



FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

LA QUIEBRA DEL EMPLEADOR Y SUS EFECTOS EN LA RELACIÓN
LABORAL

**Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

Autor

RAFAEL CASTRO MEZA

Profesor Guía

RICARDO JURI SABAG

Santiago, Chile

Junio de 2014

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	¡Error! Marcador no definido.
INTRODUCCIÓN	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO I	¡Error! Marcador no definido.
PROCESO CONCURSAL Y EL CONCURSO DE INTERESES.....	¡Error! Marcador no definido.
1. Proceso concursal y su contenido multifactorial.....	¡Error! Marcador no definido.
1.1 Evolución normativa del Derecho Concursal en Chile	¡Error! Marcador no definido.
1.1.1 Vigencia del Código de Comercio original	¡Error! Marcador no definido.
1.1.2 Vigencia de la Ley de Quiebras Nº 4.558	¡Error! Marcador no definido.
1.1.3 Vigencia de la Ley de Quiebras Nº 18.175	¡Error! Marcador no definido.
1.2 Naturaleza jurídica del procedimiento concursal	¡Error! Marcador no definido.
1.2.1 Germen del conflicto relativo a la calificación jurídica de la quiebra.	¡Error! Marcador no definido.
1.2.2 Quiebra y su identificación con un hecho económico.	¡Error! Marcador no definido.
1.2.3 Quiebra como juicio de quiebras	¡Error! Marcador no definido.
1.2.4 Quiebra como sinónimo de derecho o proceso concursal	¡Error! Marcador no definido.
1.2.5 Hacia la superación de la equiparación de la quiebra o liquidación con el derecho concursal.....	¡Error! Marcador no definido.
2. Del Orden Público en general	¡Error! Marcador no definido.
2.1 Avanzando hacia el concepto de Orden Público..	¡Error! Marcador no definido.
2.2 Elementos del Orden Público y su recepción jurisprudencial...	¡Error! Marcador no definido.
2.2.1 Orden Público y regulación mínima	¡Error! Marcador no definido.
2.2.2 Imperatividad de las normas de Orden Público.....	¡Error! Marcador no definido.
2.2.3 Irrenunciabilidad de las normas de Orden Público.....	¡Error! Marcador no definido.

2.3	Derecho Concursal y el Orden Público	¡Error! Marcador no definido.
3.	Derecho Concursal y Orden Público Económico	¡Error! Marcador no definido.
3.1	Orden Público Económico	¡Error! Marcador no definido.
3.1.1	Concepto	¡Error! Marcador no definido.
3.2	Orden Público Económico en el Derecho Concursal	¡Error! Marcador no definido.
3.2.1	Intereses del Estado	¡Error! Marcador no definido.
3.2.2	Intereses del síndico.....	¡Error! Marcador no definido.
4.	Escenario del Derecho Concursal: Orden Público Económico y Orden Público Laboral.....	¡Error! Marcador no definido.
4.1	Derechos Fundamentales del empleador	¡Error! Marcador no definido.
4.2	Función de garantía del derecho concursal	¡Error! Marcador no definido.
4.3	Orden Público Laboral y derechos de los trabajadores	¡Error! Marcador no definido.
4.4	Protección del trabajador en el procedimiento concursal..	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO II		¡Error! Marcador no definido.
ESCENARIO NORMATIVO DE LOS TRABAJADORES ANTE LA QUIEBRA DEL EMPLEADOR		¡Error! Marcador no definido.
5.	Marco general de la situación del trabajador ante el resto de los acreedores	¡Error! Marcador no definido.
6.	Desasimiento de los bienes del empleador	¡Error! Marcador no definido.
7.	Créditos laborales y previsionales.....	¡Error! Marcador no definido.
7.1	Prelación de créditos	¡Error! Marcador no definido.
7.1.1	Ideas generales	¡Error! Marcador no definido.
7.2	Preferencias de los créditos laborales y de bienestar social	¡Error! Marcador no definido.
7.3	Contenido de las prestaciones laborales que gozan de preferencia	¡Error! Marcador no definido.
7.3.1	Créditos remuneratorios.....	¡Error! Marcador no definido.
8.	<i>Par conditio creditorum</i> y el carácter protector del Derecho del Trabajo.....	¡Error! Marcador no definido.

8.1	Ideas preliminares	¡Error! Marcador no definido.
8.2	Principio de protección al trabajador	¡Error! Marcador no definido.
8.3	Purga normas laborales y normas de la Ley de Quiebra.....	¡Error! Marcador no definido.
8.3.1	Nulidad del despido por incumplimiento de obligaciones previsionales y determinación de los créditos	¡Error! Marcador no definido.
8.3.2	Acumulación de juicios pendientes al proceso de Quiebra.....	¡Error! Marcador no definido.
9.	Efectos de la quiebra respecto de la vigencia del contrato de trabajo	¡Error! Marcador no definido.
9.1	Vigencia del contrato de trabajo ante la quiebra del empleador en Derecho Comparado	¡Error! Marcador no definido.
9.2	Evolución histórica del tratamiento de vigencia del contrato de trabajo con ocasión de la quiebra en la normativa laboral y concursal chilena	¡Error! Marcador no definido.
9.2.1	Primera estocada: Caducidad del contrato de trabajo	¡Error! Marcador no definido.
9.2.2	Indemnidad del contrato de trabajo ante la sentencia que declara la quiebra del empleador para el legislador.....	¡Error! Marcador no definido.
9.2.3	Segunda estocada: La quiebra como constitutiva de la causal “conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”	¡Error! Marcador no definido.
9.2.4	Tercera estocada: Quiebra del empleador y caso fortuito	¡Error! Marcador no definido.
9.2.5	Cuarta estocada: Crisis empresarial en general, y necesidades de la empresa, en particular como causal de despido del trabajador	¡Error! Marcador no definido.
9.2.6	Quinta estocada: Síndico y despido.....	¡Error! Marcador no definido.
CAPÍTULO III		¡Error! Marcador no definido.
ESCENARIO NORMATIVO DIFERIDO DE LOS TRABAJADORES ANTE LA LIQUIDACIÓN DEL EMPLEADOR		¡Error! Marcador no definido.
10.	Novedades de la Ley Nº 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.....	¡Error! Marcador no definido.
10.1	Objetivos de la Nueva Ley de Quiebras	¡Error! Marcador no definido.

- 10.2 Procedimiento concursal de liquidación como causal de despido.....**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.2.1 Forma de comunicación.....**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.2.2 Documentos acompañantes a la comunicación **¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.2.3 Contenido del certificado de la Superintendencia del Ramo **¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.2.4 Plazo**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.2.5 Errores u omisiones en la comunicación.**¡Error! Marcador no definido.**
- 10.3 Nuevas funciones de la Dirección del Trabajo..**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.3.1 Intimación de los despidos por procedimientos concursales de liquidación**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.3.2 Registro de las comunicaciones**¡Error! Marcador no definido.**
 - 10.3.3 Fiscalización de los liquidadores.....**¡Error! Marcador no definido.**
- 11. Criterio judicial legislado: nulidad despido por cotizaciones insolutas**¡Error! Marcador no definido.**
- 12. Régimen indemnizatorio**¡Error! Marcador no definido.**
 - 12.1 Indemnización sustitutiva del aviso previo**¡Error! Marcador no definido.**
 - 12.1.1 Contenido de la indemnización**¡Error! Marcador no definido.**
 - 12.2 Indemnización por años de servicio**¡Error! Marcador no definido.**
 - 12.2.1 Contenido de la indemnización.....**¡Error! Marcador no definido.**
 - 12.3 Compatibilidad de indemnizaciones.....**¡Error! Marcador no definido.**
- 13. Normas relativas al fuero.....**¡Error! Marcador no definido.**
 - 13.1 Fuero maternal**¡Error! Marcador no definido.**
 - 13.2 Término de contrato mientras penden permisos o descansos**¡Error! Marcador no definido.**
 - 13.3 Compatibilidad de indemnizaciones.....**¡Error! Marcador no definido.**
- 14. Finiquito**¡Error! Marcador no definido.**
 - 14.2 Reglas relativas al finiquito**¡Error! Marcador no definido.**
- 15. Notificación a los trabajadores del inicio del procedimiento concursal.....**¡Error! Marcador no definido.**

15.1	Quiebra de la Empresa.....	¡Error! Marcador no definido.
	CONCLUSIONES	¡Error! Marcador no definido.
	BIBLIOGRAFIA.....	¡Error! Marcador no definido.

RESUMEN

La locución “quiebra” es idónea para ser subsumida dentro de múltiples acepciones, atendiendo a diversos criterios. Desde una primera aproximación, la nomenclatura “quiebra” puede ser examinada en el sentido natural y obvio que autoriza la Real Academia Española de la Lengua¹, en los siguientes términos:

¹ N.B. La vigésima edición del Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, conceptualizaba la quiebra, en el siguiente sentido: “El juicio universal para liquidar y calificar la situación del comerciante quebrado”. Resulta patente el desplazamiento del concepto, desde

“Juicio por el que se incapacita patrimonialmente a alguien por su situación de insolvencia y se procede a ejecutar todos sus bienes en favor de la totalidad de sus acreedores”².

Desde una perspectiva económica, la quiebra implica un estado crítico patrimonial, provocado por “una enfermedad del patrimonio”³.

Por otra parte, introduciéndonos en el examen jurídico de la voz “quiebra”, la doctrina le ha imputado los siguientes alcances:

a) En un sentido empírico, la quiebra puede ser entendida como la materialización de un estado de crisis del patrimonio de su titular.

b) En un sentido estrictamente económico, la quiebra hace alusión a un magno descalabro monetario que desemboca en la declaratoria de quiebra.

c) En un sentido jurídico, la quiebra consiste en el cotejo del estado de quiebra económica para proceder a declararla judicialmente, en virtud de la cual el patrimonio del titular se sujeta a un procedimiento concursal al que concurren, en pago, todos sus acreedores.

uno que define la quiebra desde la perspectiva del fallido hacia uno que hace hincapié en los efectos de la ejecución en beneficio de los acreedores concursales.

² Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, 2001.

³ Loc. utilizada en GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. 2011. El Derecho de Quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 25.

En suma, a propósito de la correlación existente entre la quiebra en su faz económica y la quiebra vislumbrada desde la perspectiva jurídica, la doctrina sostiene la verificación del vínculo “causa-efecto” entre ambas⁴. De manera que, como ha señalado la doctrina clásica, ante el escenario de hecho que consiste en que el deudor se encuentre imposibilitado de dar cumplimiento íntegro y oportuno a sus obligaciones⁵, debe declararse tal situación, en derecho, cumpliéndose, claro está, los requerimientos que la ley exige para tales efectos.

Con todo, en el procedimiento concursal convergen múltiples intereses, que son, a la vez, divergentes en cuanto sus pretensiones. Es de cargo de la legislación concursal, armonizar los intereses de los acreedores, del sujeto pasivo de la quiebra, desde la vertiente patrimonial y económica, como también, los intereses del Estado, en lo que atañe a las aristas sociales y públicas que circundan y se integran en el citado procedimiento.

A mayor abundamiento, cuando el deudor fallido es el empleador, la crisis empresarial o la fortuna adversa de las personas naturales que detentan la calidad de empleador; subsumidas en un procedimiento de liquidación universal⁶, acarrear un impacto económico y serias repercusiones de

⁴ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. op. cit. p. 26.

⁵ PALMA ROGERS, Gabriel. 1948. Legislación de Quiebras. Universidad de Chile, Escuela de Derecho. Santiago, Editorial Universitaria S. A. p. 4.

⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. 2007. Derecho Comercial. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 76.

trascendencia social, constituyendo un centro multifocal con ecos múltiples. Por de pronto, el fallido empleador, se encuentra amparado por los derechos fundamentales que concurren a su respecto, en la gestión y administración de su organización empresarial-laboral, como son los contenidos en los artículos 19 N° 21 y N° 22 de la Constitución Política de la República. La primera de las citadas normas, consagra el derecho relativo al libre desarrollo de cualquier actividad económica, que no sea contraria a la moral, el Orden Público y la seguridad nacional. La segunda, establece el derecho de competir dentro de un plano de igualdad, exento de discriminación arbitraria, con otros agentes económicos⁷; derechos todos, insertos dentro del Orden Público Económico. Por otra parte, a los citados derechos les sobreviene, en cuanto a la radicación del bien jurídico protegido en el patrimonio del empleador, aquel que emerge ante el fracaso de los emprendimientos deducidos en ejercicio del derecho a la libertad de desarrollar cualquier actividad económica, esto es, el potenciamiento de la reorganización por sobre la liquidación patrimonial y el de conservación de la empresa, como unidad productiva y generadora de empleo, por sobre su liquidación, objetivos éstos últimos, perseguidos por la Ley N° 20.720 que “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”, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero del año en curso, cuya aplicación ha sido diferida hasta el mes de octubre del mismo

⁷ CIDONCHA MARTÍN, Antonio. 2006. La libertad de empresa. Madrid, Editorial Civitas. p 412.

año (en adelante “Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas” o “Nueva Ley de Quiebras”).

Sin embargo, la quiebra, en su dimensión ecléctica de índole económico-jurídica, “constituye un riesgo extremo a que está sujeto el que asume una actividad comercial o empresarial; sus consecuencias deben recaer exclusivamente en el empleador y no en los trabajadores, quienes no han tenido parte en la gestión ni administración de ella, razón por la cual sus derechos deben ser respetados íntegramente”⁸.

Acceden, entonces, a los derechos del empleador, insertos dentro del subsistema del Orden Público Económico, los de todos sus acreedores, y entre ellos, preponderantemente, de quienes prestan servicios bajo régimen de subordinación y dependencia, cuyos derechos prorrumpen su extensión en la medida del Orden Público Laboral, asistidos por los intereses sociales por cuya protección debe velar el Estado. De allí que, la determinación y prevalencia de un estatuto por sobre el otro, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial, cuyos criterios serán expuestos a lo largo de la presente memoria.

⁸ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 7076-09, de 28 de enero de 2010, considerando tercero.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, tiene por objeto desentrañar las variantes de interacción conjugadas en una de las materias más complejas y delicadas dentro de la dualidad empresa-trabajo, es decir, en la relación existente entre la vigencia de la relación laboral y la crisis de la empresa materializada en su liquidación⁹.

Resulta inevitable insistir □y aunque parezca majadero□ en la importancia de la materia precitada, toda vez que no existe una construcción doctrinaria que coordine las normas y principios que concurren a su respecto.

