiera concursal, pudiendo afectarse la viabilidad de alcanzar un acuerdo de reorganización judicial porque la mantención de ejecuciones en paralelo (en específico de los acreedores garantizados⁴⁰) reduce las chances del deudor de ofrecer un acuerdo que incluya activos con los cuales generar una reestructuración eficiente.

Cabe mencionar que la Ley N°20.563 no modificó la regulación respecto de esta materia. Asimismo, mantuvo la misma normativa sobre el tercer aspecto que se examinará a continuación:

a) La doble chance de reorganización

La doctrina ha denominado como “doble chance de la reorganización”⁴¹, a la posibilidad que tiene el deudor de insistir en un procedimiento de reorganización, durante la tramitación del procedimiento concursal de liquidación refleja iniciado luego de declararse incumplido un acuerdo de reorganización anterior.

Se trata de una sucesión temporal de procedimientos, que presenta la siguiente secuencia: primero se inicia un procedimiento concursal de reorganización (momento 1), luego se declara incumplida o nula esa reorganización (momento 2), y, durante el procedimiento concursal de liquidación que se inicia reflejamente como consecuencia de la declaración de incumplimiento o nulidad, se solicita el inicio de un nuevo procedimiento concursal de reorganización (momento 3).

40 Esta posibilidad de ejecución subsiste para los acreedores hipotecarios y prendarios respecto de los bienes gravados con hipotecas o prenda (artículo 135 inciso 2° Ley N°20.720).

41 NÚÑEZ y CARRASCO (2014), p. 61.

Es posible apreciar que en el momento 2, subyace la constatación que la restructuración del activo y del pasivo concursado no permitió satisfacer las exigencias crediticias que se proyectaron con ese acuerdo en el momento 1, siendo equivocado el análisis prospectivo contenido en el informe del veedor sobre la posibilidad de cumplimiento del acuerdo de reorganización⁴².

En presencia de una doble chance de reorganización ocurrirá un costo del error de tipo II porque hubo una preferencia por un procedimiento concursal que demoró la liquidación y, por tanto, la satisfacción en tiempo presente de los créditos. Con todo, a pesar de verificarse un error concursal de tipo II, no se impide que el deudor presente una nueva propuesta de reorganización (supuesto 3). Por tanto, esta regulación es proclive al deudor al posibilitar que se demore nuevamente la satisfacción inmediata de los acreedores (por medio de la liquidación) a favor de una segunda adecuación de la capacidad productiva del deudor (a través de una reorganización) que, eventualmente, producirá beneficios futuros para pagar a sus acreedores.

b) El beneficio de extinción de los saldos pendientes de las obligaciones

La muestra más fidedigna del carácter favorable al deudor de la Ley N°20.720 es el beneficio de la extinción del saldo pendiente de las deudas una vez concluido el procedimiento concursal de liquidación. En la versión inicial de esa ley, los autores señalaron que este beneficio se debía otorgar a cualquier deudor sin importar la colaboración prestada a sus acreedores antes o durante el procedimiento. Además, se extendía a todo crédito, cualquiera haya sido su naturaleza⁴³. Al respecto, el artículo 255 inciso 1°, en su versión original, contemplaba un *discharge* que operaba *ipso facto* con la sola ejecutoriedad de la resolución de término. La doctrina no dudó en considerar que este beneficio explicaba la gran cantidad de procedimientos

42 CARRASCO (2020), pp. 15 y 16.

43 CABALLERO y GOLDENBERG (2021), p. 49.

concursoales de liquidación que se habían iniciado. La razón se encontraba en que la extinción de los saldos pendiente correspondía a un incentivo relevante para el deudor⁴⁴.

Según hemos adelantado, esa norma fue modificada por la Ley N°21.563, que para reducir el beneficio creó la institución de la mala fe del deudor, de modo que, de declararse esa mala fe se producirá una limitación total o parcial del efecto extintivo. Esta última reforma restituye al procedimiento concursal de liquidación su connotación pro-acreedora. La consecuencia que podría derivarse de ello es una disminución de la cantidad de liquidaciones. Sin embargo, la Ley N°21.563, introdujo otras dos modificaciones que compensan ese efecto.

En primer lugar, se contempló procedimientos concursales de liquidación simplificada para la persona deudora y para la empresa deudora⁴⁵, introduciendo adecuaciones al tamaño de ciertos deudores, con menos trámites, reducción de exigencias, y, probablemente, disminución de tiempos de tramitación⁴⁶.

La segunda modificación, se tradujo en una nueva conceptualización de la empresa deudora excluyendo a algunas personas naturales que, bajo la anterior redacción, se entendían formar parte de ese concepto. De esta forma, se permite que personas naturales puedan instar a un procedimiento de liquidación más adecuado para la naturaleza de sus obligaciones. En este sentido, en la versión original se generaba el problema que personas naturales

44 Ibid., pp. 47 y 48.

45 Respecto de la empresa deudora es necesario que ella califique como micro o pequeña empresa de acuerdo con el artículo 2 Ley N°20.416 (son microempresas aquellas cuyos ingresos anuales por ventas y servicios y otras actividades del giro no superen las 2400 UF en el último año calendario; y pequeñas empresas aquellas cuyos ingresos sean superiores a 2400 UF y no excedan de 2500 UF en el mismo periodo) y con el artículo 505 bis Código del Trabajo (es micro empresa aquella que tuviera contratado de 1 a 9 trabajadores y pequeña empresa aquella que tuviera contratado entre 10 a 49 trabajadores).

46 Este mismo objetivo estuvo presente en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N°20.720, según se puede apreciar de múltiples referencias que constan en la discusión parlamentaria, entre otras: BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL (2013), pp. 6, 119, 124, 255, 257, 339, entre otras.

eran consideradas empresas, pero se presentaban al procedimiento señalando que su pasivo estaba conformado por deudas de consumo, educacionales y otras que no son habituales de un giro empresarial⁴⁷. Este cambio era algo reclamado por la doctrina nacional que instaba por una solución concursal para el sobreendeudamiento de personas naturales⁴⁸.

Lo interesante es que ambas modificaciones favorecen que deudores que, bajo la redacción inicial de la Ley N°20.720, no concurrían al concurso, ahora lo hagan. Así, a pesar de que la liquidación haya restablecido su carácter pro-acreedor (por el incidente de mala fe del deudor), de todas formas, se seguirá usando mayoritariamente los procedimientos concursales de liquidación voluntaria, según se refleja de los datos obtenidos desde la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento⁴⁹.

Tabla N°1: Número de procedimientos concursales de liquidación (2021-2024)

	2021	2022	2023	Enero-agosto 2024	Total de liquidaciones 2021-agosto 2024 por tipo de procedimiento
Procedimiento de liquidación voluntaria de persona deudora	3481	2288	1775	27	7571
Procedimiento de liquidación voluntaria de empresa deudora	1273	861	901	133	3168

47 GUEVARA (2024), pp. 41-45.

48 CABALLERO (2018), pp. 135-140.

49 No se examinan datos sobre liquidaciones forzosas porque se está estudiando la incidencia de la reforma de la Ley N°20.563 en los deudores.

Procedimiento de liquidación voluntaria simplificada de persona deudora			519	2874	3393
Procedimiento de liquidación voluntaria simplificada de persona deudora			23	190	213
Total de procedimientos concursales de liquidación	4754	3149	3218	3224	

Fuente: <https://www.superir.gob.cl/informacion-y-estadisticas/observatorio-estadistico-superir/>

En la tabla N°1 se indica en la primera columna los distintos procedimientos concursales de liquidación existentes, mientras que en las columnas sucesivas se señalan los diversos años comprendidos en ella. La última columna registra el número total de los distintos tipos de procedimientos concursales de liquidación; mientras que en la última fila se contiene el número total de procedimientos concursales de liquidación iniciados, cualquiera sea su tipo o categoría.

