

## **Principio de Conservación de la Empresa en la ley 20720.**

Camila Quijano Escobar

El 10 de Octubre del año recién pasado, entró en vigencia la nueva Ley 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas. Dicha ley viene a significar un cambio en la regulación concursal chilena, ya que establece un nuevo régimen y tratamiento de protección a las Empresas y Personas que se encuentren en una situación de insolvencia. Textualmente el primer informe de la Comisión de Economía ante el Senado en su primer trámite constitucional, señala que “[...] el Proyecto de Ley que se presenta a vuestro conocimiento se basa en fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo. Asimismo, y en segundo lugar,... entregar las herramientas idóneas para asegurar que aquellos emprendimientos que simplemente carezcan de la entidad necesaria para perseverar puedan ser liquidados en breve tiempo, estimulando el resurgimiento del emprendedor a través de nuevas iniciativas”<sup>1</sup>.

En virtud de este informe, una de las novedades de esta reforma está en la consagración de instituciones que permitan estimular una reorganización efectiva de empresas viables, lo que se identifica doctrinalmente con el principio de conservación de la empresa. En este orden de ideas, la figura que toma protagonismo en el sistema concursal chileno es el Acuerdo de Reorganización, pactado entre deudor y su masa de acreedores, cuyo objeto es la reestructuración de los activos y pasivos del primero, negociado otras formas o condiciones de pago, para evitar la liquidación (antigua quiebra) de la empresa, pudiendo el deudor en ese tiempo, bajo ciertas condiciones, enajenar o vender bienes propios de su giro o que resulten estrictamente necesarios para el normal desenvolvimiento de su actividad, cuyo cumplimiento no solo permitiría satisfacer los créditos adeudados, además evitar la eliminación de la empresa del mercado.

Sin embargo, durante la tramitación del proyecto de ley, se fue desvirtuando este propósito conservativo; ejemplos de ello fueron las afirmaciones que el ministro de Economía Fomento y Turismo de la época, Pablo Longueira pronunció en el primer informe económico durante el trámite constitucional ante el Senado, como consta en la historia de la ley 20.720<sup>2</sup>. Se deduce de ellas que el propósito de la reforma es el salvataje

---

<sup>1</sup> Véase “Historia de la Ley 20720” preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional disponible en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20720&anio=2015](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20720&anio=2015) (fecha de consulta: 1 de junio de 2015), pag 190.

<sup>2</sup> “El espíritu del proyecto es reorganizar compañías en un plazo claro y preciso, y, finalmente, si ello no es posible, liquidar lo más expeditamente posible. En suma, la ley de quiebras debe ser capaz de salvar la mayor cantidad de compañías, y si tiene que liquidar, obtener la mayor recuperación de activos” Primer informe económico” Véase “Historia de la Ley 20720” preparada por la Biblioteca del Congreso Nacional disponible en [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=20720&anio=2015](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=20720&anio=2015) (fecha de consulta: 1 de junio de 2015), pag 231.

de las empresas en crisis económica, lo que indirectamente determina que debe preferirse, en un procedimiento concursal, la reorganización a la liquidación, a todo evento.

Entender la conservación de la empresa como uno de los propósitos fundamentales no ha estado exento de críticas. Teniendo en cuenta esta idea se precisará sucintamente el origen y contenido de esta directriz, para luego brevemente analizar su adecuación a la legislación chilena en materia de insolvencia.

Los grandes modelos de insolvencia conforme a las finalidades perseguidas por el derecho concursal son dos: por una parte el modelo liquidatorio en el cual “el Estado hace suyos los intereses de los acreedores, al tiempo que busca la eliminación de la empresa económicamente ineficiente. En este sentido [...] la quiebra (como instituto concursal por excelencia) se emplea como un mecanismo de saneamiento, de purificación del sistema económico”<sup>3</sup>. Por otro lado, está el “modelo de corte gubernativo, en la propuesta ofrecida por Joaquim Bisbal, el cual supondrá que el fenómeno de la insolvencia no sólo involucra los intereses privados de los acreedores (ni el interés público de la protección del sistema crediticio), sino, especialmente, un modelo económico que debe ser resguardado a ultranza por los diferentes poderes del Estado. En este contexto es donde surge y se eleva como criterio fundamental el denominado "principio de conservación de la empresa", entendido en su sentido primigenio, fruto del derecho francés, como la anteposición de criterios sociales a los intereses propios del grupo de acreedores comprometidos”<sup>4</sup>.

En virtud del segundo modelo, “el Estado debe elaborar un estándar de empresa conservable -con el exclusivo propósito de que la negociación particular no cancele la tutela de los intereses públicos”<sup>5</sup>. El estándar de empresa conservable adecuado a los fines de este principio es el de la “viabilidad”. En términos económicos, “el análisis conforme a este estándar tiene por objeto el examen minucioso de su capacidad futura para hacer frente a los diferentes compromisos de pagos por ellas asumidos [...] la iniciativa no será viable en caso de que, bien la empresa no sea capaz de hacer frente a sus compromisos de pago [...] o bien la inversión de los accionistas posea un valor actual neto negativo”<sup>6</sup>. “En este sentido es viable si el valor de la empresa en funcionamiento es mayor al de liquidación y si es posible ajustar la nueva estructura crediticia de la empresa de acuerdo a las expectativas reales de subsistencia”<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup>Goldenberg Serrano, Juan Luis, *Bases para la privatización del derecho concursal*, disponible en [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100001&script=sci\\_arttext#n21](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000100001&script=sci_arttext#n21). Visitado por última vez el 1 de junio de 2015, pag 19.