La inapetencia de la ciencia forense por el estudio y examen detenido de las implicancias jurídicas de la quiebra del deudor-empleador en la relación laboral y derechos de los trabajadores, debe reivindicarse, en orden a establecer criterios genéricos que permitan resolver los conflictos de convergencia económica y laboral dentro de los procesos concursales. La doctrina mercantil no ha dirigido esfuerzos serios hacia la sistematización de los derechos y formas de participación de los trabajadores con ocasión de la

⁹ N.B. La voz “liquidación”, novedosa en nuestra legislación concursal, ha sido introducida por la Ley Nº 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas. Sin perjuicio de lo anterior, en el presente trabajo utilizaremos indistintamente las expresiones “quiebra” y “liquidación” y no será, sino, hasta el tercer capítulo en donde agudizaremos las expresiones utilizadas, en términos de homogeneizar la nomenclatura contenida en la citada Ley.

quiebra de su empleador, sin perjuicio de que existan referencias aisladas, dotadas de la excelsa autoridad de sus autores¹⁰. En el ámbito laboral, es posible extraer un escenario idéntico al antes descrito: salvo algunas respetables elaboraciones individuales, la relación laboral y los efectos derivados de su extinción, frente a la quiebra del empleador, no han sido objeto que represente atractivo para la doctrina del ramo¹¹.

Entre nosotros, semejante vacancia se produce, además, en el ámbito legislativo. La actual Ley de Quiebras, N° 18.175, publicada en el Diario Oficial el 28 de octubre de 1982, ha ignorado y desatendido durante 32 años, la determinación positiva de los derechos de los trabajadores ante la quiebra del empleador; sensible defecto del cual ha pretendido hacerse cargo la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, que reemplazará a la primera, en materia de legislación concursal.

El presente estudio se articulará en tres capítulos, destinados a avanzar hacia el análisis transversal de las siguientes materias:

a) Proceso concursal y concurso de intereses que colisionan en el enfrentamiento entre el Orden Público Económico y Orden Público Laboral.

¹⁰ El académico Ricardo Sandoval López, señala con muy buen criterio, que “así como la empresa tiene un fin económico cuya protección está prevista por el ordenamiento jurídico, dentro de ella el elemento humano representa un aspecto cuyo amparo debe ser primordial para las legislaciones concursales”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. op. cit. p. 27.

¹¹ v. CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a estabilidad laboral. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (40):185-212.

El primer capítulo estará dispuesto para la exposición del proceso concursal como uno de contenido multifactorial, incluyendo las nociones generales y necesarias para adentrarse en el estudio de los presupuestos de la quiebra. De igual manera, nos abocaremos al delineamiento de los subsectores del Orden Público, económico y laboral, en pos de esbozar entre los derechos fundamentales de empleador y trabajador, en función de limitantes en el ejercicio de unos por sobre otros.

b) Escenario normativo de los trabajadores ante la quiebra del empleador.

El capítulo segundo, se dirigirá a retratar la realidad legal y actual de los trabajadores en la quiebra de su empleador, ante la vigencia de la Ley N° 18.175, con especial acento en los efectos que la quiebra □en su acepción jurídica o normativa□ produce en la vigencia del contrato de trabajo, en la configuración de la quiebra como causal de despido de los trabajadores, en el régimen remuneracional e indemnizatorio de que éstos son titulares, incluyendo en nuestro tratamiento, los pronunciamientos jurisprudenciales □judiciales y administrativos□ consignados al efecto.

c) Escenario normativo diferido de los trabajadores ante la liquidación del empleador.

El último capítulo de la presente memoria, refundirá los principales tópicos modificatorios de la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, en especial, respecto de la situación de los trabajadores y de las modificaciones que van a introducirse al Código del Trabajo, a partir de su implementación.

CAPÍTULO I

PROCESO CONCURSAL Y EL CONCURSO DE INTERESES

1. Proceso concursal y su contenido multifactorial

Ya habíamos adelantado que concurren en la quiebra, en su declaración y en los procedimientos posteriores a ella, múltiples intereses, no afines, por cierto, que deberán ser medidos y armonizados bajo el prisma de los intereses sociales y de los derechos fundamentales consignados en la Carta Fundamental.

Es indudable que la empresa tiene un rol capital en el desarrollo de la economía de un país. Entre nosotros, el propio constituyente incluyó dentro de las garantías fundamentales, el libre desarrollo de las actividades empresariales lícitas, como un derecho cuya protección merece la más alta jerarquía normativa¹², pero no es menos cierto, que la Constitución también reconoció derechos fundamentales con contenido eminentemente laboral¹³. El soporte legal y argumento de historia fidedigna, de la verificación de un contenido

¹² v. CEA EGAÑA, José Luis. 1998. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. V.a. FERNANDOIS VOHRINGER, V. Arturo. Derecho Constitucional Económico: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. 2001. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

¹³ UGARTE CATALDO, José. 2011. La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad. Tesis Doctoral. Santiago, Universidad de Chile. *passim*.

concurso con varias aristas, lo hallamos en el Mensaje del Código de Comercio, que expresa lo siguiente:

“El Libro IV y último del Proyecto trata "De las quiebras". Esta materia, la más difícil, grave e importante de cuantas abraza la legislación mercantil, ha sido por desgracia la más descuidada entre nosotros. Las disposiciones que actualmente nos rigen en materia de quiebras se hallan consignadas en la ley, civil y comercial a la vez, de 8 de febrero de 1837, en el capítulo 17 de la Ordenanza de Bilbao, en el Título 32, Libro 11 de la Novísima Recopilación, y en algunas leyes dispersas que contienen nuestros antiguos códigos; pero el conocimiento más superficial de todas esas disposiciones basta para convencerse profundamente de su absoluta insuficiencia para proteger eficazmente a los acreedores y al comercio en general contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen las quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor, en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquéllas comprometen”¹⁴.

En efecto, en la quiebra quedan comprometidos una triple línea de intereses: los de la sociedad, los de los acreedores y los del deudor. Incluso este último es protegido, no solo en su patrimonio, sino también en el evento de

¹⁴ Código de Comercio de Chile (1865). Publicado en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1865. Mensaje al Ejecutivo. Decimoquinta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 30.

que el concurso lo arroje a un estado de necesidad, consagrando en su favor, el derecho de alimentos¹⁵.

Ahora bien, antes de entrar a profundizar e intentar determinar los derechos que concursan en la quiebra, en la medida en que constituyen tres focos de intereses disidentes [sociedad, acreedores y deudores], es necesario esbozar las principales transformaciones que ha experimentado el Derecho Concursal en nuestro país, para arribar al estado actual.

1.1 Evolución normativa del Derecho Concursal en Chile

La evolución a la que adhiere la legislación concursal en nuestro país, puede ser examinada a propósito de tres hitos normativos que evidencian la flexibilidad que ha debido adoptar el legislador en el propósito de hacer del Derecho de Quiebras, un derecho vivo, esto porque como dejamos sentado con anterioridad, el ámbito concursal, representa una de las materias más difíciles, graves e importantes de cuantas comprende la legislación mercantil.

1.1.1 Vigencia del Código de Comercio original

La primera etapa principia con la época de la dictación del antiguo Código de Comercio chileno¹⁶, que entró a regir el año 1867 y en cuyo Libro IV

¹⁵ BAEZA OVALLE, Gonzalo. 2011. Naturaleza jurídica del proceso concursal. Revista Chilena de Derecho 38(1): 33-56.

se incorporó la regulación de la quiebra. En adhesión a la tendencia imperante en el escenario temporal de carácter comparado, al turno de dictarse el Código de Comercio (1865), el legislador originario dio distinto tratamiento al deudor civil y al deudor comerciante, ante el mismo hecho: quiebra en su dimensión económica¹⁷. En cuanto al primero, hizo procedente el concurso, al cual aún se refieren los artículos 2467 y 2468 del Código Civil¹⁸, cuya reglamentación se encontraba en normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil (artículos 571 y siguientes¹⁹), hoy derogadas. En cuanto al deudor comerciante, le era aplicable el estatuto comprendido en el Libro IV del Código de Comercio (1865),

¹⁶ n. En adelante “Código de Comercio (1865)”, “Código de Comercio originario” o “Código de Comercio de Ocampo”.

¹⁷ ABELIUK MANASEVICH, René. 1993. Las Obligaciones. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 797.

¹⁸ Artículo 2467 del Código Civil: “Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores”. Artículo 2468 del mismo cuerpo normativo: “En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1.a Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas y anticresis que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero.

2.a Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores.

3.a Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato”.

¹⁹ Artículo 571 del Código de Procedimiento Civil originario: “El concurso de acreedores es voluntario o necesario.

Es voluntario el promovido por el deudor, fuera del caso espresado en el número primero del artículo 690.

Es necesario el promovido por los acreedores o declarado de oficio en los casos de los números segundo i tercero del precitado artículo 690”. Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1902. Edición Oficial. Santiago, Imprenta Litografía i Encuadernación Barcelona.

también derogado en el año 1929, por la Ley N° 4.558, a la cual nos referiremos en los párrafos siguientes.

Por ahora nos interesa exponer las principales directrices integradas en el contexto legal que constituye el cimiento originario de la edificación normativa en materia concursal.

a) Como expresáramos con anterioridad, el Código de Comercio de Ocampo, recogió la tendencia europea en torno a la aplicación exclusiva de la quiebra □ como institución □, a los comerciantes, marginando de tal realidad a los deudores civiles como posibles sujetos pasivos de la quiebra.

b) La cesación del pago de las obligaciones calificadas expresamente como mercantiles, constituía el hecho rector de la quiebra, sin perjuicio de que ni siquiera se exigiera la cesación total de los pagos a los acreedores. De allí que, y con toda razón, la doctrina haya especificado que la cesación de pago representaba “una suerte de quiebra virtual, que precedía a la declaración judicial que le correspondía dictar al tribunal de comercio competente, cuyo origen provenía de una ley del año 1838, que modificó el Código de Comercio francés²⁰”.

c) El procedimiento de designación de los síndicos, era judicial, más podía recaer en cualquier persona proba que detentara, a criterio del juez, los

²⁰ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. op. cit. p. 62.

caracteres de solvencia e idoneidad para la administración de los bienes del deudor fallido.

d) Sin lugar a dudas, una de las omisiones más dañinas del Código de Comercio originario, era que no existía un mecanismo □ como el convenio preventivo □ tendiente a evitar la declaración de quiebra del deudor.

1.1.2 Vigencia de la Ley de Quiebras N° 4.558

El 4 de febrero de 1929, entró a regir la Ley de Quiebras, N° 4.558, que equiparaba en tratamiento a los deudores civiles y a los deudores comerciantes, éstos últimos, regidos desde un principio por el Código de Comercio (1865), pero sufriendo un cambio integral de la normativa establecida a su respecto, aplicándoles un régimen más severo que aquel extensible a los deudores civiles, toda vez que la citada ley vino a derogar al Capítulo IV del Código de Ocampo.

El artículo 1º de la Ley N° 4.558, disponía:

“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas en los casos y en la forma determinados por la ley”.

Por otra parte, el artículo 3º de la misma fuente normativa, prescribía:

“El comerciante declarado en quiebra será considerado, en todo caso, como fallido de ese carácter, aun cuando su quiebra no haya sido causada por cesación en el pago de una obligación mercantil”.

En este orden de ideas, el legislador consideró suficiente la cesación del pago de una obligación no mercantil, por parte del deudor comerciante, para dar por establecida la causal de quiebra.

Con todo, cabe señalar que la causal de quiebra, fue especificada, a modo de enumeración taxativa, debido al enmarañamiento generado a propósito de la causal genérica “cesación de pago”, criterio mantenido en la actual Ley de Quiebras, N° 18.175, del Ministerio de Justicia, publicada en el Diario Oficial con fecha 28 de octubre de 1982. Suma y sigue, las principales reformas de la primitiva Ley de Quiebras, han sido sistematizadas, por la doctrina²¹, de la siguiente manera:

a) Corrige las consecuencias derivadas de la inexistencia de una fórmula que permitiera a acreedores y deudor, arribar a un acuerdo preventivo que excluyera la intervención de la justicia, ante el evento de cesación de pagos de éste último.

b) Suprime la figura de los síndicos privados y crea la Sindicatura Nacional de Quiebras, que en su calidad de servicio público, a quien le

²¹ n. La exposición está orientada en las doctrinas impartidas por GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. AA. cit.

correspondía ejercer la administración de los bienes del fallido y efectuar su posterior liquidación.

1.1.3 Vigencia de la Ley de Quiebras N° 18.175

La aun actual Ley de Quiebras N° 18.175, como ya habíamos adelantado, comenzó a regir el 28 de octubre del año 1982, dejando atrás la insigne función de administración de los bienes del fallido, que la antigua legislación había entregado a la Sindicatura Nacional de Quiebras²². En esta evolución normativa, existieron sectores disidentes y opositores hacia la devolución de dicha potestad a los síndicos, alegando una “re-privatización” del procedimiento de quiebra.

Los síndicos, es decir, aquellas personas naturales a quienes compete la administración de los bienes del deudor fallido, con el objeto de realizar dichos bienes, en pro de los intereses del deudor y de los acreedores; dejan de ser funcionarios públicos a propósito de la introducción en nuestra legislación de la actual Ley de Quiebras N° 18.175, y pasan a ser entes autónomos integrados en un listado nacional de síndicos; listado que los habilita para ejercer en calidad de tal.

²² n. La Sindicatura Nacional de Quiebras, reemplazó la antigua Sindicatura General de Quiebras, creada en el año 1929, para luego ser sustituida por la Fiscalía Nacional de Quiebras, en el año 1982. En el marco de la Reforma Procesal Penal, y de acuerdo con las nuevas normas legislativas contempladas en la Ley N° 19.806, la institución finalmente es elevada a la categoría de Superintendencia de Quiebras, relevada, a la vez, por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, a propósito de la aplicación de la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas.

En general, la doctrina coincide en que la Ley de Quiebras N° 18.175 no apuntó hacia la privatización del procedimiento de quiebra, que desde una perspectiva macro, hizo suyas muchas de las normas contempladas en el antecedente normativo al que sucedió, la Ley de Quiebras N° 4.558. Conclusión a la que adherimos y que, por cierto, se encuentra reafirmada por la importante modificación legislativa de la que fue objeto, esto es, la Ley N° 20.004, de 8 de marzo de 2004. La citada ley modificatoria, introdujo en sus disposiciones el objeto inherente de supra dotar a la Superintendencia de Quiebras □organismo público□ en cuanto a las facultades fiscalizadoras de la que era titular, respecto de la administración privada de los bienes del deudor (comprendidos en la masa) ejercida por los síndicos.