En la tabla anterior se aprecia que el número de procedimientos concursales de liquidación durante el año 2024 es mayor que el número de liquidaciones tramitadas durante los años 2022 y 2023 (ver última fila). Asimismo, se constata que el procedimiento concursal predominante es el procedimiento concursal de liquidación simplificada de la persona deudora que corresponde al cauce procedimental favorecido por las dos reformas que compensaron el efecto pro-acreedor del incidente de mala fe del deudor. Así, ese procedimiento representa el 89% de todos los procedimientos concursales de liquidación voluntaria iniciados el año 2024. Esto último se debe a que

ese procedimiento permite una tramitación más rápida que el procedimiento de liquidación voluntaria de la persona deudora, la que sumado a la mayor cantidad de personas naturales que serán parte del concepto de persona deudora, permitirá encausar una mayor demanda potencial de personas que pueden incoar liquidaciones voluntarias en comparación con el procedimiento concursal de liquidación voluntaria de la empresa deudora.

De esos datos se puede concluir que el aumento en el número de procedimientos concursales de liquidación da cuenta que el establecimiento del incidente de mala fe del deudor solo desincentivará a aquellos deudores que han perjudicado los intereses patrimoniales de sus acreedores y que puedan incurrir en causales de mala fe, según se pasa a examinar.

5. ANTECEDENTES Y RAZONES QUE MOTIVARON LA REGULACIÓN DEL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR

A continuación, se indagará los antecedentes que justificaron el establecimiento del incidente de mala fe del deudor y las posibles implicancias de su regulación respecto del *ne bis in idem*.

5.1. Antecedentes legislativos

En la versión inicial del proyecto que condujo a la Ley N°21.563, ya se disponía una modificación al *discharge* de la Ley N°20.720, limitando su procedencia, desde dos perspectivas.

En primer lugar, se contemplaba que ciertas obligaciones no iban a quedar comprendidas dentro del efecto de liberación de deudas que generaba la resolución que ponía término al procedimiento de liquidación (obligaciones alimentarias y aquellas provenientes de delitos o cuasidelitos penales o civiles).

Y, en segundo término, se dispuso la regulación de un incidente de mala feque, en su descripción inicial, era concebido como un mecanismo por medio del cual los acreedores podían solicitar tal declaración, “cuando los antecedentes declarados por éste sean falsos o incompletos, o el deudor haya cometido actos ilícitos como la destrucción de bienes durante el procedimiento”⁵⁰.

De modo complementario se incrementaban las exigencias al deudor, con miras a favorecer su cooperación y una conducta acorde con las exigencias de buena fe procesal. En este sentido, se disponía que el deudor debía acompañar una declaración jurada y otros antecedentes no exigidos en la versión primigenia de la Ley N°20.720⁵¹. Por lo anterior se consagraron deberes al deudor asociados a la entrega de bienes y antecedentes, bajo apercibimiento de multas o arrestos (artículo 169 inciso 1° de la Ley N°20.720). Asimismo, la falta de la colaboración respecto de esos aspectos facultaba al liquidador para solicitar la declaración de mala fe del deudor (artículo 169 inciso 2° de la Ley N°20.720).

Ahora bien, el proyecto consagraba dos supuestos de procedencia de este incidente. El primero, refería a la circunstancia de que “los antecedentes documentales o la indicación de los activos del deudor informados (...) sean incompletos o falsos” (que en esencia corresponde a la redacción del actual artículo 169 A N°1 de la Ley N°20.720), y, el segundo, permitía esa declaración cuando “No se hubiere facilitado o se haya retenido y ocultado información o destruido bienes o documentos antes o una vez iniciado el procedimiento concursal”, que, según veremos, originó las actuales causales del incidente de mala fe de los numerales 2 y 3 del artículo 169 A de la Ley N°20.720.

50 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 9.

51 Los cuales quedaron finalmente regulados en los artículos 115, 273, y 273 A de la Ley N°20.720.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional ante el Senado, se agregaron la tercera y cuarta causal del artículo 169 A, sin que haya existido mayor discusión al respecto⁵².

Finalmente, por medio de una indicación complementaria realizada en el segundo trámite constitucional ante el Senado, en el contexto del segundo informe de la Comisión de Economía, se incluyó la quinta causal asociada a la declaración de mala fe cuando el deudor hubiera sido condenado en un procedimiento penal por la comisión de un delito concursal⁵³.

En la discusión parlamentaria se sostuvo que el establecimiento de este incidente mejoraba la posición procesal del acreedor en desmedro del deudor. Esta observación es correcta, pero no corresponde asociar a ella una valoración negativa desde una perspectiva concursal, en la medida que el tránsito hacia una legislación pro-creedor mejora la tasa de recuperación de los acreedores.

Por otro lado, también se advirtió que, en comparación con los delitos concursales el incidente de mala fe del deudor generaba un “reproche anticipado de la conducta ilícita, con un estándar más bajo (sana crítica) y la sanción es solo el restablecimiento del derecho al acreedor, sin multas o indemnizaciones adicionales”⁵⁴.

La cita anterior requiere aclaraciones. En primer lugar, es incorrecto señalar que el estándar de prueba aplicable en la especie es la sana crítica porque la sana crítica es un sistema de valoración y no un estándar de prueba⁵⁵, en tanto permite establecer el grado de confirmación de una determina hipótesis de hecho, pero no nos indica si esa hipótesis se tiene por cierta en el proceso (cuál es la finalidad del estándar de prueba). En cualquier caso,

52 Por medio de una indicación sustitutiva que recayó sobre esa norma en el trámite referido, según consta en: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 389 y 390.

53 El texto de esa causal corresponde a la redacción final en la ley aprobada.

54 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 78.

55 LASO (2009), pp. 144 y 145.

tanto en un proceso penal como en un incidente de declaración de mala fe del deudor gobierna el mismo mecanismo de valoración de prueba. Sin embargo, existe una diferencia respecto del estándar porque en el incidente de declaración de mala fe rige un estándar de preponderancia de prueba, y no el estándar penal de convicción más allá de toda duda razonable del artículo 340 del Código Penal⁵⁶.

Además, esa cita yerra al señalar que se verifica un reproche anticipado de una conducta ilícita, porque en caso de que las acciones realizadas por el deudor sean constitutivas de delito, la decisión que respecto de ellas se adopte no incide en la posterior persecución y enjuiciamiento criminal, el que deberá ser llevado a cabo con todas las garantías del proceso penal.

Otra observación realizada durante la tramitación legislativa provino desde la Excelentísima Corte Suprema que, en el informe emitido en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, observó que no se exceptuaban de la declaración de mala fe los “deudores que hayan incurrido en las conductas por errores excusables”⁵⁷. Esto podría implicar que la sola verificación de las causales sea suficiente para configurarlas, equiparándose así errores excusables a los actos dolosos. Sin embargo, esta última interpretación es excesiva y no proporcional, toda vez que, pueden existir errores completamente excusables de parte de los deudores que, de ser advertidos y corregidos oportunamente por ellos mismos y siempre que no perjudiquen la tasa de recuperación de los acreedores, no deberían generar ningún reproche vía incidente de mala fe. En efecto, en estos casos, no habría ningún comportamiento desleal del deudor al advertir el error y corregirlo. Como consecuencia no se produciría ninguna afectación en los intereses patrimoniales de los acreedores.

56 CARNEVALI Y CASTILLO (2011), p. 80.

57 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), pp. 403 y 546.

A pesar de lo anterior, quienes promovieron el establecimiento del incidente de mala fe insistieron que todas las causales que justificaban su declaración eran objetivas y que se basaban en omisiones manifiestas de parte del deudor, sancionándose “la ocultación, falsedad, la destrucción de bienes o antecedentes”⁵⁸.