<sup>4</sup> Goldenberg Serrano, Juan Luis, Op cite, pag 21.

<sup>5</sup> Ellenberg Oyarce, Carlos, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas *La nueva orientación del derecho concursal chileno luego de la dictación de las Leyes 20.004 y 20.073: ¿un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?* <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2006/fje.45n/doc/fje.45n.pdf>. Visitado por última vez el 1 de junio de 2015, pag 17.

<sup>6</sup> Rojo Suarez, Javier *El análisis de viabilidad en el marco de concurso de acreedores: técnicas y modelos generalmente aceptados*. Conservación de empresas en crisis, estudios jurídicos y económicos, Editorial La Ley, grupo Wolters Kluwer, España, 2013, pag 159.

<sup>7</sup> Ellenberg Oyarce, Carlos, Op cite, pag 17.

La viabilidad o inviabilidad de la empresa depende entonces de la capacidad crediticia del deudor. Ya lo afirmaba el profesor Puga Vial en el informe comisión de constitución durante la tramitación de la ley 20.720<sup>8</sup>. “Un proceso concursal solo debe propender a optimizar el patrimonio del deudor y eso vale tanto para la reorganización como para la liquidación, pues no existe peor negocio que mantener viva una empresa inviable”<sup>9</sup>. En este orden de ideas, optar por conservar o eliminar una empresa es en realidad una consecuencia al previo análisis patrimonial del deudor, catalogándolo como económicamente viable al pago de los créditos adeudados, y una vez determinado ello, es que se recién se torna preferente la idea conservativa a la idea liquidatoria.

Otra crítica se identifica con el restringir el propósito de mantener la empresa a la reorganización. El principio de conservación de la empresa ya encontraba manifestaciones en la legislación anterior, entre ellas la celebración de convenios judiciales preventivos<sup>10</sup>, simplemente judiciales<sup>11</sup>; la figura de la continuación efectiva del giro de la empresa en quiebra, total o parcial, o sea, la mantención de su actividad, que el síndico podía proponer a la junta de acreedores con el objeto de poder atender en mejor forma o con mayor provecho el pago de todos sus créditos (se realizaba a través de un convenio judicial preventivo); o en la enajenación de activos como unidad económica durante la quiebra<sup>12</sup>, ya que supone la obtención de un mejor precio de realización de bienes, no mediante el mecanismo de pública subasta, martillo o por el síndico, sino a través de la venta de un conjunto de bienes con significado económico y que tienen mayor valor considerados en conjunto que aisladamente<sup>13</sup>. Teniendo a la vista esta última institución, identificar el principio conservativo de la empresa como un fin que busca evitar la liquidación no es idóneo, pues la antigua quiebra o actual liquidación también pudo y puede lograr este propósito (al menos en teoría), si es que la enajenación como un todo a un tercero es más beneficiosa a los intereses de los acreedores.

En definitiva, la concreción del principio de conservación de la empresa como un mecanismo de salvataje empresarial, debe derivarse del análisis racional de la viabilidad del patrimonio del deudor, en el que la opción liquidatoria no debe descartarse *a priori*, pues la mantención de una empresa debe adecuarse no solo a los intereses del deudor y la masa de

---

<sup>8</sup> “En efecto, lo esencial de la elección entre liquidar o reprogramar es la capacidad de crédito del deudor. En teoría, a los acreedores no les conviene liquidar porque sus créditos serán pagados por un activo "valor liquidación" y por tanto preferirán reprogramar. Sin embargo, si la empresa no es viable, no tiene sentido buscar su rescate. Un sistema que sobrevalua la noción de protección de la empresa lo que hace es perjudicar a los acreedores injustamente. Las empresas son entidades gastadoras de riqueza y si ya no son capaces, hay que liquidarlas...”

<sup>9</sup> Puga Vial, Juan Esteban, Comentarios sobre la nueva ley concursal sobre reorganizaciones y liquidaciones, Revista Actualidad Jurídica, N°27, Universidad del Desarrollo, Santiago, Enero 2013, pag 379.

<sup>10</sup> Acuerdo que se celebraba antes de la declaratoria de quiebra entre el deudor y una mayoría especial de acreedores, con el fin de evitar el pronunciamiento de esta). Es un antecedente directo a los actuales Acuerdos de Reorganización.

<sup>11</sup> Aquellos que tienen por objeto dejar sin efecto una quiebra previamente declarada para evitar la liquidación y venta de activos.

<sup>12</sup> Posibilidad que se mantiene en el actual artículo 217 de la ley 20720.

<sup>13</sup> Ellenberg Oyarce, Carlos, Op cite ,pag 23.

acreedores, sino de todos los actores que puedan verse relacionados, ya sea directa o indirectamente a su operatividad en el mercado.