Resta insistir en que, tanto en la administración de los bienes del fallido, como en el resto de las aristas del procedimiento de liquidación, existen objetivos generales de bien público. En consideración de la aseveración formulada, y que en términos axiológicos, sustenta la presente memoria e incentiva su estudio consecuente, que la administración de los bienes del deudor no sea ejercida por una entidad pública, no implica, en caso alguno, que estemos en presencia de un procedimiento de carácter privado, toda vez que los intereses que en él participan exceden de aquellos que puedan ser comprendidos dentro de la esfera privada del acreedor, ergo, verificaremos el concurso de intereses de entre los cuales cabe destacar los del Estado, mismo que está llamado a velar por la “conveniencia general y de bien público, cuya

tutela se persigue con la consagración del proceso concursal, lo que constituye un imperativo de Orden Público económico”²³.

1.2 Naturaleza jurídica del procedimiento concursal

El mensaje del Código de Comercio (1865), estatuyó como objeto preferente la protección de los acreedores y comercio, en general, “contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen la quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquellas comprometen”²⁴.

Sentado lo anterior, es necesario despejar la interrogante tendiente a determinar si la quiebra puede ser estimada como sinónimo de derecho o proceso concursal, si es un juicio o si es, simplemente, un hecho económico que requiere declaración judicial, hipótesis éstas, que serán planteadas en los acápite siguientes.

1.2.1 Germen del conflicto relativo a la calificación jurídica de la quiebra

Debemos instituir como antecedente positivo de las divergencias de opinión que pueden suscitarse a nivel doctrinario, jurisprudencial y en el marco

²³ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. op. cit. p. 66.

²⁴ Código de Comercio de Chile (1865). op. cit. p. 30.

de la legislación posterior, a propósito de la calificación intrínseca de la quiebra, la contrapuesta redacción contenida en el Código de Comercio originario y las Leyes de Quiebras, N° 4.558 y N° 18.175.

1.2.2 Quiebra y su identificación con un hecho económico

El Mensaje del Código de Comercio (1865), que ya hemos tenido oportunidad de revisar, aludía sólo a la/s quiebra/s, sin adjetivarla como un juicio o como Derecho de Quiebras. En susodicho contexto, el Código de Comercio de Ocampo concebía la quiebra como un hecho complejo, de carácter material, que debía ser estimado jurídicamente y que consistía en la cesación de pagos, “signo característico de la pérdida absoluta del crédito que causa necesariamente la muerte comercial del negociante”²⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos advertir que la cesación del deudor en los pagos a sus acreedores, durante la vigencia de la legislación de quiebras, contenida en el Código de Comercio de Ocampo, no desembocaba, necesariamente, en el estado de quiebra cuando todos los acreedores, unánimemente otorgan esperas al deudor común²⁶. Advertimos, en lo antes expresado, que la cesación de pagos respecto del deudor comerciante, implica la quiebra virtual o económica, que depende de dicho hecho, en razón de la

²⁵ Código de Comercio de Chile (1865). op. cit. p. 31.

²⁶ v. Artículo 1326 del Código de Comercio (1865).

confianza de sus acreedores puesta en el desarrollo habitual de actos de comercio, a diferencia de lo que sucede con el deudor civil.

Así las cosas, la quiebra importaría la situación patrimonial del deudor, en la cual no puede satisfacer las deudas que sobre él pesan, ergo, la quiebra es un fenómeno económico que, aunque toma en cuenta el factor de la solvencia, tiene relevancia jurídica cuando se declara su existencia, pues el empresario al cesar sus pagos no se encuentra aún en estado de quiebra sino hasta que el juez procede a declararlo²⁷.

1.2.3 Quiebra como juicio de quiebras

El artículo 1º de la antigua Ley de Quiebras N° 4.558, era del siguiente tenor:

“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante, a fin de proveer al pago de sus deudas en los casos y en la forma determinados por la ley”.

La citada disposición zanjaba, con voz propia, la discusión relativa a la imputación, en uno u otro sentido, de alguna naturaleza jurídica a la quiebra, separándose del criterio adoptado por el Código de Comercio (1865), al que aludiéramos en el acápite anterior. El artículo 1325, disponía:

²⁷ Tal es la evidencia de la no satisfacción del concepto de quiebra con el de hecho económico (cesación de pago), que en el ordenamiento jurídico mexicano, la legislación concursal recibe el nombre de “Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos”.

“Quiebra es el estado del comerciante que cesa en el pago de sus obligaciones mercantiles”.

Así las cosas, el legislador de 1865 calificó la quiebra como un “estado” y el de 1929 como un “juicio”, dotándola de un marcado carácter procesal.

Sin embargo, dentro de las fuentes inspiradores de Ocampo, en la construcción del cuerpo normativo que reguló y unificó las instituciones de carácter mercantil, que llegó para nosotros, como Código de Comercio, cabe destacar la influencia del Código de Comercio Francés²⁸, mismo que aludía a la quiebra como el estado en que se posiciona el comerciante que se haya en situación de cesación de pago respecto de sus acreedores²⁹. La nomenclatura “estado de quiebra” fue utilizada en varias normas de nuestro Código de Comercio (1865), de entre las cuales cabe destacar las contenidas en los artículos 1326, 1327 y 1328.

Ahora bien, la Ley de Quiebras N° 4.558 restringe abiertamente los objetivos tenidos en vista al momento de la dictación del Código de Comercio de Ocampo, toda vez que apreciarla como un “juicio”, conlleva a la lamentable conclusión de que la quiebra persigue, esencialmente, la liquidación de los bienes del deudor.

²⁸ “La ley francesa, que ha cogido el Proyecto, como la más completa y provisoria de cuantas conocemos”. Código de Comercio de Chile (1865). op. cit. p. 33. V.a. BARRERA GRAF, Jorge. 1963. El Derecho Mercantil en la América Latina. México, Universidad Nacional autónoma de México. p. 33.

²⁹ n. Así lo establecía el artículo 660 del Código de Comercio Francés de 1830.

En términos procesales, habrá juicio allí donde exista una “controversia o discusión legítima nacida entre dos o más partes, ante tribunal competente para que la substancie y resuelva con arreglo a la ley”³⁰. Sin embargo, el tribunal llamado a declarar la quiebra del sujeto fallido, nada resuelve, toda vez que sólo en virtud de la resolución declaratoria de quiebra, comienza el procedimiento de liquidación³¹. Por otra parte, no es dable la identificación en el procedimiento consecencial de la resolución judicial que declara la quiebra, todos los elementos de un juicio, bajo todos los respectos. Esto porque, según lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la actual Ley de Quiebras N° 18.175 □Libro IV del Código de Comercio□, la declaración de quiebra puede o debe ser solicitada por el deudor, respectivamente; supuestos en los cuales es improcedente hablar de “partes”. Lo mismo ocurre en el supuesto descrito en el artículo 50 del mismo cuerpo legal, en donde el sujeto pasivo de la declaración de quiebra es la “sucesión del deudor”, referida a la masa hereditaria³².

Tanto la Ley de Quiebras N° 4.558 como la N° 18.175, utilizan la expresión legal “juicio de quiebra” para referirse al proceso de liquidación de los bienes del deudor, en pos de hacer pago de sus créditos reconocidos.

A mayor abundamiento, adherimos a la opinión que discrepa de la naturaleza imputada a la sentencia que declara la quiebra, en el siguiente sentido:

³⁰ CASARINO VITERBO, Mario. 2005. Manual de Derecho Procesal. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 22.

³¹ BAEZA OVALLE, José Gonzalo. op. cit. p. 43.

³² BAEZA OVALLE, José Gonzalo. op. cit. p. 44.

“Quizás por esa razón el legislador necesitó decir, expresamente, en el artículo 52 del Libro IV del Código de Comercio, que el tradicionalmente denominado “auto de quiebra”, no era un “auto” sino una “sentencia definitiva”, pese a que esa resolución no satisface ninguno de los requisitos que, para ese tipo de pronunciamientos judiciales, establece el artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, al definirla como aquella “que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”, utilizando este último término como sinónimo de “litigio”, “pleito”, “contienda”. La resolución judicial que declara la quiebra, precisamente, no pone fin a la instancia, por el contrario, da inicio a un procedimiento de liquidación y, por cierto, no zanja o decide controversia alguna”³³.

1.2.4 Quiebra como sinónimo de derecho o proceso concursal

La asimilación de la voz “quiebra”, en su dimensión normativa y procesal, al derecho o proceso concursal, significa restringir la amplitud con que deben ser conceptualizados y dimensionados éstos últimos.

³³ *Ibidem*.

1.2.4.1 Concepto de Derecho de Quiebras

En el citado contexto, el Derecho de Quiebras puede ser entendido como “el conjunto de normas que regulan el procedimiento colectivo de ejecución, basado en los principios de universalidad de juicio y de comunidad de pérdidas”³⁴.

En este orden de ideas, el derecho de quiebras se inserta dentro de uno de los varios mecanismos concursales establecidos en la ley. Es decir, la quiebra es uno de los concursos recogidos por el derecho concursal, pero no el único, y que, a mayor abundamiento, debe ser aplicado como un recurso de *ultima ratio*.

1.2.4.2 Concepto Derecho Concursal

El Derecho Concursal, comprende una serie de procedimientos concursales dirigidos a salvaguardar los intereses de los acreedores, del deudor afecto a la insolvencia patrimonial y del Estado.

“Un procedimiento es concursal cuando tutela en un pie de igualdad la totalidad de las relaciones jurídicas referidas a un patrimonio determinado, y lo hace con todos los bienes de ese patrimonio”³⁵. En el mismo sentido, el derecho concursal puede ser entendido como “aquel conjunto de normas

³⁴ AZERRAD, Rafael. 1979. Extensión de la Quiebra. Buenos Aires, Editorial Astrea. p. 10.

³⁵ ZALAUQUETT DAHER, José. 1968. La Causa de Declaratoria de Quiebra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 23.

jurídicas sustantivas y adjetivas, formales y materiales, que tienden a regular, reprimir y aun evitar las secuelas de la insolvencia”³⁶.

1.2.5 Hacia la superación de la equiparación de la quiebra o liquidación con el derecho concursal

Denotando un rápido recorrido por la evolución con que el legislador ha recepcionado la insolvencia del deudor, la doctrina de derecho comparado se encuentra conteste al apostar por un desplazamiento del derecho concursal³⁷, cuyo desarrollo puede formularse de la siguiente manera:

a) El punto inicial se posicionó en la quiebra del deudor insolvente, teniendo como objeto principal la satisfacción de la acreencia de los sujetos activos de la quiebra. Lo anterior, repercutió en la opinión de muchos autores, que aún hoy, sostienen el carácter de juicio ejecutivo colectivo de la quiebra, concepción más que desafortunada, toda vez que la quiebra no es juicio, por las razones ya expuestas en el presente estudio y, además, porque no hay ejecutante, puede concluir sin ejecutarse nada y no hay título ejecutivo³⁸. La

³⁶ PUGA VIAL, Juan Esteban. 2004. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 26.

³⁷ DIEZ CANSECO, Alfredo. 1993. Del Derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (47): 385-434.

³⁸ “Si fuere efectiva la supuesta existencia del juicio ejecutivo, en su homónimo singular, la sentencia definitiva produciría cosa juzgada en cuanto al crédito, lo que no ocurre en este caso. ¿Cómo explica entonces que una hipotética sentencia definitiva no resuelva sobre la existencia del crédito ni produzca cosa juzgada?”. BAEZA OVALLE, Gonzalo. op. cit. p. 41.

doctrina argentina estimula a los académicos y juristas a abandonar, de una vez y por todas, la expresión “juicio ejecutivo colectivo, para referirse a la quiebra”³⁹.

b) Luego, a propósito de la primera guerra mundial y en pos de la devastada economía que sorprendió a muchos países del orbe, las legislaciones concursales apuntaron hacia la promoción de los convenios entre acreedores y fallido.

c) Dentro de un tercer hito de conciencia legislativa, en el marco espacial del período post-guerra⁴⁰, germina y afianza la representación de la conservación de la empresa, en vías del interés público.

d) La doctrina contemporánea, alude a un cuarto periodo global de evolución concursal, nominado “Derecho Concursal Moderno”, caracterizado por la crisis del concepto de “quiebra” y su consecuente superación, a partir de lo cual es concebido como la rama del Derecho que regula el derecho de las empresas en dificultades⁴¹.

La modernidad del Derecho Concursal, sólo constituye un calificativo dirigido a exaltar el desprendimiento de éste con el mecanismo sancionatorio de quiebra-liquidación, en aras de la firme instauración de valores de diversa

³⁹ V.a. MAFFÍA, Osvaldo J. 1997. Manual de Concursos. Argentina, Editorial La Rocca. p. 107. V.a. MAFFÍA, Osvaldo J. 1984. Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva. Diario El Derecho, Argentina. Tomo 113. P. 711.

⁴⁰ n. Entiéndase hecha la referencia a la Segunda Guerra Mundial.

⁴¹ v. VICENT CHULIÁ, Francisco. 1990. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tercera Edición. Tomo II. Barcelona, Editorial José María Bosch. Volumen 2.

índole que comprenden una serie de mecanismos concursales que “subordinan el interés del acreedor y el interés del resarcimiento vía sanción, al objetivo principal de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento, con el objeto y fin de lograr la reactivación de la empresa”⁴².

Entre nosotros, la actual Ley de Quiebras N° 18.175, parece abrazar la supremacía del Derecho Concursal por sobre el Derecho de Quiebras, importando su introducción, a prima facie, a través del inciso 1° del artículo 1° del Libro IV del Código de Comercio, que reza: “La presente ley trata de los siguientes concursos: la quiebra; los convenios regulados en el Título XII; y las cesiones de bienes del Título XV”.

Sin embargo, la bondad de la citada norma, feliz con el estado actual del Derecho Concursal, desaparece en el inciso siguiente:

“El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”⁴³.

⁴² DIEZ CANSECO, Alfredo. op. cit. p. 397.

⁴³ n. Considérese, además, que el Libro IV del Código de Comercio, incorporado por la Ley N° 20.080, del 2005, se titula “De las quiebras”, reflejando la desazón del legislador hacia la priorización de los objetos perseguidos por los diversos concursos reglamentados legalmente, disímiles a la quiebra.

2. Del Orden Público en general

2.1 Avanzando hacia el concepto de Orden Público

En principios, es necesario advertir al lector que, de entre las perennes elaboraciones doctrinarias destinadas a esbozar los márgenes del Orden Público, nosotros avanzaremos sólo hacia la noción de Orden Público en que sienta sus bases el Derecho Concursal.