Sin embargo, se replicó que el propósito sancionatorio ya estaba satisfecho con la regulación de los delitos concursales y las acciones revocatorias⁵⁹, de modo que se corría el riesgo que un mismo hecho o acto fuera sancionado por dos mecanismos distintos. Esto último generó la duda acerca de si la regulación examinada infringe la prohibición de punición múltiple, según se pasa a examinar en el apartado siguiente.

a) Potencial infracción a la prohibición de punición múltiple

La doctrina sostiene que se vulnera la prohibición de punición múltiples cuando existe una aplicación acumulativa de sanciones que sea indicativa de una redundancia incongruente con el juicio de desaprobación jurídica del actuar de que se trate⁶⁰. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre la acumulación de sanciones en regímenes diferentes, como el penal y el administrativo, estimando que es posible la aplicación acumulativa siempre que la valoración de la conducta sea única.

Por ejemplo, en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ha resuelto que no concurre punición múltiple frente a sanciones administrativas y penales por un mismo hecho, en la medida que las distintas sanciones y los distintos órganos que las aplican ponderen la conducta como una sola, existiendo solo una diversificación respecto de los órganos que sancionan⁶¹.

58 Ibid., pp. 106 y 107.

59 Ibid., p. 75.

60 MAÑALICH (2014), p. 559.

61 Tribunal Constitucional, Rol N°3.054-2016, de 2 de junio de 2023. Considerando 62°.

A ello se ha agregado que no se verificaba una infracción a tal prohibición en la medida que sean diversos los bienes jurídicos perseguidos con las distintas sanciones⁶².

En esta línea, Ossandón ha agregado que para configurar una infracción al *ne bis in idem* es irrelevante la circunstancia de que la duplicidad de sanciones sea impuesta por un mismo órgano o tribunal o por diversos órganos en aplicación de estatutos jurídicos diversos⁶³. Lo anterior, tiene importancia a propósito de la declaración de mala fe porque la eventual duplicidad de sanciones puede acontecer, por una parte, por la sanción penal por un delito concursal y, por otra parte, por las sanciones adoptadas en un procedimiento concursal al acogerse una acción revocatoria concursal y al limitarse la extinción de los saldos insolutos como consecuencia de la declaración de mala fe. Ahora bien, para configurar una infracción al *ne bis in idem*, es necesario que todas esas decisiones conlleven la imposición de sanciones⁶⁴, lo que es evidente en el caso de los delitos concursales, las acciones revocatorias y el incidente de mala fe⁶⁵.

62 “Si el fundamento de las dos sanciones obedece al mismo bien jurídico, sin duda se estará frente a una doble punición, en cambio, si obedece a bienes jurídicos diferentes, como en el caso de autos, no se estará frente a una infracción al principio *ne bis in idem*, sino simplemente a la respuesta del ordenamiento jurídico frente a un hecho de diversa naturaleza, realizado en el contexto del mismo acto reprochado.” Tribunal Constitucional, Rol N°12.539-2021, de 3 de noviembre de 2022. Considerando 22°. En el mismo sentido, Corte Suprema, Rol N°21.054-2020, de 28 de septiembre de 2020. Considerando 8°. También, Tribunal Constitucional, Rol N°12.527-2021, de 3 de noviembre de 2022. Considerandos 17° y 41°.

63 OSSANDÓN (2018), pp. 963 y 964.

64 Así ha sido resuelto por la jurisprudencia constitucional, donde se ha recalcado que para la procedencia de una infracción al *ne bis in idem*, se debe resolver si las medidas que se dicen estar en infracción con la punición múltiple son o no sanciones, ver: Tribunal Constitucional, Rol 9.097-2020, de 28 de septiembre de 2020. Considerando 9°.

65 El carácter sancionatorio del incidente de mala fe emana de la Historia de la Ley N°21.563, mientras que el carácter sancionatorio de las acciones revocatorias concursales se desprende de la jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema, Rol N°15.988-2013, de 15 de enero de 2015. Considerando 3°. La doctrina se manifiesta en la misma línea: GOLDENBERG (2016), pp. 120 y 123.

En base a lo señalado se debe determinar cuáles son los objetivos buscados por la ley con la imposición de esas tres medidas. En una primera aproximación, y sin querer agotar el tema, resulta problemática la duplicidad de sanciones en sede concursal en aquellos casos donde la acción revocatoria y el incidente de mala fe se basan en la persecución de unos mismos propósitos y objetivos legislativos. En este sentido, la acción revocatoria concursal y las causales del incidente de mala fe del artículo 169 A N°3 y 4 de la Ley N°20.720, persiguen un mismo fin que es castigar civilmente actos que distraen o disminuyen bienes de la masa activa del deudor, en virtud de unos mismos supuestos de hecho. En esos casos, el legislador reacciona frente a un mismo comportamiento con dos sanciones que están fundadas en una misma finalidad, lo que constituiría una duplicidad que permitiría sostener una redundancia o exceso de reacción y, por tanto, podría ser potencialmente inconstitucional.

Esto último tiene importancia para el presente artículo porque significa que la Ley N°21.563 que estableció el incidente de mala fe generó consecuencias sancionatorias desproporcionadas respecto de los deudores, marcando una diferencia relevante con el tratamiento que la Ley N°20.720 entregaba a esos sujetos.

6. CAUSALES DEL INCIDENTE DE MALA FE

A continuación, se examinarán las distintas causales que justifican una declaración de mala fe del deudor.

6.1. Causal de declaración de la mala fe por incompletitud o falsedad de antecedentes acompañados o indicados por el deudor (artículo 169 A N°1 Ley N°20.720)

La primera causal dispone la procedencia del incidente de mala fe señalando que ella concurre: “Cuando los antecedentes documentales o la indicación de los activos del Deudor informados de conformidad a los artículos 115 o 273 A, fueron incompletos o falsos”. De su lectura se desprende que esta causal procede por dos clases de defectos.

En primer lugar, la norma refiere que “los antecedentes documentales”, presentados por el deudor sean incompletos o falsos. Esos documentos se deben acompañar al momento de iniciar un procedimiento de liquidación voluntaria (artículo 115 de la Ley N°20.720), o bien, al momento de presentar una solicitud de procedimiento de liquidación voluntaria simplificada (artículo 273 A de la Ley N°20.720). Al respecto, la incompletitud y falsedad debe ser entendida de la manera tradicional que se ha concebido tales defectos formales en la prueba documental. Así, un antecedente documental será incompleto cuando le falte materialmente alguna porción, no conteniendo todas sus partes, páginas, o bien, si de ellas no se desprenden las expresiones del lenguaje que correspondan totalmente a su contenido, o bien, este último no se percibe o es ilegible⁶⁶.

Por su parte, la falsedad dice relación con que el documento no emana o no ha sido suscrito por quien aparece formalmente como su autor, o bien, se verifican supuestos en que el documento no se ha otorgado en la forma ni posee el contenido que en él se indica (falsedad ideológica)⁶⁷.

En segundo término, la causal dispone que la incompletitud y falsedad se relaciona con las declaraciones que realiza la empresa deudora respecto de “la indicación de los activos”, lo que nos reconduce a expresiones escritas del deudor sobre los activos que presenta en su demanda de liquidación. En

66 BORDALÍ (2024), pp. 365 y 366.

67 Nuestra jurisprudencia sigue este entendimiento, Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°647-2019, de 12 de marzo de 2020. Considerando 13°.

esta materia, en la historia del establecimiento de la norma, se objetó que esta causal correspondía a una circunstancia vaga y difícil de entender porque la ley no incluía ejemplos para aclarar lo que se pretendía sancionar⁶⁸.

Sin embargo, de la lectura de los artículos 115 y 273 A de la Ley N°20.720, queda en evidencia que “la indicación de los activos” solo puede referirse a los requisitos de los numerales 1° y 3° de esos artículos.

En efecto, tales normas disponen que el deudor debe presentar la lista o nómina de sus bienes (artículos 115 N°1 y 273 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720); así como, la lista o nómina de los bienes legalmente excluidos de la liquidación (artículos 115 N°1 y 273 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720). Esos listados están asociados a la conformación de la masa activa del concurso, es decir, a los bienes sobre los cuales recaerán las pretensiones de pago de los acreedores⁶⁹.

En estos casos, la ley se coloca en el escenario que el deudor efectúe una relación parcial o fragmentada de los bienes que forman parte o que están excluidos de cada uno de esos procedimientos. Por ejemplo, si el deudor dolosamente informa una menor cantidad de bienes de aquellos que son exigibles en ambos supuestos se configuraría una falsedad ideológica, siempre que lo anterior no sea corregido oportunamente por el deudor.

Por otro lado, el deudor puede cometer una falta de completitud si respecto de un bien que es parte de la masa acompaña antecedentes parciales sobre las inscripciones de dominio, derechos reales o gravámenes que pesan sobre tal activo.

68 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 77.

69 RUZ (2019), p. 81.

Este segundo caso de incompletitud o falsedad únicamente puede ser incurrido por el deudor y no por sus abogados porque los deberes de colaboración son atribuibles al primero. Además, siempre que la normativa concursal ha deseado hacer extensible las sanciones a los asesores del deudor, lo ha señalado expresamente⁷⁰.

Finalmente, este segundo supuesto no comprende otras declaraciones o menciones que debe realizar el deudor a propósito del cumplimiento de las exigencias de los artículos 115 y 273 A de la Ley N°20.720, como sucede con el numeral 4° de ambos artículos que ordenan al deudor presentar una “relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales, si los hubiere”.

Sobre estos antecedentes, la ley exige que se acompañe una descripción de los procesos seguidos contra el deudor, pero, ese señalamiento no constituye un antecedente documental sobre los cuales pueda recaer una objeción de incompletitud o falsedad.

6.2. Causal de declaración de la mala fe por la destrucción u ocultamientos de información o antecedentes realizados por el deudor previo al concurso (artículo 169 A N°2 Ley N°20.720)

La segunda causal de declaración de mala fe dispone: “Cuando el Deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el procedimiento concursal, hubiere destruido u ocultado información o antecedentes documentales”.

La Excelentísima Corte Suprema, en su informe en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, realizó tres objeciones sobre esta causal. La primera, expresaba que la norma en su versión original configuraba la mala fe del deudor cuando éste hubiera “facilitado” información. La segunda, sostenía que esa redacción no establecía un plazo para que los hechos o actos puedan originar la declaración de mala fe. Finalmente, se

70 Como ocurre en materia concursal penal según los artículos 464 quáter del Código Penal.

cuestionaba el carácter “eminente objetivo [de la causal] que no permite exceptuar de esta sanción a los deudores que hayan incurrido en estas conductas por errores excusables”⁷¹.

Pues bien, la primera observación fue salvada durante el segundo trámite constitucional. Asimismo, la redacción definitiva de la norma solucionó el segundo cuestionamiento porque dispuso un límite temporal, toda vez que, solo se sancionarán los actos realizados durante los dos años anteriores al inicio del procedimiento concursal de liquidación.

Por su parte, la tercera observación se proyecta respecto de la totalidad de los motivos de declaración de mala fe del deudor, cuestionando el carácter meramente infraccional de sus causales, estableciendo incentivos para que los acreedores abusen de los procedimientos concursales de liquidación. Esto último puede ocurrir si los acreedores entienden que meros errores u omisiones pueden motivar el inicio de un incidente de mala fe, a pesar de que no tengan ninguna repercusión en determinar la masa activa o pasiva y siempre que ese error no afecte la tasa de recuperación de los acreedores. De ocurrir lo anterior, efectivamente habrá un abuso de parte de los acreedores que deberá ser contenido por los jueces concursales, negando lugar a tal incidente.

Volviendo a la redacción de la causal, ella cuestiona la destrucción u ocultamiento de información o antecedentes documentales que el deudor hubiera llevado a cabo dentro de los dos años anteriores al inicio del procedimiento de liquidación voluntaria de que se trate.

Respecto a ese límite temporal se debe destacar que la ley ha establecido un hito que no favorece la fiscalización de los acreedores y el debido comportamiento del deudor, porque como el incidente de mala fe procede en los procedimientos de liquidación voluntaria, entonces, el deudor podrá siempre determinar la fecha de inicio de esos procedimientos atendiendo,

71 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 290.

entre otras consideraciones, el momento en que pudo haber realizado los actos de ocultamiento o destrucción. Por tanto, estará bajo el control del deudor realizar la solicitud de liquidación voluntaria en un momento que exceda el plazo de 2 años que justifica la operatividad de esta cláusula.

En cuanto a los actos que justifican la procedencia de la causal ellos son de dos tipos. En primer lugar, la norma refiere la destrucción de antecedentes documentales o información. Esto último comprende toda actividad que implique hacer desaparecer jurídica o materialmente cualquier dato o documento vinculado con su giro o negocio. Así, se enmarcan en este supuesto acto de eliminación digital de archivos, extracción de registros o datos computacionales, borrado de antecedentes o emails de cualquier clase de sistema informático, destrucción o inutilización de papeles físicos de modo total o parcial, y cualquier otra actuación que conduzca a esos resultados.

En segundo lugar, los actos de ocultamiento se relacionan con toda actividad tendiente a esconder o encubrir datos o documentos del ámbito de la posible fiscalización de acreedores, órganos concursales o de toda persona que requiera el acceso a ellos para el ejercicio de sus funciones. Este entendimiento es similar al que tiene la doctrina penal sobre las conductas de ocultamiento realizadas por deudores que buscan que los bienes “queden fuera del alcance de los acreedores”⁷². En este sentido, podrían incluirse conductas omisivas como no registrar antecedentes comerciales en la contabilidad, llevar registros paralelos asociados al giro del negocio, o esconder antecedentes financieros, tributarios o comerciales de cualquier clase o condición, sean o no que produzcan un resultado concursalmente relevante como perjudicar a todos o alguno de los acreedores.

Finalmente, la norma exige que la destrucción u ocultamiento de información recaiga sobre “información o antecedentes documentales”. Considero que esos dos tipos de materialidad reflejan dos realidades distintas. Los antecedentes documentales, tal como se indicó a propósito de la causal del

72 ETCHEBERRY (1998), p. 389.

artículo 169 A inciso 1° N°1 de la Ley N°20.720, refiere a la prueba documental; mientras que la mención a la “información”, da cuenta de todo dato que tenga relación con el giro, actividad o desarrollo comercial del deudor, cualquiera sea su soporte, pueda o no ser encuadrado dentro del concepto de documento. Por ejemplo, un contrato verbal que signifique disponer de un activo del deudor por medio de su tradición en beneficio de un tercero no tendrá ninguna materialidad documental, pero da origen a una “información” que debe ser registrada, de modo que, si así no ocurre, se habrá ocultado. A la vez, en esta clase de ejemplos, donde la “información” no posee un soporte, puede resultar más difícil configurar un supuesto de “destrucción”.

6.3. Causal de declaración de la mala fe asociado a la destrucción u ocultamiento de bienes o derechos del deudor realizados previo al concurso (artículo 169 A N°3 Ley N°20.720)

La tercera causal señala: “Cuando el Deudor, dentro de los dos años anteriores o durante el Procedimiento Concursal, hubiere realizado actos que impliquen la distracción u ocultación de bienes o derechos de su patrimonio”.

En la tramitación legislativa se manifestó la similitud entre esta causal y el motivo cuarto que versa sobre las acciones revocatorias. Sin embargo, el profesor Goldenberg precisó las diferencias de ambos motivos, indicando “que cuando el numeral 3 se refiere a “distracción u ocultación de bienes”, se trata de actos materiales, mientras que las acciones revocatorias concursales a que se refiere el numeral 4, es respecto de actos jurídicos, y por eso se requiere de una sentencia para dejarlos sin efecto”⁷³. A lo anterior se debe sumar que los actos de distracción u ocultamiento de bienes o activos son actividades materiales del mismo modo que se verifica cuando existe distracción u ocultamiento de información o antecedentes documentales en la causal N°2.