En el arte del Derecho, el Orden Público es uno de los conceptos más vagos y transversales; fuente de origen de muchos intentos de delimitaciones inflexivas y efímeras, invisible ante los ojos de lo fáctico, limitación ineludible de la voluntad derogatoria de los sujetos de derecho⁴⁴.

La doctrina española apunta hacia la manifestación del Orden Público, en dos sentidos no relacionados, o que al menos constituyen limitantes a la voluntad de los ciudadanos desde polos diversos. Así las cosas, suelen distinguir entre la concepción coloquial de la institución y entre aquella de carácter normativa. La primera, se ajusta al alcance dado por la Real Academia Española de la Lengua:

⁴⁴ n. Las reflexiones vertidas, en el presente estudio, en torno al Orden Público, excluyen las orientaciones de la "Doctrina del Orden Público internacional", cuyo contenido atiende a su función limitadora y justificadora de la exclusión de la aplicación de la ley extranjera. v. NOVOA MONREAL, Eduardo. 1976. Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, Editorial Centro Documental Blest.

“Situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”⁴⁵⁻⁴⁶.

Dentro de un perfil jurídico-normativo, el Orden Público, o “estricto”, en palabras de la referida doctrina, el Orden Público configura una limitante de la autonomía de los particulares y una cláusula de cierre del ordenamiento jurídico en manos de los jueces⁴⁷. Las aludidas acepciones se basan en las aproximaciones vertidas en torno al concepto de Orden Público, vislumbradas en su origen. La concepción romana de Orden Público, se condice con la referencia estricta de la doctrina española; esto es, entendido como un límite a la libertad contractual de los particulares fundado en un interés superior que se busca proteger. La definición de orden natural, posiciona su origen en la denominada “Paz Medieval”, como sinónimo de paz y tranquilidad que debe

⁴⁵ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, vigésimo segunda edición, 2001.

⁴⁶ n. Aun cuando el referido no sea el carácter generalizado, entre nosotros, el Tribunal Constitucional lo ha recogido, en términos de referirse al orden institucional: “Respecto de la segunda causal imputada, esto es, de palabra o por escrito incitar a la alteración del Orden Público, los requirentes expusieron que ella era llevada a cabo por el senador, en cuanto: incitó a la alteración del Orden Público, tanto de las personas que se encontraban con él en la Plaza Italia como de los que, a través de la televisión, pudieron verlo participando en un acto ilegal, en circunstancias que el respeto al ordenamiento jurídico vigente integra la noción de Orden Público de nuestro país”. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 970-07, de 7 de octubre de 2008, considerando vigésimo tercero.

⁴⁷ ACEDO PENCO, Ángel. 1997. El Orden Público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (14-15): 323-392.

conservar el rey dentro de los límites de su territorio respetando los derechos de las personas⁴⁸.

Sin perjuicio de lo antes expresado, recogeremos dos conceptos normativos o estrictos de Orden Público, propulsado por la Doctrina Clásica, a partir del fenómeno codificador del siglo XX, por resultar idóneo para el desarrollo de nuestro trabajo⁴⁹, y que parecen tener su raigambre en las doctrinas impartidas por Planiol⁵⁰. El Orden Público puede ser definido como:

“El conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por los particulares”⁵¹, o como “El conjunto de normas y principios que en un momento histórico determinado, por representar las bases

⁴⁸ GUERRERO BECAR, José Luís. 2000. La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 N° 21 y la Constitución Económica. Revista Persona y Sociedad (14): 141-156.

⁴⁹ “El segundo significado de la noción Orden Público evolucionó en lo que se denomina Función de Policía, la cual, y en relación a las competencias de la autoridad, consiste en afirmar que la autoridad es la encargada de conservar el Orden Público, encontrándose su actuación únicamente restringida por el respeto a los derechos de los súbditos”. TORRIJO ROJAS, Juan Pablo. 2009. Orden Público Económico y Constitución Económica. Revista de Estudios Ius Novum (2): 285-314.

⁵⁰ Lo anterior, porque ambas concepciones tienen elementos comunes, de carácter esencial, en sus definiciones. En principio, ponen relieve en la relación existente entre el interés general que subyace en el Orden Público y su inderogabilidad por voluntad de los particulares. PLANIOL, Marcel. 1954. Traite Elementaire de Droit Civil. Tomo I. París, Librairie Générale de Droit & Jurisprudence. p. 290 y siguientes.

⁵¹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2012. Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 234.

del orden social establecido, deben ser impuestos aun contra la voluntad de las personas, sean ellas particulares o constituidas en autoridad”⁵².

En esta secuencia de ideas, el Orden Público viene en conjugar los principios positivos y para-jurídicos, relativamente flexibles, toda vez que no puedan rigidizar o impedir la evolución natural de las sociedades, Se imponen, por tanto, con la finalidad de organizar la sociedad, en un momento determinado, a través de las directrices políticas, económicas, laborales, etc. que permitan otorgar el máximo nivel de satisfacción al interés general al que dicho orden se abraza. Ni los principios, ni las normas jurídicas en que aquellos se materializan pueden sujetarse a la voluntad de los hombres en su cumplimiento, ni pueden dejar de aplicarse en razón de colisionar con intereses de orden privado⁵³.

Es importante tener presente este concepto, puesto que, tal y como señaláramos en los acápites introductorios del presente estudio, nuestro análisis se aboca al examen de relación existente entre dos subconjuntos normativos que forman parte del gran género Orden Público, y que no siempre concurren de manera armónica.

⁵² RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. op. cit. p. 236.

⁵³ n. Convengamos en que los intereses privados, también pueden ser recogidos en normas de Orden Público, en la medida en que concurren con un interés socialmente relevante. Es así como en nuestro Código Civil □Derecho Privado□ son normas de Orden Público aquellas relativas al estado civil de las personas, a la organización de la familia, a los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, a la protección de terceros, entre otras.

2.2 Elementos del Orden Público y su recepción jurisprudencial

Avanzando hacia la delimitación del Orden Público, en su faz general, y en un intento por sistematizar los elementos que componen dicha institución, apuntaremos las restricciones que impone a la autonomía de la voluntad, toda vez que, en términos generales, en torno a las materias de Orden Público, el legislador se ha preocupado por consignar una normativa básica, con un afán proteccionista dirigido hacia el interés general. Luego, y a propósito de lo anterior, de entre las características que detentan las normas de Orden Público, cabe destacar la imperatividad e irrenunciabilidad de las mismas.

2.2.1 Orden Público y regulación mínima

En las oportunidades en que nuestro máximo tribunal ha debido pronunciarse sobre materias de Orden Público, ha señalado que en la medida en que un tópico, institución o materia cualquiera, se inserte dentro del Orden Público, el legislador procura una regulación o soporte mínimo para la actuación de la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁴.

Lo anterior implica necesariamente que el Orden Público constituye una limitante al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en los siguientes sentidos:

⁵⁴ Sentencia Corte Suprema, 1276/09, de 25 de junio de 2009, considerado octavo.

a) En cuanto a las regulaciones privadas, devenidas producto de la autonomía de la voluntad, el legislador ha intervenido para reglamentar aquellas materias de alto contenido social y económico, mitigando la amplitud de la libertad contractual. Apreciamos en dicha intervención dos posibles modalidades.

Intervención estricta. Se produce a propósito del establecimiento de un contenido mínimo, que no podrá ser nunca subsidiario de la voluntad de los particulares. En materia laboral, el referido fenómeno se traduce en el artículo 10º del Código del Ramo, cuyo enunciado dispone: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones...”. En materia económica, el Estado ha relegado su rol subsidiario y ha intervenido en ciertos contratos en pro de los derechos de los consumidores⁵⁵. En este orden de ideas, el artículo 17 B de la Ley N° 19.496, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que establece Normas de Protección a los Consumidores, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1997, establece ciertas especificaciones mínimas que deben contener los contratos de adhesión de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero, elaborados por bancos e instituciones financieras o por sociedades de apoyo a su giro, establecimientos comerciales, compañías de seguros, cajas de

⁵⁵ PEÑA NOSSA, Lizandro. 2006. De los contratos mercantiles. Nacionales e Internacionales. Segunda Edición. Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia, p. 100.

compensación, cooperativas de ahorro y crédito, y toda persona natural o jurídica proveedora de dichos servicios o productos.

Resulta interesante destacar que la intervención legislativa puede ser directa e indirecta.

Denominaremos intervención legislativa estricta directa, a falta de una mejor calificación, a aquellas que se hacen a propósito de la exigencia de un contenido mínimo de carácter contractual, como sucede en los casos precitados, artículo 10º del Código del Trabajo y artículo 17 B de la Ley de Protección a los Consumidores. La intervención estricta del legislador será indirecta cuando el requerimiento basal de contenido contractual, se reclame a través de un reglamento que forma parte integrante del contrato. Así las cosas, el artículo 154 del Código del Ramo, prescribe las disposiciones mínimas que debe comprender el Reglamento Interno de una empresa. En las prácticas del Derecho del Trabajo, se ha generalizado la introducción de una cláusula en el contrato de trabajo, en virtud de la cual, empleador y trabajador, convienen en hacer del Reglamento Interno parte integrante del respectivo contrato⁵⁶.

⁵⁶ n. Téngase presente que sólo a través de la convención expresa de las partes del contrato de trabajo, el Reglamento Interno podría considerarse parte integrante del contrato de trabajo, toda vez que la usual estipulación del empleador, consignada en el mismo Reglamento Interno, no tiene la eficacia antes señalada. La redacción de estilo del empleador es: "El presente Reglamento Interno se considera como parte integrante de cada contrato de trabajo y será obligatorio para el trabajador (a) el fiel cumplimiento de las disposiciones contenidas en su texto, desde la fecha de contratación". En el citado sentido se ha pronunciado la Dirección del Trabajo: "De la cláusula contractual antes citada se desprende que el trabajador contrae la obligación de desempeñarse en cualquiera de los sistemas de turnos, según lo disponga la empresa, atendidas sus necesidades, y de acuerdo exclusivamente a lo que prescriba el

Intervención general. El Estado o el legislador, pueden interponerse a la libertad contractual, estableciendo normas jurídicas de protección, que sin injerir en el contenido de las relaciones jurídicas, positivizan el resguardo de aquellos derechos susceptibles de garantía estatal, por el alto valor social que envuelven. Una de las consecuencias fácticas de lo anterior, es que en el caso de existir legislación común que pueda resultar aplicable al caso concreto, versus una legislación especializada de Orden Público, ésta última siempre se considerará jerárquicamente superior⁵⁷⁻⁵⁸. Lo mismo ocurre en el contrato de

Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, pactando que éste pasará a formar parte del contrato individual de trabajo...corresponde señalar que la cláusula del contrato precedentemente citada no se conforma a derecho, puesto que de su tenor se colige que la empresa, unilateralmente, dispondrá cual sistema de turnos debe desempeñar el trabajador, aún cuando se trate de los que señale el Reglamento Interno sobre el particular, disposición con la cual no se observa la necesaria consensualidad que debe imperar entre el empleador y el trabajador, para la determinación de la jornada laboral, dado que ella se deja sujeta al sólo arbitrio de la empleadora". Dirección del Trabajo, Dictamen N° 4584/224, de 24 de julio de 1995, sobre Contrato individual Legalidad de cláusula Naturaleza de los servicios Polifuncionalidad.

⁵⁷ "Es aplicable el Código Civil a las relaciones jurídicas nacidas de la ley de arrendamientos urbanos y suburbanos pero solo supletoriamente. En ese particular la ley de arrendamiento urbanos en su artículo 4 nos indica que se aplicará supletoriamente las disposiciones del Código Civil siempre y cuando no contravengan lo dispuestos en la ley de arrendamiento urbanos y suburbanos.

En este particular se debe resaltar el hecho de que las disposiciones del código civil se aplicaran solo supletoriamente debiendo siempre aplicarse las disposiciones de la ley de arrendamiento para los casos que deban caer bajo su regulación como en adelante veremos.

Manifiesto que es un contrato especial por sus características particulares ya que en primer término estamos ante una ley de Orden Público, regula una materia de alto contenido social y económico, los derechos del arrendatario son irrenunciables, el objeto del contrato principalmente son casas de habitación o locales". JIMÉNEZ BOLAÑOS, Jorge. 2002. Algunas Ideas sobre el Contrato de Arrendamiento regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. San José, Costa Rica. Revista Judicial (82): 42-43.

⁵⁸ La situación en Chile no tiene por qué ser diversa a la advertida por la doctrina en Costa Rica. Es posible visualizar el mismo grado jerárquico, entre nosotros, de nuestra Ley de Arrendamiento de Predios Urbanos, N° 18.101, publicada en el Diario Oficial el 29 de enero de 1982, relativizando la aplicación de la normativa que regula el arrendamiento de los citados bienes, contenida en el Código Civil. La Ley 18.101 es de Orden Público, razón por la cual, es preferida ante la aplicación de la regulación general del contrato de arriendo, contenida entre los artículos 1915 y 1969, como también de la que parece ser normativa especial en torno al arrendamiento de casas, almacenes u otros edificios, a partir del artículo 1970, todas del Código Civil.

suministro o de prestación de servicios, celebrado por la Administración del Estado⁵⁹, ya que el artículo 22 del Decreto N° 250, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada en el Diario Oficial el 24 de septiembre del año 2004, que establece el contenido mínimo de las bases de licitación. Generalmente, en el contrato de suministro o de prestación de servicios, la Administración del Estado y los particulares, manifiestan su consentimiento a propósito de la cláusula de integración de las bases al contrato respectivo⁶⁰.

b) Circunscribe la libertad convencional, la intervención legislativa, a través de regulación legal sobre la cual puede seguir construyendo la autonomía de la voluntad del ser humano, pero que jamás puede contradecir sus postulados. Siguiendo con el claro ejemplo que representa en la materia el artículo 10° del Código del Trabajo, de lo que resulta la vigencia irrestricta de

⁵⁹ n. El Artículo 1° inciso 2° de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, N° 19.886, de 30 de julio de 2003, establece: "Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley". A su vez, la referida Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de 5 de diciembre de 1986, prescribe en su artículo 1° inciso 2°, lo siguiente: "La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley".

⁶⁰ "Se consideran parte integrante del presente contrato, las bases de licitación aprobadas por Resolución N°555, de 2010 y Resolución N° 765, de 2010, las respuestas a las consultas del período de licitación y las aclaraciones a las ofertas realizadas a través del portal Mercado Público". Contrato para la adquisición de un sistema de gestión de recursos para la secretaría general. Entre la Contraloría General de la República y la empresa Indra Sistemas Chile S.A. Cláusula tercera.

los principios laborales, como el de la irrenunciabilidad de los derechos conferidos a los trabajadores, mientras pende la relación laboral, tal y como dispone el artículo 5º del Código del Ramo⁶¹⁻⁶².

c) Finalmente, además del mecanismo de la reglamentación, digamos que la intervención del legislador, o más ampliamente, del Estado, puede producirse a través de técnicas de prohibición⁶³ y de control. En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en fallo del año 1993⁶⁴.