73 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 441.

En cualquier caso, en el evento que el concepto de “actos” susceptible de una acción revocatoria concursal pudiera entenderse incluida en actuaciones de ocultamiento o distracción de activos, esos actos son susceptible de ser encuadrables en esta causal siempre que no exista una sentencia firme y ejecutoriada como sí se exige para que rijan la cuarta causal. Por tanto, frente a actos que constituyan, a la vez, ocultamiento o distracción de bienes o derechos del patrimonio del deudor podría existir duplicidad de instrumentos, al ser admisible la declaración de mala fe y la acción revocatoria concursal. Esa duplicidad perseguiría propósitos sancionatorios tanto al impedir el *discharge*, como al propósito del ejercicio de la acción revocatoria del bien o derecho materia del acto objetado (artículo 292 de la Ley N°20.720). Según indicamos esa duplicidad basada en la protección de unos mismos objetivos podría constituir una contravención a la prohibición de punición múltiple.

Finalmente, existe una diferencia entre los actos comprendidos en esta causal y el cuarto motivo, porque la distracción u ocultamiento no necesariamente involucra un acto ejecutado o celebrado por el deudor con un tercero, como sí es indispensable que acontezca en las acciones revocatorias concursales⁷⁴. Así, la distracción u ocultamiento de bienes o derechos de la tercera causal, comprende situaciones donde el deudor por sí y ante sí extrae de la masa activa bienes o derechos, sin que éstos pasen a formar parte del patrimonio de otra persona. Se trata de actos donde los bienes o derechos quedan excluidos fácticamente del concurso debido a actuaciones que ejecuta exclusivamente el deudor y que impiden su persecución o incautación. Al respecto, podrían mencionarse ocultamiento que usen tecnologías de bitcoins que en la actualidad permiten anonimizar la propiedad a través de servicios de *mixing*⁷⁵, o, sistemas descryptados que difuminan la vinculación entre activos digitales y sus propietarios⁷⁶.

74 GOLDENBERG (2016), pp. 96, 100, 104, 115 y 116.

75 BEDECARRATZ (2018), p. 89.

76 FINANCIAL ACTION TASK FORCE (2015), pp. 15-38.

6.4. Causal de declaración de la mala fe por la dictación de una sentencia firme en materia de acción revocatoria concursal (artículo 169 A N°4 Ley N°20.720)

La cuarta causal se configura: “Cuando el tribunal hubiere acogido por medio de una sentencia firme o ejecutoriada una acción prevista en el Capítulo VI”.

Este motivo de declaración de mala fe del deudor tuvo una evolución durante la discusión legislativa, ya que, originalmente estaba restringida a aquellas acciones revocatorias ejercidas de conformidad con el artículo 288 de la Ley N°20.720, que trata la revocabilidad subjetiva.

Por ello, el profesor Goldenberg advirtió a la Comisión de Economía del Senado que era necesario extender esta causal a toda sentencia definitiva firme que acoja acciones revocatorias, sean éstas subjetivas como objetivas⁷⁷. La explicación se basa en que la revocabilidad objetivada cuenta de actos gratuitos que “representan una disminución innecesaria del patrimonio del deudor”⁷⁸, no siendo coherente que quedaran fuera de la declaración de mala fe.

De esta forma, este motivo amplía los supuestos a los actos gratuitos u onerosos que haya ejecutado el deudor⁷⁹.

Ahora bien, en términos de debido proceso cabe preguntarse si la tramitación de un procedimiento previo a la declaración de mala fe se satisface con la substanciación del juicio sumario que se exige para la condena de la acción revocatoria concursal.

77 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 440.

78 ALARCÓN (2017), p. 37.

79 Sobre el comportamiento deshonesto del deudor puede consultarse literatura de España, BASTANTE (2021), p. 306-316; en Alemania, EMERSON (2015), pp. 615-624; y, en Estados Unidos, KENNEDY (1974), pp. 428-434.

El problema surge porque este último procedimiento no está estructurado para posibilitar que el deudor se defienda respecto de la existencia de antecedentes que demuestren la “gravedad de los hechos” vinculados con la declaración de mala fe. De acuerdo con el artículo 196 A de la Ley N°20.720, de esa evaluación dependerá la extensión de la sanción que se adopte en ese incidente. Sin embargo, lo discutido en el juicio de revocación concursal cuya sentencia motiva la cuarta causal no se extiende a determinar la gravedad en el comportamiento del deudor.

Por tanto, la decisión acerca de una acción revocatoria no es suficiente para que el juez concursal se pronuncie sobre las consecuencias e implicancias que trae consigo la extensión de la sanción asociada a la declaración de mala fe. Al respecto, la circunstancia de que una misma decisión judicial genere dos efectos sancionatorios, sin que, esa decisión sea consecuencia de la tramitación de un procedimiento que permita la defensa de los aspectos que deben ser ponderados en la segunda sanción, podría vulnerar el debido proceso.

6.5. Causal de declaración de la mala fe del deudor asociada a la dictación de una condena penal por delitos concursales contra el deudor (artículo 169 A N°5 Ley N°20.720)

La quinta causal procederá: “Cuando el Deudor hubiere sido condenado, en el marco del mismo Procedimiento Concursal, por cualquiera de los delitos concursales previstos en el Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal”. Esta causal nuevamente introduce el tema de la multiplicidad de sanciones por la comisión de unos mismos hechos. Sin embargo, como se expresó, el problema de prohibición de punición múltiple no se verifica a propósito de este motivo porque persiguen fines diversos a la sanción penal.

Con todo, esa doble reacción y diversificación de sanciones, es un desincentivo para que los deudores inicien el concurso, porque de hacerlo quedarán afectos a las posibles consecuencias negativas que se siguen de un juicio penal y del incidente de mala fe del deudor⁸⁰.

En efecto, con esta causal se agrava la complejidad examinada en el motivo anterior porque el juez penal no tiene competencia para pronunciarse sobre la gravedad de la conducta de mala fe del deudor, la cual únicamente cabe ser examinada por el juez concursal. Esto marca una diferencia con aquellos casos donde se ha acogido una acción revocatoria concursal, en que la participación de un mismo juez en tal decisión y en el incidente de mala fe, facilita la evaluación del factor de “gravedad” que es necesario para determinar si el efecto liberatorio es total o parcial.

Lo anterior es relevante, porque el artículo 169 A inciso 3° de la Ley N°20.720 dispone, a propósito de este motivo y de la causal cuarta, que el juez resolverá de plano sobre la declaración de mala fe, una vez que se allegue al proceso los antecedentes de la condena penal y la revocación concursal. Sin embargo, es evidente que la decisión asociada a determinar la extensión de la limitación del efecto liberatorio no puede ser adoptada de plano si no se incorporan elementos de juicio al proceso⁸¹. De este modo, a la luz del artículo 89 Código de Procedimiento Civil, es conveniente que se inicie un incidente para que la empresa deudora tenga la oportunidad de aportar argumentos y prueba sobre un asunto que no se ha discutido en el juicio penal, pero que incidirá en la extensión de la sanción que se adopte en el incidente de mala fe.

80 WHITE (1994), pp. 268-295.

81 De hecho, no podría el juez resolver de plano porque no existen elementos probatorios que se hayan aportado al proceso sobre esta materia. En este sentido, recordemos que de conformidad con el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, el juez puede resolver de plano aquellos incidentes cuyos hechos consten en el proceso o es de pública notoriedad.