2.2.2 Imperatividad de las normas de Orden Público

Las normas de Orden Público son imperativas, lo que implica que en la medida en que exista una normativa de la cual valerse en el ordenamiento de ciertas materias específicas, los particulares no pueden sustraerse de su

⁶¹ Artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo: “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”.

⁶² “Una cláusula contractual que contempla el pago por el empleador de una asignación mensual por pérdida de herramientas, conviniendo que, del monto de ésta el empleador queda autorizado para deducir las pérdidas al valor de su costo descontado el IVA según factura de compra, resulta plenamente ajustada a derecho, por cuanto se encuentra dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y no afecta ningún derecho de carácter irrenunciable”. Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1915/027, de 3 de mayo de 2011, sobre Remuneración. Legalidad de cláusula por pérdida de herramientas.

⁶³ Un ejemplo de intervención legislativa de prohibición, es la contemplada en el artículo 22 del Libro IV del Código de Comercio; norma que enumera las acciones que no puede ejercer o ejecutar el síndico, so pena de exclusión de la nómina nacional de síndicos. El fundamento de la intervención es que los numerales de la norma en comento, constituyen un riesgo al interés público.

⁶⁴ “...entre las técnicas que utiliza el Orden Público y que enumera la doctrina pueden destacarse la técnica de prohibición, la de regulación o reglamentación y la técnica de control”. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 167/93, parte expositiva.

aplicación, sin que aquello pueda subsumirse en lo que la doctrina denomina “fraude a la ley”⁶⁵. Sin perjuicio de lo anterior, adherimos a los postulados de la doctrina española que señala: “Se ha querido poner en conexión el Orden Público con las leyes imperativas, identificándose leyes que tienen por objeto el Orden Público con leyes imperativas. Esta tesis permitiría deslindar con facilidad el concepto pero [lo cierto es que incluso] a falta de normas legales expresamente imperativas, las materias relativas al Orden Público quedan sustraídas a la disponibilidad de los particulares”⁶⁶. Así las cosas, la rama del Derecho Concursal, está dotada de principios que, sin tener consagración legal, no pueden ser transgredidos por los particulares, dado su carácter de Orden Público. De esta manera, el principio *par conditio creditorum*, cuya consagración escapa a la norma positiva, es calificado por la doctrina como la piedra angular del Derecho Concursal, en los siguientes términos: “Schwartz agrega a este respecto que la idea que las partes puedan alterar ciertas disposiciones de la legislación concursal entra en conflicto con la visión tradicional que le señala como un conjunto de normas imperativas que preservan los intereses distributivos y rehabilitadores del concurso. Una vez configurada la *par conditio creditorum* como principio fundamental e inspirador del Derecho concursal,

⁶⁵ v. ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. 2005. Teorías del Derecho Civil Moderno. II Curso De Actualización Jurídica. Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo. passim.

⁶⁶ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio “et al”. 1991. Poder Judicial y Responsabilidad. Madrid, Editorial La Ley, p. 432.

resulta lógico que la posición tradicional le asigne el valor de norma de Orden Público⁶⁷⁻⁶⁸.

2.2.3 Irrenunciabilidad de las normas de Orden Público

En estrecha relación con el carácter de imperatividad de las normas de Orden Público, aparece la irrenunciabilidad de las mismas. El interés social y general que envuelve el Orden Público, justifica la imposibilidad de renunciar al ejercicio de un derecho, como sí se permite en el orden patrimonial privado (artículo 12 del Código Civil).

La irrenunciabilidad de las normas insertas dentro del Derecho Concursal, puede ser expresada de la siguiente manera: “Así, difícilmente podrán negarse los límites que se imponen a la autonomía privada antes las normas que, por ejemplo, disponen la construcción de un único foro de solución (como las que ofrecen los artículos 2, 3, 66, 67, 68, 69, 70 y 71 del Libro IV del Código de Comercio); las que tratan de los aspectos orgánicos y procesales del concurso (como las incluidas en los artículos 3, 4, 5, 6, y, en general, en el Título III, etc., del mismo cuerpo legal); o las que determinan la forma en que se produce su apertura (dispuestas en el artículo 39 y siguientes, en lo que se

⁶⁷ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. 2010. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *Par Conditio Creditorum*. Revista Chilena de Derecho 37(1): 73-98.

⁶⁸ Las cursivas son nuestras.

refiere a la quiebra, y artículo 171 y siguientes, en lo que se refiere a los convenios)”⁶⁹.

El Orden Público, ha de ser considerado el género de las subespecies que en nuestro estudio nos interesa examinar, esto es, el Orden Público Económico y el Orden Público Laboral.

2.3 Derecho Concursal y el Orden Público

Aunque ya lo hemos adelantado, queremos insistir en la correlación entre las normas del Derecho Concursal y el Orden Público.

En Derecho Comparado⁷⁰, la vinculación entre ambas instituciones radica en el interés general que comprende el Derecho Concursal; interés general que se materializa en la sujeción de ciertos principios al respeto de los derechos ajenos y de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio

⁶⁹ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. 2013. Bases para la privatización del Derecho Concursal. *Revista Chilena de Derecho Privado* (20): 9-49.

⁷⁰ “El derecho concursal se funda en el interés general pero no desconoce el derecho de los acreedores a obtener la satisfacción de su crédito, para lo cual se crea un marco de condiciones generales que debe cumplir la empresa: “El derecho concursal actual, además de los principios de libertad de empresa, libre iniciativa privada y libertad de disponer de lo propio, se sustenta en el respeto de los derechos ajenos y en la sujeción de los intereses individuales al interés colectivo y al beneficio común. Así, esta rama o disciplina del derecho no desconoce que el deudor debe cumplir con las obligaciones adquiridas y que, correlativamente, el acreedor tiene derecho a perseguir sus bienes hasta lograr la satisfacción total de su crédito, sino que, ante la imposibilidad del primero de atender puntual y satisfactoriamente todas sus obligaciones, reemplaza la ejecución singular por una colectiva en la que se satisfacen los derechos de crédito concurrentes de manera ordenada, amén de solucionar todos los pasivos, mediante un tratamiento igualitario que, además, garantice el reparto equitativo de las pérdidas, dentro del rango adquirido por cada acreedor –par conditio creditorum-“. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/12, de 9 de agosto de 2012, considerando N° 3.3.

común. De entre los principios subsumidos en las precitadas limitantes, cabe señalar:

- i. El principio de libertad de la empresa,
- ii. La libertad de iniciativa privada y,
- iii. La libertad de disponer de lo propio.

Tal es la estrechez de la ligazón que predomina en la correlación existente entre el Derecho Concursal y el Orden Público, que la jurisprudencia argentina ha llegado a acuñar la nomenclatura ecléctica de “Orden Público Concursal”⁷¹.

Por su parte, y a propósito de la fundamentación del Derecho Concursal, la doctrina uruguaya ha señalado: “El apartamiento aparece hoy como una violación al Orden Público, si se constata que la sociedad ha continuado su giro

⁷¹ “No desconoce el Tribunal que el proceso concursal se asienta en principios de Orden Público en tanto procura proteger los derechos e intereses del conjunto de los afectados por la situación particular de cesación de pagos en que incurre el deudor, mas también debe tenerse en cuenta que el “secreto fiscal” instituido por la Ley 11.683 en igual modo conjuga principios de Orden Público, que en el caso deben considerarse prevalecientes al Orden Público concursal, ya que no sólo se encuentra en juego aquí la política de privacidad ofrecida por el Estado en protección de la garantía de inviolabilidad de los papeles privados consagrada por el art. 18 de la C.N., sino también el resguardo de la recaudación a través de la confidencialidad de los datos aportados por los contribuyentes”. Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, Sentencia Cámara Comercial N° 20061017, de 17 de octubre de 2006. Revista Cámara de Comercio. 2010. Proceso de Verificación. Jurisprudencia y Doctrina. p. 42

contaminando al mercado, perjudicando a los acreedores posteriores, comprometiendo la conservación de la empresa y el empleo”⁷².

3. Derecho Concursal y Orden Público Económico

3.1 Orden Público Económico

Antes de avanzar en el desarrollo de los nexos vinculatorios e identificatorios del Orden Público Económico para con el Derecho Concursal, haremos una sucinta referencia a los elementos que configuran al primero.

3.1.1 Concepto

El Orden Público Económico, en adelante “OPE”, no puede ser conceptualizado sin tener en consideración los cambios introducidos por la Constitución de 1980. Esto porque, como advierte una doctrina, antes de la Carta Fundamental del 80’, el OPE fue concebido como una limitación a la libertad contractual, como principio autónomo, adquiriendo valor jurídico sólo en la medida en que se dirija al interés general, como reflejo, sin cuestionamiento, de las enseñanzas impartidas por la doctrina francesa. El insigne civilista, Georges Ripert, señalaba en su obra “El orden económico y la libertad

⁷² RICHARD, Efraín Hugo. 2013. Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y como abordarlas ¿Un problema del Derecho Concursal?. Montivideo, Uruguay. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (8): 257-300.

contractual”⁷³, lo siguiente: “Hay que distinguir, en las relaciones económicas entre los hombres, aquellas que son impuestas por el Estado de aquellas que pueden ser libremente establecidas por los hombres. Hay, junto a la organización política del Estado, una organización económica, tan obligatoria como la otra. Existe, en consecuencia, un Orden Público económico”⁷⁴. Así las cosas, la doctrina y la jurisprudencia nacional, aplicaron, sin beneficio de inventario, las premisas francesas en orden a justificar las facultades estatales para planificar la economía del país, configurándose una suerte de intervencionismo estatal⁷⁵.

Sin embargo, con la Constitución Política de la República de 1980, necesariamente debe verse transformado el concepto de OPE, en pos de ajustarlo al ordenamiento jurídico actual □constitucional y legal□, en razón de la irrupción que la Carta Fundamental introduce en nuestro sistema:

i. Eleva en jerarquía los valores de libertad e igualdad en materia económica.

⁷³ La traducción es nuestra.

⁷⁴ RIPERT, Georges. 1935. *L'ordre économique et la liberté contractuelle*. En: FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2005. Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: Auge y caída de una visión dirigista. *Revista Chilena de Derecho* 32(1): 7-18.

⁷⁵ FERNANDOIS VOHRINGER, Arturo. op. cit. passim.

ii. Consagra la protección constitucional de la propiedad, en sus variantes de derecho a la propiedad y del derecho de propiedad⁷⁶.

iii. De la conjugación armónica de sus postulados, es posible desprender el rango constitucional del principio de subsidiariedad, aun cuando no contenga referencia expresa. En este orden de ideas, el artículo 1º inciso 3º de la Carta Fundamental, prescribe: “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

Lo antes expresado, insistimos, conlleva la necesidad de tener que abandonar la concepción de OPE como sinónimo de los poderes del Estado intervencionista.

Así también lo ha entendido la doctrina nacional: “Las provisiones económicas de la Constitución son breves, pero fundamentales. Establecen lo que se denomina “Orden Público económico”, que consiste en amplios derechos económicos privados que van acompañados de fuertes limitaciones a las actividades económicas y poderes regulatorios del Estado. La médula de estas provisiones se encuentra en el artículo 19, que enumera todos los

⁷⁶ n. Debemos advertir, sobre este punto, que la doctrina de Ripert avanzó y evolucionó hacia la introducción de la protección de la propiedad en el concepto de OPE. “Las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus aplicaciones, sus límites, sobre todo cuando se trata de la propiedad inmobiliaria, que están ligadas a la organización social del país para que puedan ser abandonadas a los efectos de las convenciones privadas”. RIPERT, Georges. “et al”. 1988. *Traité de Droit Civil D’Après le Traité de Planiol*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial La Ley. p. 425.

derechos constitucionales (específicamente los números 21 a 26), los cuales, junto con el artículo 1, expresando el principio de “Estado Subsidiario” aun cuando el término no es mencionado explícitamente”⁷⁷.

No pretendemos, en caso alguno, inducir al erróneo de creer en la libertad absoluta de los particulares para regular sus propias relaciones económicas, sin el establecimiento de los “frenos” que sea necesario imponer para resguardar los valores de la sociedad nacional. Es en el citado sentido en que se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁷⁸.

⁷⁷ BAUER, Carl. 1998. Derecho y economía en la Constitución de 1980. Revista Perspectivas 2(1): 23-47.

⁷⁸ “Que, en efecto, en sentencia de 17 de noviembre de 2006, recaída en un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, este Tribunal se refirió al Orden Público económico, señalando que estimaba pertinente al respecto “invocar nuevamente la definición de Orden Público de don Luis Claro Solar, cuando lo considera como ‘el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución , a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas’ y agrega que ‘en este sentido Orden Público es sinónimo de orden social’, y el concepto que el Profesor José Luis Cea Egaña, actual Presidente de este Tribunal, tiene del Orden Público económico, en cuanto lo define como el ‘conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución’. Consiguientemente, como se señalara en el Rol N° 207, el Orden Público y el Orden Público económico en especial, estará orientado y comprenderá el establecimiento de procedimientos obligatorios, de efectos inmediatos, inmutables, frente a la autonomía de la voluntad de los particulares y orientado hacia un ordenamiento adecuado y racional de las iniciativas y actividades en materias económicas”. Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 3266/08, de 23 de diciembre de 2008, considerando sexagésimo sexto.

3.2 Orden Público Económico en el Derecho Concursal

El Orden Público Económico, esto es, el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía del país⁷⁹, configura el marco normativo de los derechos y facultades de los actores del Derecho Concursal, tanto de los sujetos activos, como del Estado, del síndico y del sujeto pasivo, que para efectos de nuestro estudio, será siempre el empleador. Debemos advertir que □sin ánimos de desorientar al lector□ dejaremos para más adelante la exposición de los derechos del empleador y de los trabajadores, en razón de la importancia que revisten.

3.2.1 Intereses del Estado

Los intereses estatales involucrados en el Derecho Concursal, son todos de orden público (y aunque pueda percibirse una suerte de circularidad del argumento, puesto que por el hecho de envolver intereses generales, el Estado está llamado a tutelarlos), sintetizados como: protección a la economía, protección a la estabilidad del empleo y protección a la continuidad de la empresa.

⁷⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N° 2184/12, de 13 de abril de 2012, considerando cuarto.

a) En el citado contexto, el OPE se dirige a la protección de la economía⁸⁰, comprometida por la ineptitud generalizada que caracteriza el estado del deudor, y que genera la impotencia de éste en el cumplimiento de sus obligaciones⁸¹, lo que constituye el interés social de carácter económico por el que el Estado debe velar.

b) Resulta de Perogrullo afirmar que tanto la empresa, como célula básica en la actividad económica, y el comerciante, como individuo orgánico de la actividad económica, requieren de una organización humana que les permita propender al éxito en la consecución de sus fines. Bajo la expresión de “recursos humanos”⁸², la doctrina transandina ha especificado: “La eficiente gestión de los recursos humanos para el logro de los objetivos organizacionales, genera ventajas competitivas y por ende, el éxito de la organización”⁸³. Bajo idénticos lineamientos se ha pronunciado la doctrina colombiana⁸⁴. En este orden de ideas, la empresa no es una isla, sino que se basa en una organización y esa organización requiere de la prestación de los servicios necesarios para el cumplimiento de sus propósitos. La prestación de

⁸⁰ MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. 2007. Garantías Mercantiles. Caracas, Ediciones Universidad Católica Andrés Bello. p. 88.

⁸¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. op. cit. p. 35.

⁸² n. Para efectos del presente estudio, entiéndase excluido el empleador de la concepción de recursos humanos.

⁸³ HERNANDO, María P. 2007. Las Buenas Prácticas en la Gestión de Recursos Humanos en las Organizaciones de Mar del Plata. Estudio de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. p. 2.

⁸⁴ “El recurso humano está por encima de los demás recursos y bien puede decidir el éxito o fracaso de una organización. La empresa que cuente con el personal idóneo en el lugar apropiado y en el momento oportuno, será una organización competitiva”. ALPANDER, Guvenc G. 1985. Planeación estratégica aplicada a los recursos humanos. Colombia, Editorial Norma S.A. p. 2.

servicios personales, hecha bajo subordinación o dependencia, estamos en presencia de una relación laboral, que vincula al empresario empleador y al trabajador, que es también acreedor de las remuneraciones debidas y de las prestaciones laborales que retribuyen el aporte humano a la empresa.

Es, por todo lo apuntado, que el Derecho Concursal debe dar solución al impacto que produce en el OPE, la inestabilidad en el empleo y la insatisfacción de las prestaciones laborales para con los trabajadores, derivadas de la situación de cesación de pagos, que configura la causal de quiebra del empleador. “Es de recordar en este plano que la estabilidad en el empleo constituye un bien resguardado por el derecho y que pertenece al orden público económico, porque forma parte del patrimonio personal, del patrimonio social y del patrimonio pecuniario del sujeto. Ya en el primero de los artículos de la Constitución se proclama el anhelo del crecimiento de toda persona en una escalada de realizaciones en las que el trabajo juega un rol protagónico; y, como no podía ser menos, no se piensa en el individuo, sino en la persona, que se distingue de aquél por su sentido de integración e identidad social, en importante grado forjada en el servicio a la comunidad ínsito en el empleo público. Aparte de tan elevados bienes incorporales, por cierto susceptibles de la propiedad que la constitución garantiza a toda persona, está el nivel de lo pecuniario, que en una situación como la de autos se asocia a las seguridades

que proporciona al funcionario y a quienes de él dependen, el estipendio periódico”⁸⁵.

Interesa revelar que la estabilidad en el empleo no es un principio absoluto en materia concursal, sino que por el contrario presenta una nota especial, respecto de uno de los actores de la rama del Derecho Comercial en estudio. Nos referimos a la situación laboral del síndico. Volveremos sobre este punto en el acápite siguiente.

c) Superintendencia de Quiebras. Es un organismo público que se relaciona con el Presidente de la República, a través del Ministerio de Justicia, y su misión es fiscalizar y regular las actuaciones de los síndicos, administradores de la continuación del giro, expertos facilitadores y asesores económicos de insolvencias, para que den cumplimiento a su cometido con plena observancia al ordenamiento jurídico vigente, en resguardo de los involucrados en todo proceso concursal y demás procesos sujetos a su fiscalización⁸⁶. Los intereses que representa la institución en análisis, son también intereses estatales, que exceden con creces la labor de fiscalización ejercida sobre los síndicos⁸⁷. La Superintendencia de Quiebras □ futura Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento a partir del 10 de octubre del año en curso □ debe fiscalizar

⁸⁵ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 6508/12, de 19 de diciembre de 2012, considerando décimo.

⁸⁶ Informe Congreso Nacional. 2012. Balance de gestión integral: Superintendencia de Quiebras. Resumen Ejecutivo. p. 4.

⁸⁷ N.B. que la Superintendencia de Quiebras reemplazó a la Fiscalía Nacional de Quiebras, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

la administración de las quiebras, con la finalidad de que en cada proceso concursal se cumplan los objetivos generales de bien público para los cuales se estatuyó el Derecho Concursal⁸⁸.

3.2.2 Intereses del síndico

Oswaldo Contreras ha definido al síndico como un “órgano ejecutivo de la quiebra, esto es, a quien la ley asigna la función de realizar los bienes del fallido para hacer pago a los acreedores según sus créditos y preferencias”⁸⁹. Por su parte, Puga Vial ha precisado el doble carácter al que está afecto el síndico. En primer término ha señalado que “es un órgano de la quiebra, una entidad procesal, lo que lo priva de la condición de ser parte en dicho proceso”⁹⁰. Luego agrega que es “un funcionario público; no en base a las formalidades de su nombramiento y asunción al cargo, sino por la función que desempeña, función de administración ejecutiva, propia del Estado, pero confiada a este particular”⁹¹.

Los síndicos son personas legalmente investidas como tales por la autoridad competente □Ministerio de Justicia□, que representan los intereses

⁸⁸ GÓMEZ PINTO, Rafael. 2005. Las innovaciones de la Ley 20.004 que modifica Ley de Quiebras N° 18.175. Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins (1): 161-170.

⁸⁹ CONTRERAS STRAUCH, Oswaldo. 2010. Insolvencia y Quiebra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 67.

⁹⁰ PUGA VIAL, Juan. 1999. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Segunda Edición. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 552.

⁹¹ PUGA VIAL, Juan. op. cit. p. 553.

generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido.

Lógicamente, el síndico, como toda persona, es titular de los derechos que la Constitución asegura. Sin perjuicio de la precedente afirmación, los problemas aparecen cuando se hace latente la necesidad de determinar la extensión que los derechos a la libertad de trabajo y a la de ejercer cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, contenidos en el artículo 19 N° 16 y 21, respectivamente.

a) Derecho a la libertad de trabajo y su protección. El derecho a desarrollar cualquier trabajo y aquel derivado del anterior, esto es, el derecho de continuidad laboral, respecto de los síndicos, se ven casi anulados, dado que la actividad de los síndicos no forma parte de aquellos trabajos que pueden emprenderse libremente. Por el contrario, por razones de orden público, el legislador somete esta actividad a un acto administrativo favorable que se expresa en un registro público (la nómina nacional de síndicos) y protege el interés general que se ve involucrado con un sistema de control a cargo de la Superintendencia. Dicho de otra manera, no hay libertad para ingresar o salir de la actividad económica de los síndicos⁹².

⁹² Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1413/10, de 16 de noviembre de 2010, considerandos vigésimo segundo.

b) Derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Al igual que en el caso anterior, la consideración de este derecho, como uno de carácter absoluto, implicaría resignarse a la inconstitucionalidad del artículo 22 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio⁹³. Sin embargo, a propósito de la exclusión de la nómina de síndicos de un abogado que intervino en dicha calidad en una quiebra⁹⁴ y, sin perjuicio de reconocer que el ejercicio de la profesión liberal de abogado, importa el ejercicio de una actividad económica lícita, nos parece correcto adherir a la tradicional doctrina que señala que “el síndico sólo representa los intereses generales, tanto del fallido como de sus acreedores, pero no sus intereses individuales”⁹⁵. Por su parte, el Tribunal Constitucional se pronunció en los siguientes términos: “En segundo lugar, es importante distinguir al trabajo libre, que se ampara por el artículo 19 N° 16°, de las demás actividades económicas, que tienen relevancia pública, aunque la ley las haya entregado a sujetos privados, amparadas por el artículo 19 N° 21°. El caso del síndico de quiebras es el de una verdadera función que la ley ha calificado, regulando el ingreso, ejercicio y terminación,

⁹³ “Los síndicos serán excluidos de la nómina nacional en los casos siguientes: N° 3. Por intervenir a cualquier título en quiebras que no estuvieren o hayan estado a su cargo, salvo las actuaciones que le correspondan en su calidad de síndico, de acreedor con anterioridad a la quiebra, de representante legal en conformidad al artículo 43 del Código Civil, y de lo previsto en el artículo 28. La delegación parcial de funciones establecida en este último artículo deberá ser conocida y aprobada en la siguiente junta de acreedores”.

⁹⁴ N.B que la intervención en calidad de abogado no es una de las autorizadas por el artículo 22 N° 3 del Libro IV del Código de Comercio.

⁹⁵ PALMA ROGERS, Gabriel. 1940. Legislación de Quiebras. Santiago, Editorial Talleres Gráficos Samaniego. p. 40.

con fines de interés público. La norma no está impidiendo al síndico excluido trabajar, pues puede realizar cualquier otra actividad económica lícita, conforme a sus inclinaciones y talentos. Luego, no se le prohíbe que ejerza su profesión de abogado. Que, en consecuencia, no puede hablarse en el presente caso de un trabajo libre, que estaría obstaculizado por normas legales, sino de una actividad económica que es objeto del establecimiento de ciertos requisitos para desempeñarla y de controles, establecidos por la ley, con el objeto de cautelar el interés general. El legislador ha establecido, dentro de sus competencias privativas, limitaciones constitucionales a una actividad económica especialmente regulada”⁹⁶.

Téngase presente que, tal y como advertimos con antelación, el cuadro sinóptico general que nos interesa intentar, es el de los derechos e intereses del Estado, del síndico, del empleador deudor y del trabajador acreedor, de las respectivas prestaciones laborales insolutas. Puntos, éstos últimos que podrían haber sido expuestos en unos hipotéticos acápite 3.2.3 y 3.2.4, respectivamente, pero hemos preferido tratarlos en apartados diferentes por ser la médula cognitiva de nuestro estudio.

⁹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1413/10, de 16 de noviembre de 2010, considerandos vigésimo segundo y vigésimo tercero.

4. Escenario del Derecho Concursal: Orden Público Económico y Orden Público Laboral

Configurada alguna de las causales comprendidas en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, cualquiera de los acreedores puede solicitar la declaración de quiebra del deudor, pero cuando ese deudor es, además, empleador, los derechos que el OPE establece a su favor, no pueden analizarse aisladamente, toda vez que existan estrechas vinculaciones con los derechos provistos en el marco del Orden Público Laboral.

4.1 Derechos Fundamentales del empleador

Dentro de este capítulo, basal para el desentrañamiento del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas subyacentes a la quiebra del empleador, resulta indispensable repasar los derechos fundamentales de los que éste es titular, en el marco del OPE. Para efectos didácticos los derechos del empleador y sus intereses jurídicamente tutelados, se exponen en esta parte, por estar insertos, predominantemente, dentro del OPE. Sin embargo, adherimos a la tesis propuesta por la doctrina laboralista, en términos categóricos: “Este Orden Público Económico ha eclipsado, tradicionalmente, el componente laboral que emana de sus normas. Más aún, el diseño económico que traza la Constitución no puede entenderse sin aceptar la existencia de otro Orden Público, ahora propiamente laboral, que justifica los poderes del

empresario (en cuanto empleador), y que dibuja una serie de deberes para ambas partes del contrato de trabajo”⁹⁷.

a) Derecho de libertad empresarial. Los derechos del empleador-empresario, encuentran su fundamento último en la libertad de empresa, “garantías constitucionales, que apuntan a dotar al empresario, por una parte, del poder de iniciativa económica, y por otra, del ejercicio mismo de la actividad empresarial. Es decir, se asigna al empresario un conjunto de facultades organizativas dirigidas al logro del proyecto empresarial □ratio económica□”⁹⁸.

b) Derechos derivados del poder de dirección. En virtud de lo que, genéricamente, se denomina poder de dirección, el empleador está dotado de las facultades relativas a la libertad para contratar trabajadores⁹⁹, ordenar las prestaciones laborales, adaptarse a las necesidades de mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido, y sancionar las faltas o los incumplimientos contractuales del trabajador □ratio jurídica□.

⁹⁷ IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de la Empresa. Revista Estudios Constitucionales (2): 369-424.

⁹⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2856/ 0162, de 30 de agosto de 2002, que Fija sentido y alcance del inciso primero del artículo 5, del Código del Trabajo.

⁹⁹ N.B. que la libertad de trabajo y su protección no sólo se aplica en favor de los trabajadores, sino que también de los empleadores, quienes a propósito de sus poderes de organización y dirección, pueden elegir libremente a quien contratar, en la medida en que no se infrinjan las normas antidiscriminatorias de rango constitucional y legal.

4.2 Función de garantía del derecho concursal

La legislación concursal ejerce una función de garantía del OPE respecto del deudor que ejerce una actividad industrial, minera, agrícola o mercantil¹⁰⁰.

El principio de continuidad de la empresa, es uno de los que informan el Derecho Concursal¹⁰¹, fundamentando los resguardos que adopta el legislador y que debe adoptar la judicatura para declarar la quiebra del deudor. Lo primero se materializa en la exigencia contenida en el artículo 44 del Libro IV del Código de Comercio, en orden a requerir al solicitante de la declaratoria de quiebra, que acompañe los documentos fundantes de la petición. Luego, el artículo 45 del mismo Libro y cuerpo normativo, prescribe: “El juzgado se pronunciará sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor, y deberá cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas”.

4.3 Orden Público Laboral y derechos de los trabajadores

El Orden Público Laboral (en adelante OPL) se erige en el estatuto mínimo de derechos y obligaciones sobre el que se constituye, desarrolla y cesa el vínculo contractual de índole laboral¹⁰², producto de lo que hemos denominado intervención legislativa estricta directa. La justificación de la

¹⁰⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1414/09, de 14 de septiembre de 2010, considerando vigésimo segundo.

¹⁰¹ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. op. cit. p. 25.

¹⁰² Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4409/09, de 3 de diciembre de 2009, considerando décimo cuarto.

mencionada intervención, ha sido especificada por los jueces del fondo, en los siguientes términos: “El poder público busca contrapesar -siempre a contrapelo de los dogmas económicos, recelosos de “tanta ley laboral”- la desigualdad que reconoce en los hechos y que motiva la intervención legislativa igualadora, valiéndose de la ley y principios especiales (primacía de la realidad, contenidos mínimos irrenunciables, orden público laboral...)”¹⁰³.