7. ASPECTOS PROCESALES Y SUSTANTIVOS DE LA DECLARACIÓN DE MALA FE DEL DEUDOR

Según el artículo 169 A de la Ley N°20.720, la declaración de mala fe del deudor puede ser solicitada por el liquidador o por cualquier acreedor (incluso si no ha sido afectado por la causal invocada). Respecto de estos últimos sujetos es necesario que se encuentren aceptados en esa calidad en el procedimiento concursal de liquidación lo que ocurrirá con la publicación de la nómina de créditos reconocidos (artículos 70 y 71 de la Ley N°20.720).

El inciso 3° del artículo 169 A agrega una facultad de oficio al tribunal del concurso para declarar la mala fe, una vez que se haya acogido una acción revocatoria concursal, o bien, cuando tome conocimiento que el deudor ha sido condenado por alguno de los delitos concursales del párrafo 7 del título IX del libro II del Código Penal.

En cuanto a la tramitación de la declaración de mala fe, ella se somete a los trámites de los incidentes, remitiéndose implícitamente a las reglas del título IX del libro I del Código de Procedimiento Civil. Con todo, alguna de esas reglas debe entenderse modificada.

En este sentido, se ven alteradas las reglas sobre el plazo u oportunidad para deducir el incidente (artículos 84 a 86 del Código de Procedimiento Civil), toda vez que, en materia de declaración de mala fe la única oportunidad para producir el efecto preclusivo ocurre cuando la resolución de término adquiere carácter de firme y ejecutoriada.

También se modifican las normas sobre valoración de prueba, en atención a que el inciso 2° del artículo 169 A de la Ley N°20.720, dispone que la prueba se valorará de conformidad con las reglas de sana crítica. Cabe indicar que ese mismo sistema de valoración de prueba es utilizado, en ge-

neral, en materia concursal⁸², y sirve para determinar la procedencia de la condena penal asociada al quinto supuesto de procedencia de la declaración de mala fe⁸³. Con todo, ese mecanismo de valoración no es el que rige en materia procesal civil⁸⁴.

Por otra parte, la sentencia que se dicte en este incidente tendrá la naturaleza de una sentencia interlocutoria de primer grado, al resolver un incidente y establecer derechos permanentes para las partes (artículo 158 inciso 3 Código de Procedimiento Civil)⁸⁵, toda vez que, como consecuencia de la sentencia que declara la mala fe tanto ese sujeto como los acreedores tienen certeza definitiva acerca que se extinguirán o no todos o partes de los saldos insolutos que no hayan sido satisfechos con la liquidación.

Asimismo, según se indicó, la resolución que determina la mala fe del deudor debe establecer si la no extinción de los saldos insolutos será total o bien “sólo se extinguirán un porcentaje a prorrata respecto de todos los acreedores” (artículo 255 inciso 2° de la Ley N°20.720). Esta última norma hace operativa la declaración de mala fe del deudor, al disponer que el efecto extintivo podrá extenderse más allá de las obligaciones mencionadas, a todas aquellas obligaciones comprendidas en la resolución que declara esa mala fe, siempre que tengan carácter dinerario⁸⁶, porque aquellas que no posean esa naturaleza, no podrán ser verificadas en la liquidación.

Sobre esta materia, Alarcón ha criticado que la norma señale que el juez tendrá la potestad discrecional de disponer una extinción parcial de los saldos insolutos. De hecho, ha planteado que ese efecto sería contradictorio con

82 Por ejemplo, rige ese sistema de valoración de prueba, en materia de objeción de la cuenta final del liquidador según el artículo 52 N°7 letra e) de la Ley N°20.720; a propósito de la decisión a ser adoptada en el juicio de oposición de acuerdo con el artículo 126 inciso final de la Ley N°20.720; respecto de la resolución de controversias que se susciten entre el deudor, el liquidador y otros interesados, según lo dispone el artículo 131 de la Ley N°20.720.

83 Artículo 297 Código Procesal Penal.

84 Donde rige el estándar de preponderancia de prueba, véase: FUENTES (2020), pp. 58 y 59.

85 COLOMBO (1997), p. 477.

86 PUGA (2014), pp. 361-366.

los fundamentos de la institución, los que, deberían conducir a extinguir un porcentaje de créditos específicos y no una extinción a prorrata que afecte a todos los acreedores⁸⁷.

Sin embargo, restar toda aplicabilidad a una institución en atención a que no responde a los supuestos fundamentos teóricos que la sustentan, hace depender la eficacia y fuerza vinculante de las reglas a aspectos dogmáticos, afectando la imperatividad del Derecho y su respeto por los justiciables. Incluso más, la norma que autoriza al juez a modular los efectos de la limitación al *discharge* es una regla vigente que debe ser aplicada por los jueces, quienes deberán ponderar, de conformidad con las reglas epistémicas de la sana crítica, el elemento de “gravedad”, según la evidencia que se rinda. En específico el juez procederá a limitar total o parcialmente el efecto extintivo no atendiendo a su mera “discrecionalidad”, sino que, de acuerdo con la valoración que en concreto realice sobre el factor referido.

En este sentido, el juez deberá valorar el comportamiento del deudor para efectos de resolver si se produce una infracción a las causales de mala fe y a los propósitos que subyacen en cada una de ellas. En este sentido, es importante aclarar cuáles son los fines que se persiguen en dicho incidente. Así, es razonable entender que los deberes de colaboración del deudor con el proceso concursal y los acreedores fundamentan la causal del N°1 del artículo 169 A de la Ley N°20.720; mientras que el derecho de prenda general de los acreedores y la igualdad de trato de los acreedores son los principios que subyacen en las causales del N°2, 3 y 4; y los intereses patrimoniales de los acreedores del deudor expresan el bien jurídico tutelado por los delitos concursales⁸⁸, consagrada en la causal del N°5.

87 ALARCÓN (2023), pp. 83 y 84.

88 MAYER (2017), p. 247.

Así, el elemento “gravedad” debe ser construido a partir de las consecuencias que trae aparejado el actuar del deudor respecto de los objetivos señalados en el párrafo anterior. Atender a ellos y no a la culpabilidad del deudor⁸⁹, es preferible porque así se puede acudir a un parámetro que es más identificable y fácil de alegar y probar en juicio.

En efecto, los principios y objetivos de deberes de colaboración del deudor⁹⁰, derecho de prenda general⁹¹, igualdad de trato de los acreedores⁹² y protección de los intereses patrimoniales de los acreedores⁹³ (fines que subyacen en las distintas causales de mala fe del deudor, según vimos), poseen un sustrato dogmático que permite acudir a ellos (según consta en los pies de páginas anteriores) y generar mayor certeza jurídica. Esto último hace más fiable la actividad jurisdiccional en comparación con el uso de un criterio subjetivo y difícilmente escrutable como es la culpabilidad del deudor.

Para finalizar este apartado, es importante señalar que, como efecto de la resolución de término de los procedimientos concursales de liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad a ese procedimiento. Sin embargo, la Ley N°21.563, excluyó ciertas obligaciones del efecto extintivo, por ejemplo, los alimentos que se deben por ley a personas determinadas, la compensación económica, y las obligaciones derivadas de delitos o cuasidelitos civiles y/o penales.

89 Como ha planteado: ALARCÓN (2023), p. 88.

90 AGUIRREZABAL (2016), pp. 179-195.

91 CÁRDENAS y REVECO (2018), pp. 161-166.

92 RUZ (2019), pp. 85-96.

93 MAYER (2017), p. 268.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿EL INCIDENTE DE MALA FE DEL DEUDOR CAMBIA LA OPCIÓN CONCURSAL CHILENA A FAVOR DE LA LIQUIDACIÓN?

Como bien se puntualizó en la historia de la Ley N°21.563, el *discharge* presenta como característica el hecho de que desplaza el riesgo de insolvencia hacia los acreedores, de modo que, el establecimiento de un efecto extintivo amplio genera una regulación concursal favorable al deudor. Al respecto, sobre ese entendimiento se consideró que la Ley N°20.720, estaba produciendo dos consecuencias negativas: “a) La preferencia de la Liquidación por sobre la Reorganización o Renegociación; y b) La ausencia de mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado del Procedimiento Concursal de Liquidación de personas”⁹⁴.

Según lo desarrollado y en línea con los comentarios vertidos en la discusión parlamentaria, es claro que la versión original de la Ley N°20.720, favorecía el inicio de los procedimientos concursales de liquidación porque entregaba, entre otros, beneficios privados relevantes asociados a la extinción de los saldos pendientes. Por lo anterior, preliminarmente se concuerda con la primera consecuencia reseñada. Sin embargo, esa opinión preliminar debe ser matizada en cuanto a que una limitación del *discharge* no conducirá a un incremento de los procedimientos concursales de reorganización, toda vez que, en el escenario actual, difícilmente se iniciarán mecanismos reorganizativos en aquellos concursos que no tienen bienes o que poseen una masa activa disminuida, porque en tal estructura de activos y pasivos no se permite viabilidad alguna.

De esta forma, la limitación del efecto extintivo de deudas es un mecanismo que restringe la cantidad de procedimientos concursales de liquidación, pero no incrementa los procedimientos concursales de reorganización. Si ello

94 BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023), p. 77.

conduce a un aumento o disminución de la totalidad de los procedimientos concursales dependerá de la incidencia que pueden tener las otras modificaciones de la Ley N°21.563 respecto de los incentivos para acudir al concurso.

En este sentido, según los datos que constan en la tabla N°1 se ha verificado una tendencia al incremento del número total de procedimientos concursales como consecuencia de la simplificación de los procedimientos concursales de renegociación de la persona deudora y la modificación del concepto de empresa deudora, logrando que las personas naturales que estaban catalogadas como empresa, pasen a tener un tratamiento más propio a su calidad de consumidor.

La opinión anterior es consistente con la segunda conclusión discutida en la historia del establecimiento de la declaración de mala fe, asociada a que la versión original de la ley concursal no consagraba mecanismos efectivos para prevenir el uso inadecuado de procedimientos concursales de liquidación. En esta línea, excluir los beneficios originales de ese procedimiento a deudores que incurran en actos que disminuyan su patrimonio o que omita información acerca de sus activos o pasivos (como en general se desprende de los supuestos de procedencia del incidente de mala fe), previene un uso inadecuado de la liquidación. En efecto, todas las causales que originan ese incidente manifiestan un detrimento en la tasa de recuperación de los acreedores y, por tanto, es justo y eficiente limitar los beneficios del deudor como consecuencia de tales actos. En este sentido, durante la vigencia de la versión inicial de la Ley N°20.720 se iniciaban procedimientos concursales de liquidación que no lograban la efectividad de su fin ínsito (aumentar la tasa de recuperación), sino que, solamente, eran un mecanismo para extinguir deudas a causa de un efecto legal, no por el pago. En la medida que esta tendencia se restrinja, entonces, el diseño original de la Ley N°20.720 habrá cambiado y se podrá sostener que la Ley N°21.563, sí produjo una modificación relevante en nuestra normativa concursal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGHION, Philippe; HART, Oliver y MOORE, John (1994): “Improving Bankruptcy Procedures”, en: *Washington University Law Review* (Vol. 72, N°3), pp. 849-877.

AGUIRREZABAL, Maite (2016): “Manifestaciones del principio de colaboración en el nuevo procedimiento concursal de renegociación”, en: JEQUIER, Eduardo (ed.): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 179-195.

ALCALDE, Jaime (2018): “Sobre el ámbito de aplicación del procedimiento concursal de reorganización (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. 31, N°2), pp. 349-357.

ALARCÓN, Miguel (2017): “Comentarios críticos a la subordinación de créditos en las acciones revocatorias concursales”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (Año 24, N°2), pp. 21-68.

ALARCÓN, Miguel (2023): “Comentarios críticos a los efectos del incidente de mala fe en el nuevo artículo 169 A inciso 4 de la Ley N°20.720 y propuestas de solución a partir de los elementos de la noción de abuso del deudor persona natural concursado”, en: *Revista de Derecho (Valparaíso)* (Vol. 61), pp. 65-99.

ARMOUR, John, FRISBY, Sandra (2020): “Rethinking Receivership”, en: *ESRC Centre for Business Research* (N°159), pp. 1-66.

BAIRD, Douglas (1997): “The Hidden Virtues of Chapter 11: An Overview of the Law and Economics of Financially Distressed Firms”, en: *Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics* (N°43), pp. 1-48.

BAIRD, Douglas (2004): “The New Face of Chapter 11”, en: *American Bankruptcy Institute Law Review* (Vol. 12, N°1), pp. 69-100.

BAIRD, Douglas, BRIS, Arturo, ZHU, Ning (2007): “The Dynamics of Large and Small Chapter 11 Cases: An Empirical Study”, en: *Yale ICF Working Paper* (N°05-29), pp. 1-36.

BAIRD, Douglas, RASMUSSEN, Robert (2002): “The End of Bankruptcy”, en: *Stanford Law Review* (Vol. 55, N°3), pp. 751-789.

BEDECARRATZ, Francisco (2018): “Riesgos delictivos de las monedas virtuales: nuevos desafíos para el derecho penal”, en: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Vol. 7, N°1), pp. 79-105.

BARCELÓ, Gonzalo (2020): “¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes contra el deudor?”, en: *Revista de Derecho (Valdivia)* (Vol. XXXIII, N°1), pp.365-373.

BASTANTE, Víctor (2021): “El deudor merecedor de una segunda oportunidad en el Texto Refundido de la Ley Concursal”, en: GÓMEZ, Carlos (dir.): *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (Madrid, Aranzandi), pp. 303-324.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023): “Historia de la Ley N° 21563”. Disponible: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8164/> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2023): “Historia de la Ley N° 20720”. Disponible: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de última consulta: 23.04.2025].

BLASCO, Francisco (2009): “Inexistencia e insuficiencia de activo. El llamado concurso sin masa”, en: *Anuario de derecho concursal* (N°18), pp. 171-198.

BORDALÍ, Andrés (2024): *Proceso civil. El juicio ordinario de mayor cuantía, procedimiento sumario y tutela cautelar* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

BRAUN, Eberhard (2006): *Commentary on the German Insolvency Code* (Düsseldorf, IDW-Verlag).

CABALLERO, Guillermo (2018): “Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor”, en: *Ius et Praxis* (Año 24, N°3), pp. 133-172.

CABALLERO, Guillermo (2017): “La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora. Sentencia Corte Suprema, 9 de mayo de 2017, Rol 4656-2017”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°29), pp. 347-361.

CABALLERO, Guillermo, GOLDENBERG, Juan Luis (2021): “Los efectos de la extinción de los saldos insolutos en el concurso sobre las garantías otorgadas por terceros”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°36), pp. 41-77.

CAMPOS, Sebastián y EZURMENDIA, Jesús (2023): “Sobre la pretendida especialidad de la Ley N°20.027 respecto a la Ley N°20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento en Chile. Reflexiones acerca de las condiciones que debe cumplir una norma para ser considerada especial”, en: *Derecho PUCP* (N°91), pp.349-376.

CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo (2018): *Remedios contractuales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CARNEVALI, Raúl y CASTILLO, Ignacio (2011): “El estándar de convicción de la duda razonable en el proceso penal chileno, en particular la relevancia del voto disidente”, en: *Ius et Praxis* (Vol. 17, N°2), pp. 77-118.

CARRASCO, Nicolás (2020): “Los costos del error concursal: una visión dogmática”, en: Revista de la Facultad de Derecho (N°48), pp. 1-42.

CARRASCO, Nicolás (2020): “El concurso desde una perspectiva procesal”, en: Revista de Derecho (Coquimbo) (Vol. 27), pp. 1-32.