El OPL, como institución sistematizadora de los derechos de los trabajadores, no ha sido objeto general de interés, por parte de nuestra doctrina o jurisprudencia, las que se han conformado con hacer alusiones a la expresión, alejándose de la tarea de explicar su contenido. Este OPL, se caracteriza entonces por la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Los derechos que comprende son irrenunciables,
- b) El principio protectorio constituye la base axiomática de su existencia, reconocimiento y extensión. Del principio de protección de los derechos de los trabajadores, se derivan otros subprincipios¹⁰⁴ como son, el principio de continuidad¹⁰⁵ y el de *indubio pro operario*¹⁰⁶.

¹⁰³ Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-6-2010, de 11 de mayo de 2010, considerando cuarto.

¹⁰⁴ ETCHEVERS, Ana María. 2005. La Desacralización del Derecho Procesal Laboral: Operatividad de la Audiencia Preliminar. Tesina de especialización en Derecho Procesal profundizado. Argentina, Universidad Notarial Argentina Virtual. p. 19.

¹⁰⁵ v. Dirección del Trabajo, Dictamen Nº 1607/35, de 28 de abril de 2003, sobre Empresa. Alteración dominio, posesión o mera tenencia. Efectos. Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

c) La garantía contenida en el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República, no se agota en la protección de la libertad del trabajo, sino que se extiende a la protección del trabajo mismo, como un bien jurídico socialmente valioso¹⁰⁷.

d) La vigencia y efectiva aplicación de las normas circunscritas dentro del OPL deben ser fiscalizadas por un organismo público a quien la ley le encomiende dicha función. Entre nosotros, la finalidad de fiscalizar la vigencia de la legislación laboral y previsional es la Dirección del Trabajo¹⁰⁸.

e) El OPL implica que, en la relación laboral, el empleador debe respetar las condiciones mínimas establecidas en la ley; el empresario podrá pactar condiciones más favorables para el trabajador pero no más perjudiciales.

Atentan contra el OPL, aquellas acciones que afectan los derechos establecidos en favor del trabajador, en el marco de la relación laboral, sin

¹⁰⁶ V.A. GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. *Revista Estudios Constitucionales* (1): 425-458.

¹⁰⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. op. cit. p. 434.

¹⁰⁸ "En segundo lugar señala que la clausura constituye una manifestación de la protección al orden público laboral, agregando que esta facultad que le fue otorgada a la Dirección del Trabajo frente al hecho de que algunas empresas incurren persistente y reiteradamente en infracciones a la legislación laboral y previsional, sin que la circunstancia de impartir instrucciones o aplicar multas resulten un remedio eficaz para un cambio de actitud en su obrar, lo que impide dar debida protección a los derechos laborales y debida aplicación a las normas de orden público sobre higiene y seguridad laboral". Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 2346/14, de 16 de enero de 2014, parte expositiva.

observar los mínimos establecidos por el legislador y que, por lo demás, no requieren estar expresamente prohibidas en la ley¹⁰⁹.

A raíz de las interferencias del OPL en el OPE, alguna doctrina ha comenzado a integrar ambas subespecies del Orden Público, bajo la nomenclatura de “Orden Público Económico Laboral”¹¹⁰.

4.4 Protección del trabajador en el procedimiento concursal

Como anunciamos en el acápite anterior, el OPL constituye una limitación a la libertad contractual, pero en términos especiales. De esta suerte, adherimos a la postura que diferencia la amplitud de la limitación a la autonomía de la voluntad en torno al Orden Público general y al OPL. En el primer caso, estamos en presencia de una limitación absoluta, en el segundo, se trata de una limitación relativa y subjetiva. Relativa porque no suprime la autonomía de la voluntad o libertad contractual, pues, mientras se respeten los mínimos establecidos por el legislador, las partes □empleador y trabajador□ son libres de excederse en el contenido del contrato de trabajo, y en términos más

¹⁰⁹ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 2804/03, de 21 de octubre de 2004, considerando décimo primero.

¹¹⁰ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 1998. Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis. p. 109.

amplios, de la relación laboral. Es subjetiva porque está primordialmente dirigido a proteger a los trabajadores, en su calidad de tales¹¹¹.

Ahora bien, en el ámbito concursal, la protección a los trabajadores se manifiesta en el ámbito de concurrencia al pago de las prestaciones laborales insolutas de las que es acreedor, ante la declaración de quiebra de su empleador. Los núcleos de protección al trabajador, en la concurrencia de su acreencia ante la declaración de quiebra de su empleador, pueden ser examinados desde las siguientes perspectivas:

a) Desde el punto de vista del crédito en sí, ya que éste goza de privilegio y, además, es un crédito de primera clase. Así lo establece el artículo 2471 y 2472 del Código Civil. La primera de las normas señala: “Gozan de privilegio los créditos de la 1.a, 2.a y 4.a clase”. La segunda, prescribe: “La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran: Nº 5. Las remuneraciones de los trabajadores y las asignaciones familiares”.

b) Desde el punto de vista de su calidad de acreedor, beneficiado por el principio de igualdad en la concurrencia del pago de los créditos, una vez que se ha procedido a la liquidación de los bienes del fallido o, también conocido, principio de *par conditio creditorum*.

¹¹¹ HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. 2011. La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral. Tesis para optar al grado académico de Magíster. Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Graduados. p. 7.

c) Desde el enfoque de la excusión de la quiebra como una causal de despido. Así las cosas, hasta el momento, nuestra jurisprudencia, después de posturas vacilantes, se ha orientado por estimar que la quiebra no es justa causa de despido, teniendo los trabajadores derecho al pago de las indemnizaciones correspondientes¹¹²⁻¹¹³. Lo anterior es de suma importancia, toda vez que al declararse injustificado el despido, el trabajador tendrá derecho a más de las remuneraciones insolutas, a las indemnizaciones legales y convencionales, prestaciones que además son créditos de primera clase, según dispone la causal N° 8 del artículo 2472 del Código Civil.

d) A propósito de las cotizaciones que el empleador debe enterar correspondiente organismo de seguridad social, también gozan de privilegio de crédito de primera clase, según causal N° 6 de la norma en comento. La protección a dichas prestaciones, de carácter social, se ha extendido al extremo de señalar la judicatura que, si el empleador no descontó de las remuneraciones de los trabajadores las predichas cotizaciones, habiendo sido ordenado aquello por sentencia judicial, y declarada posteriormente la quiebra de aquel, ha de reputarse que las cotizaciones se encuentran insolutas y que,

¹¹² THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. 2009. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 43.

¹¹³ N.B. que la situación se transformará a partir de octubre de este año, cuando entre en vigencia la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, que sí califica la quiebra del empleador, como una causal de término del contrato de trabajo.

también respecto de esos montos, los trabajadores gozan de preferencia de pago¹¹⁴.

¹¹⁴ “Habida consideración de que el demandado tenía la obligación de descontar las cotizaciones previsionales de la parte de las remuneraciones correspondiente a reajuste que pagó en cumplimiento de una sentencia judicial, lo que no hizo, no es posible ni corresponde al Tribunal que conoce de la demanda por dichas cotizaciones, que enmiende el error de pago en que incurrió el demandado en la otra causa; error que obliga a recordar el antiguo aforismo que expresa: “quien paga mal, paga dos veces”. En suma, ha correspondido al empleador descontar y enterar en la A.F.P. las cotizaciones en cobro y como no lo hizo el resultado consiste en que tales imposiciones se encuentran impagas, por lo que no existe razón, prueba ni precepto legal que permita fundamentar el rechazo de la demanda del actor en orden a que se ordene pagarlas”. Sentencia 23º Juzgado Civil, ROL N° 754/86, de 30 de octubre de 1987. Confirmada por Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 2151/87-T, de 20 de enero de 1988. Sentencia Corte Suprema declara no ha lugar recurso de queja, ROL N° 6956/88, de 21 de junio de 1988.

CAPÍTULO II

ESCENARIO NORMATIVO DE LOS TRABAJADORES ANTE LA QUIEBRA DEL EMPLEADOR

5. Marco general de la situación del trabajador ante el resto de los acreedores

En el presente apartado se analizará la situación práctica y normativa en que se pone el trabajador, producto de los efectos producidos por la sentencia que declara la quiebra del empleador. El trabajador es uno más de los acreedores del deudor fallido, con la particularidad que la declaración judicial de la quiebra del empleador, genera una consecuencia que presenta relevancia en materia laboral, como no lo hace respecto del resto de las acreencias. Lo anterior, porque todo contrato de trabajo tiene un contenido personal, de carácter ético jurídico¹¹⁵. Sin embargo, declarada la quiebra del empleador, las decisiones que puedan adoptarse sobre la terminación o eventual conservación de los puestos de trabajo de la empresa, con la consecuente responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones laborales, pasarán a depender de las

¹¹⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3554/10, de 24 de mayo de 2011, considerando cuarto.

decisiones de un tercero, que no es parte de dichas relaciones jurídicas personales, esto es, el síndico¹¹⁶.

6. Desasimiento de los bienes del empleador

Dentro de los efectos producidos por la declaración de quiebra, cabe resalta el del desasimiento de los bienes del fallido, en virtud del cual los acreedores de éste adquieren la facultad de disposiciones sobre dichos bienes y sobre los frutos que ellos produzcan, hasta hacerse pago de sus respectivos créditos, todo según lo dispone el artículo 64 del Libro IV del Código del Ramo. Por supuesto, los trabajadores, como el resto de los acreedores, están afectos a las consecuencias del desasimiento, como son:

a) La asunción de la representación judicial y extrajudicial de la empresa declarada en quiebra por el síndico designado en la sentencia que declara la quiebra.

b) La asunción del síndico de la administración el patrimonio del empleador fallido.

¹¹⁶ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a estabilidad laboral. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (40): 185-212.

c) El pago que hará el síndico de las obligaciones del empleador fallido, en post de satisfacer los créditos insolutos, en la forma y proporción que determine la ley.

En ejercicio de las facultades señaladas en las letras b) y c), el síndico deberá estar a las instrucciones y directrices impartidas por la Junta de Acreedores, de la cual el trabajador también forma parte y que puede ser definida como “la asamblea de los acreedores de la empresa en quiebra, cuyos créditos han sido previamente reconocidos por el juez de la quiebra o autorizados por éste a participar, y gozan de derecho a voz y voto en las reuniones ordinarias o extraordinarias a que se les convoque para pronunciarse y decidir sobre el proceso de liquidación y administración de los bienes de la empresa en quiebra”¹¹⁷.

7. Créditos laborales y previsionales

El artículo 1º inciso 2º del Libro IV del Código de Comercio señala: “El juicio de quiebra tiene por objeto realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”. Sin perjuicio de lo prevenido *in extenso* en el presente estudio, acerca de la amplitud del Derecho Concursal y

¹¹⁷ Dirección del Trabajo. 2011. Boletín Oficial Nº 266. La quiebra del empleador y los derechos de los trabajadores. Doctrina, Estudios y Comentarios. p. 36.

su no agotamiento en el juicio de quiebras, que tiene por objeto la liquidación de los bienes del deudor. Así las cosas, los trabajadores tienen un derecho personal, respecto del empleador, para perseguir la ejecución de las prestaciones laborales, sobre sus todos los bienes que no estén expresamente exceptuados.

Los trabajadores, como el resto de los acreedores del empleador deudor, tienen el derecho conferido por el artículo 2465 del Código Civil, denominado de garantía general o responsabilidad patrimonial universal, en virtud del cual adquieren los derechos de persecución y de venta de los bienes del deudor hasta la satisfacción de sus créditos¹¹⁸. En principio, los acreedores se rigen por el principio de igualdad, es decir, concurren al producto del remate a prorrata de sus acreencias, en ejercicio del poder de agresión que la ley les condesciende¹¹⁹, salvo que sean titulares de un crédito que goce de alguna preferencia.

¹¹⁸ Artículo 2469 del Código Civil: “Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue”.

¹¹⁹ AEDO BARRENA, Cristián. 2008. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía. Revista Chilena de Derecho 35(2): 293-310.

7.1 Prelación de créditos

La prelación de créditos, altera las reglas del aludido principio de igualdad de los acreedores, determinando las causales legales de preferencia entre los diversos créditos.

Así las cosas, las normas de prelación de créditos sirven para prefijar la jerarquía o clase de los distintos acreedores y qué acreedores se anteponen a otros en los créditos de una misma clase.

7.1.1 Ideas generales

La prelación de créditos ha sido definida como “el conjunto de reglas que determinan las causales de preferencia de ciertos créditos con relación a otros y la concurrencia de dichos créditos entre sí, en caso que los bienes del deudor no sean suficientes para hacer pago de todas las deudas”¹²⁰.

Como hemos venido señalando, los créditos laborales constituyen una causal de preferencia y tienen privilegio por ser un crédito de primera clase, según se desprende de lo prescrito por los artículos 2470 y 2471 del Código Civil. La preferencia de que son beneficiarios los créditos de los trabajadores en contra del empleador, a propósito de la relación laboral, es general, dado que no afecta ningún bien en particular, sino que puede hacerse efectiva en todo el

¹²⁰ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2010. Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 131.

patrimonio del deudor¹²¹. Tales créditos enumerados, aclara el artículo 2473, afectan todos los bienes del deudor y, no habiendo lo necesario para cubrirlos íntegramente, preferirán unos a otros en el orden de su numeración, cualquiera que sea su fecha, concurriendo a prorrata los comprendidos en un mismo número. No obstante su carácter general, se limita su ejercicio a los bienes en poder del deudor por efecto de la proscripción contenida en el inciso segundo del mismo precepto, de que estos derechos afecten a terceros poseedores¹²².

7.2 Preferencias de los créditos laborales y de bienestar social

Los créditos laborales en materia de privilegios, de acuerdo a los numerales 5° y 8° del citado artículo 2472, en relación con el artículo 61 del Código Laboral, se dividen en remuneraciones e indemnizaciones, las primeras reconocidas sin tope en cuanto a su monto, las segundas con los límites que la ley se consignan¹²³, en la medida en que consten en un título o documento justificativo.

En armonía con las disposiciones citadas, el artículo 61 del Código del Trabajo prescribe que gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los

¹²¹ op. cit. p. 133.

¹²² Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4409/09, de 3 de septiembre de 2009, considerando primero.

¹²³ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4409/09. Cit. considerando quinto.

organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del mismo Código.