CARRASCO, Nicolás (2018): “Tres razones para la utilización de la eficiencia en el Derecho Procesal Concursal”, en: Revista Chilena de Derecho Privado (N°30), pp. 55-85.

COLOMBO, Juan (1997): Los actos procesales (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristián (2015): Procedimientos Concursales (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

CONTRERAS, Óscar (2010): Insolvencia y Quiebra (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

DASSO, Ariel (2008): Derecho concursal comparado (Santiago de Chile, Legis).

EISENBERG, Theodore y SUNDGREN, Stefan (1997): “Is chapter 11 too favorable to debtors? Evidence from abroad”, en: Cornell Law Review (Vol. 82, N°6), pp. 1532-1567.

EMERSON, Andrew (2015): “Identifying the honest debtor: Section 727 (a) (4) (a) of the bankruptcy code and the need for consistency in denial of discharge proceedings”, en: American Bankruptcy Law Journal (Vol. 89, N°4), pp. 607-624.

ETCHEBERRY, Alfredo (1998): Derecho penal. Parte especial, tercera edición (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (2015): “Guidance for a risk-based approach to virtual currencies”. Disponible en: <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfgeneral/Guidance-rba-virtual-currencies.html> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

FUENTES, Claudio (2020): “¿Por qué es necesario establecer un estándar de prueba en el proyecto de reforma al proceso civil?”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción* (N°37), pp. 51-66.

GOIC, Pedro (2023): “Las modificaciones introducidas por la Ley N°20.720 a la regla del artículo 1496 número 1 del Código Civil y su operatoria en los procedimientos concursales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 61), pp. 145-176.

GOLDENBERG, Juan Luis (2018): “El crédito por intereses en el marco de los procedimientos concursales”, en: *Revista de Derecho (Coquimbo)* (Año 25, N°2), pp. 157-199.

GOLDENBERG, Juan Luis (2016): “El perjuicio como justificación de la revocación concursal”, en: *Ius et Praxis* (Año 22, N°1), pp. 87-128.

GOLDENBERG, Juan Luis (2012): “El problema temporal en el inicio de los procedimientos concursales”, en: *Ius et Praxis* (Año 18, N°1), pp. 315-346.

GÓMEZ, Rafael (2003): “El juicio de quiebra en general, y de la responsabilidad del peticionario en nuestra legislación y en el derecho comparado”, en: *Actualidad Jurídica* (N°7), pp. 129-146.

GONZÁLEZ-MÉNDEZ, Víctor, GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ, Francisco (2000): “Procedimientos de resolución de insolvencia financiera en España: Costes de Insolvencia y Transferencias de Riqueza”, en: *Investigaciones económicas* (Vol. 24, N°2), pp. 357-384.

GUEVARA, José (2024): Procedimientos concursales de reorganización y renegociación (Santiago de Chile, Rubicón Editores).

HART, Oliver (2009): *Firms Contracts and Financial Structure* (Oxford, Oxford University Press).

KENNEDY, Frank (1974): “Reflections on the Bankruptcy Laws of the United States”, en: *West Virginia Law Review* (Vol. 76, N°4), pp. 427-451.

JEQUIER, Eduardo (2016): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

LASO, Jaime (2009): “Lógica y sana crítica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, N°1), pp. 143-164.

MAÑALICH, Juan Pablo (2014): “El principio ne bis in idem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, en: *Política Criminal* (Vol. 9, N°18), pp. 543-563.

MARTÍNEZ, Isnel; GONZÁLEZ, Ismael y SAN MARTÍN, Sol (2022): “Los créditos universitarios en los procedimientos concursales de liquidación voluntaria. Una mirada desde la jurisprudencia chilena”, en: *Prolegómenos* (Vol. 25, N°50), pp. 187-199.

MAYER, Laura (2017): “El bien jurídico protegido en los delitos concursales”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLIX), pp. 255-281.

MIESSLER, Ira (2015): “Creditors’ Rights and Cramdown in Reorganization-A comparative Study of US Law and German Law”, en: *Central European University, LL.M. Short Thesis*, pp. 1-41.

MILLER, Harvey, WAISMAN, Shai (2005): “¿Is Chapter 11 Bankruptcy?”, en: *Boston College Law Review* (Vol. 47, N°1), pp. 129-181.

NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás (2014): *Presente y futuro del Derecho Concursal Procesal Chileno. Una revisión desde el análisis económico del derecho* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).

OSSANDÓN, María (2018): “El legislador y el principio ne bis in ídem”, en: *Política Criminal* (Vol. 13, N°26), pp. 952-1002.

POVEL, Paul (1999): “Optimal “Soft” or “Tough” Bankruptcy Procedures”, en: *Journal of Law, Economics & Organization* (Vol. 15, N°3), pp. 659-684.

PUGA, Juan Esteban (2016): “Mirada crítica de la Ley N°20.720”, en: JEQUIER, Eduardo (ed.): *Estudios de Derecho Concursal. La Ley N°20.720 a un año de su vigencia* (Santiago de Chile, Thomson Reuters), pp. 47-68.

PUGA, Juan Esteban (2014): *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N°20.720* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

QUIJANO, Camila (2023): “¿Liquidación de empresas viables en Chile? Reflexiones en torno a la ausencia de mecanismos de control judicial sustantivo en los procedimientos de reorganización”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. 61), pp. 5-35.

REVECO, Ricardo (2022): “Los acuerdos de reorganización en la práctica actual”, en: *Actualidad Jurídica* (N°45), pp. 353-378.

RUZ, Gonzalo (2019): “La regla par condicio creditorum: ¿Mito o realidad del derecho concursal? De los orígenes históricos de la regla y su expresión en el Derecho concursal actual”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (N°32), pp. 71-100.

RUZ, Gonzalo (2017): *Nuevo Derecho Concursal Chileno* (Santiago de Chile, Legal Publishing).

SANDOVAL, Ricardo (2014): *Reorganización y Liquidación de empresas y personas*. Derecho Concursal (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).

SCHWARTZ, Alan (1999): “Bankruptcy Contracting Reviewed”, en: *The Yale Law Journal* (Vol. 109, N°6), pp.343-364.

VAN SOLINGE, Fien y SOEDERHUIZEN, Beau (2023): “European insolvency law and firm leverage”, en: CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis. Disponible en: <https://www.cpb.nl/sites/default/files/omnidownload/CPB-Discussion-Paper-448-European-Insolvency-Law-and-Firm-Leverage.pdf> [Fecha de última consulta: 08.03.2025].

WHITE, Michelle (1994): “Corporate Bankruptcy as a Filtering Device: Chapter 11 Reorganization and Out-of-Court Debt Restructurings”, en: *Journal of Law, Economics & Organization* (Vol. 10, N°2), pp. 268-295.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Insolvenzordnung, de 05 de octubre de 1994. Parte I del Boletín Oficial Federal, 18 de octubre de 1994.

Ley N°20.416, fija normas especiales para las empresas de menor tamaño. Diario Oficial, 3 de febrero de 2010.

Ley N°21.563, moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley N°20.720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas. Diario Oficial, 10 de mayo de 2023.

Ley N°20.720, sustituye el régimen concursal vigente por una ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo. Diario Oficial, 09 de enero de 2014.

JURISPRUDENCIA CITADA

Corte Suprema, sentencia de fecha 15 de enero de 2015, rol N°15.988-2013.

Corte de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2017, rol N°16-2017.

Corte Suprema, sentencia de fecha 11 de julio de 2019, rol N°20.607-2018.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 12 de marzo de 2020, rol N°647-2019.

Corte Suprema, sentencia de fecha 28 de septiembre de 2020, rol N°21.054-2020.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 21 de abril de 2022, rol N°9.097-2020-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022, rol N°12.539-2021-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 3 de noviembre de 2022, rol N°12.527-2021-INA.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 12 de junio de 2023, rol N°3.054-2016-INA.