El artículo 61 del Código del Trabajo, que dada su importancia para efectos de nuestro estudio, transcribiremos íntegramente, dispone: “Gozan del privilegio del artículo 2472 del Código Civil, las remuneraciones adeudadas a los trabajadores y sus asignaciones familiares, las imposiciones o cotizaciones y demás aportes que corresponda percibir a los organismos o entidades de previsión o de seguridad social, los impuestos fiscales devengados de retención o recargo, y las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que corresponda a los trabajadores; todo ello conforme al artículo 2473 y demás pertinentes del mismo Código.

Estos privilegios cubrirán los reajustes, intereses y multas que correspondan al respectivo crédito.

Para los efectos de lo dispuesto en el número 5 del artículo 2472 del Código Civil, se entiende por remuneraciones, además de las señaladas en el inciso primero del artículo 41, las compensaciones en dinero que corresponda hacer a los trabajadores por feriado anual o descansos no otorgados.

El privilegio por las indemnizaciones legales y convencionales previsto en el número 8 del artículo 2472 del Código Civil, no excederá, respecto de cada beneficiario, de un monto igual a tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, con un límite de diez años; el saldo, si lo hubiere, será considerado crédito valista. Si hubiere pagos parciales, éstos se imputarán al máximo referido¹²⁴.

Sólo gozarán de privilegio estos créditos de los trabajadores que estén devengados a la fecha en que se hagan valer”.

Aunque parezcamos majaderos, es del caso señalar que la preferencia de pago no se aplica respecto de todos los créditos del trabajador en contra del empleador, sino que sólo en cuanto las prestaciones laborales se encuentren comprendidas en la ley. En lo demás casos, el trabajador concurrirá al pago de sus créditos en calidad de valista, junto con los demás acreedores que no gocen de preferencia.

7.3 Contenido de las prestaciones laborales que gozan de preferencia

Nada más fácil que señalar que los créditos laborales incluidos en la enumeración del artículo 2472 del Código Sustantivo, tienen preferencia de

¹²⁴ n. Téngase presente que el inciso 4º del artículo 61 del Código del Trabajo, sólo tendrá vigencia hasta que comience a regir la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, el 10 de octubre de 2014, dado que el artículo 350 N° 1 del mencionado cuerpo legal, dispone la sustitución de la norma laboral, por el siguiente texto: “se regirá por lo establecido en dicha norma”. Materia tal que se encuentra reglamentada en el artículo 244 N° 2 y N° 3 y 346 N° 5 y N° 8.

primera clase y los que no aparecen mencionados deben ser excluidos del goce de la preferencia apuntada. Sin embargo, los problemas aparecen al tratar de encasillar en una u otra categoría □créditos laborales con preferencia y créditos laborales sin preferencia□ a ciertas prestaciones laborales que, bien podrían entenderse imbuidas en alguno de los supuestos con preferencia, en sujeción a una interpretación armónica de la legislación civil, laboral y concursal, como bien podrían entenderse excluidas. En estos casos, la línea que delimita la extensión de las preferencias de los créditos laborales, se difumina y ante eso, la doctrina y la jurisprudencia van de salto anverso, salto postrero.

7.3.1 Créditos remuneratorios

Las remuneraciones son aquellas contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo¹²⁵. A contrario sensu, las remuneraciones insolutas son aquellas contraprestaciones en dinero y aquellas especies avaluables en dinero que debe percibir el trabajador por el empleador por causa del contrato de trabajo y que no han sido pagadas o no han sido

¹²⁵ Artículo 41 del Código del Trabajo: “Se entiende por remuneración las contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo.

No constituyen remuneración las asignaciones de movilización, de pérdida de caja, de desgaste de herramientas y de colación, los viáticos, las prestaciones familiares otorgadas en conformidad a la ley, la indemnización por años de servicios establecida en el artículo 163 y las demás que proceda pagar al extinguirse la relación contractual ni, en general, las devoluciones de gastos en que se incurra por causa del trabajo”.

incluidas en pagos anteriores y que, por tanto, constituyen créditos para el trabajador.

i. Remuneraciones que gozan de preferencia

La ley laboral dispone, en el artículo 42 del Código del Trabajo, comprende en el concepto de remuneraciones (fijas y variables), las siguientes prestaciones de carácter periódicas:

a) Sueldo, que es el estipendio obligatorio y fijo, en dinero, pagado por períodos iguales, determinados en el contrato, que recibe el trabajador por la prestación de sus servicios en una jornada ordinaria de trabajo, sin perjuicio de lo señalado en el inciso segundo del artículo 10.

b) Sobresueldo producto de la remuneración de las horas extraordinarias de trabajo.

c) Comisiones que representan el porcentaje sobre el precio de las ventas o compras, o sobre el monto de otras operaciones, que el empleador efectúa con la colaboración del trabajador.

d) Participación, referida a la proporción que le cabe al trabajador en las utilidades de un negocio determinado o de una empresa o sólo de la de una o más secciones o sucursales de la misma.

e) Gratificación como aquella parte de las utilidades con que el empleador beneficia el sueldo del trabajador.

Como dejamos enunciado, la norma en comento incluye remuneraciones fijas y variables¹²⁶. Para mejor comprensión, citaremos a los profesores William Thayer y Patricio Novoa, quienes nos ilustran acerca de la individualización del carácter fijo o variable de la remuneración: “Remuneración fija es aquella que en forma periódica (semana, quincena o mes) percibe el trabajador (---) Remuneración variable es aquella cuyo pago queda subordinado al acaecimiento de determinados supuestos condicionantes que pueden ocurrir o no, o cuya magnitud es imprevisible”¹²⁷.

Todas las prestaciones antes expresadas deben ser incluidas dentro de los créditos remuneratorios laborales que gozan de la preferencia de primera clase contenida en el numeral 5 del artículo 2472 del Código Civil.

f) Compensaciones de feriado legales y proporcionales.

El artículo 61 del Código del Trabajo, ya transcrito, en su inciso 3º reputa remuneración para efectos de lo estatuido en el numeral 5 del citado artículo 2472, una prestación que escapa del concepto remuneratorio del artículo 42 del

¹²⁶ v. ARELLANO ORTIZ, Pablo y PONCE HEINSOBN, Ivonne. 2011. Interpretación jurisprudencial del beneficio de la semana corrida: violación del principio de igualdad de remuneraciones (Corte Suprema). Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia 24(2): 227-234.

¹²⁷ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 162.

Código del Ramo, y que tampoco es posible desprender su integración, a partir de la lectura de la norma del Código Civil que determina cuáles son los créditos laborales de primera clase que se encuentran comprendidos en el numeral 5.

g) Se incluyen además, junto a las remuneraciones, las asignaciones familiares, que si bien no constituyen remuneración, revisten el privilegio de que se trata por habersele reconocido expresamente.

Ahora bien, la Dirección del Trabajo¹²⁸ ha consignado cuáles han de ser las prestaciones que no deben ser consideradas como remuneración para efectos del N° 5 del artículo 2472 del Código Civil:

a) Percepciones no remuneratorias compensatorias. En esta categoría, y conforme lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 42 Código del Trabajo, se encuentran las asignaciones de colación y movilización, los viáticos, devolución de gastos que incurra el trabajador por causa del contrato de trabajo y gastos de traslado.

b) Percepciones no remuneratorias indemnizatorias. En esta categoría está la asignación de pérdida de caja y la asignación de desgaste de herramientas.

c) Beneficios provisionales, como las ayudas de los Servicios de Bienestar existentes en las empresas.

¹²⁸ Dirección del Trabajo. 2011. Boletín Oficial N° 266. op. cit. p. 22.

d) Exceso de la preferencia, en el caso del N° 8 del artículo 2472 Código Civil.

ii. Beneficios sociales que gozan de preferencia

Las cotizaciones previsionales constituyen un gravamen que pesa sobre las remuneraciones de los trabajadores, el cual es descontado por el empleador con la finalidad de ser enterado ante el órgano previsional al cual se encuentren afiliados sus dependientes, dentro del plazo que la ley fija¹²⁹. Resulta atractiva la tesis sostenida por nuestro supremo tribunal, el año 2010, en orden a considerar las cotizaciones previsionales como parte de la remuneración del trabajador, tomando como fundamentos los siguientes:

❖ Que del concepto de remuneración, contenido en el artículo 41 del Código del Ramo, es dable considerar que las cotizaciones se encuentran comprendidas en el ámbito remuneracional.

❖ Que el artículo 58 se encuentra ubicado dentro de las normas de protección a las remuneraciones que establece el Código Laboral.

❖ Que el Decreto Ley N° 3.500, sobre Sistema de Pensiones, de 13 de noviembre de 1980, obliga a los trabajadores a cotizar, para efectos de

¹²⁹ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1184/10, de 20 de abril de 2010, considerandos sexto, séptimo y octavo.

seguridad social, ciertos porcentajes de sus remuneraciones y rentas imponibles¹³⁰.

Según se desprende del número 6 del artículo 2472 del Código Civil, gozan de preferencia, dentro de la primera clase, las cotizaciones previsionales y de salud, bajo la expresión genérica “cotizaciones adeudadas a organismos de Seguridad Social o que se recauden por su intermedio, para ser destinadas a ese fin (---)”¹³¹¹³². El artículo 51 inciso 1º del Código del Trabajo exige al empleador deducir de las remuneraciones, las sumas correspondientes a las cotizaciones de seguridad social, como también las obligaciones con instituciones de previsión o con organismos públicos, conceptos éstos últimos dentro de los cuales caben los descuentos por crédito social en favor de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar¹³³, en virtud de lo preceptuado por el artículo 1º del artículo 22 de la ley N° 18.833, que contiene el Estatuto Legal de las Cajas de Compensación de Asignación Familiar.

Las cotizaciones adeudadas por el empleador son de naturaleza previsional cuyo contenido esencial es el de propender a la seguridad social,

¹³⁰ Artículo 17 inciso 1º del D.L N° 3500, de 1980, que establece el Nuevo Sistema de Pensiones, señala: “Los trabajadores afiliados al Sistema, menores de 65 años de edad si son hombres, y menores de 60 años de edad si son mujeres, estarán obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 por ciento de sus remuneraciones y rentas imponibles”.

¹³¹ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 401/03, de 21 de octubre de 2004, considerando cuarto.

¹³² V.t. MEZA BARROS, Ramón. 2009. Manual de Derecho Civil. De Las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 110.

¹³³ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 0262/04, de 17 de enero de 2012, sobre Remuneración: Descuento Crédito Social C.C.A.F. Descuentos Obligatorios, Remuneraciones: Descuento Crédito Social C.C.A.F. No afectos a tope 45%, de inc. 4º, art. 58, Caja de Compensación: Descuento Crédito Social. Descuento Obligatorio, Caja Compensación: Descuento Crédito Social no afecto tope 45%, inc. 4º art. 58.

objetivo diverso del laboral, traspasando, por consiguiente, los límites de la relación laboral entre trabajador y empleador¹³⁴.

iii. Indemnizaciones que gozan de preferencia

Las únicas indemnizaciones que proceden al término del contrato de trabajo de un trabajador de una empresa cuya quiebra ha sido declarada son las del artículo 2472 N° 8 del Código Civil¹³⁵. La Corte Suprema¹³⁶ ha pormenorizado que las indemnizaciones que detentan el carácter de legal, son dos:

- ❖ Indemnización por años de servicio e,
- ❖ Indemnización sustitutiva del aviso previo.

Cabe señalar que el derecho a la indemnización, emanado de una relación laboral, es un derecho contractual que por su contenido humano jurídica y moralmente debe prevalecer sobre otros créditos y que, además, tiene

¹³⁴ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 5047/08, de 16 de octubre de 2008, considerando quinto.

¹³⁵ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N°508/12, de 6 de agosto 2012, considerando octavo.

¹³⁶ “Que sobre la base de los hechos reseñados precedentemente los sentenciadores del grado concluyeron que, en la especie, las partes celebraron un avenimiento, que fue aprobado por el tribunal competente y por medio del cual pusieron término a un litigio pendiente obligándose la parte empleadora demandada a pagar a su trabajador las remuneraciones adeudadas al término de la relación laboral junto a las indemnizaciones legales por falta de aviso previo y por años de servicio, montos que gozan de preferencia para su pago por tratarse de créditos de primera clase que procede se hagan efectivos sobre el producido de la finca hipotecada al no existir otros bienes suficientes del deudor, desestimando explícitamente que la relación laboral de la cual ellos emanan pueda estimarse simulada”. Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4964/12, de 3 de septiembre de 2012, considerando cuarto.

implicancias de carácter socioeconómico que el legislador, con un afán proteccionista del trabajador, ha establecido en su favor. Pero, además, presenta un carácter condicional, porque esta indemnización está sujeta a las condiciones suspensivas de tener el contrato de trabajo una duración superior a un año y, además, que la terminación se produzca por desahucio, necesidades de la empresa establecimiento o servicio, o por despido injustificado, declarado judicialmente. En esta perspectiva, cumplido cualquiera de los eventos antes reseñados, hace que esta condición opere retroactivamente en beneficio del trabajador a la fecha del contrato, de tal manera que hace que este derecho a la indemnización nazca en dicho momento.

Una antigua doctrina de la Corte Suprema¹³⁷, apuntaba que la indemnización por años de servicios dejó de ser eventual, toda vez que el artículo 17 del D.L N° 2.200, que Fija Normas Relativas al Contrato de Trabajo y a la Protección de los Trabajadores, de 1978, prescribe que la referida indemnización puede pagarse anticipadamente. Sin embargo, no encontramos la concordancia señalada, puesto que no es posible desprender de esa norma dicha posibilidad. Ahora bien, respecto de la indemnización por años de servicios convencional, es decir, aquella que ha sido pactada en el contrato de trabajo □individual o colectivo□, la actual legislación laboral no permite el pago

¹³⁷ Sentencia Corte Suprema, se ignora ROL, de 18 de mayo de 1989, considerando octavo. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raul. 2010. Concurso de acreedores (aplicación de normas legales). Leyes que regulan las preferencias en caso de concurrencia de acreedores (vigencia). Ley sobre efecto retroactivo de las leyes (aplicación). Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 68.

anticipado de tal beneficio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.010, que estableció normas sobre terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, en 1990, puesto que derogó la norma que posibilitaba el pago anticipado de la indemnización¹³⁸.

Por otra parte, en el razonamiento de la Corte, no se puede desatender a los requisitos específicos que exige la actual redacción del artículo 163 del Código del Trabajo, para que la indemnización por años de servicio sea procedente, a falta de estipulación de las partes¹³⁹.

Tanto la indemnización legal como la convencional, deben devengarse a propósito del despido, sin perjuicio de que el trabajador pueda demandar de su empleador una indemnización por los daños derivados de un accidente del trabajo, que en términos amplios, es también legal. Con esto queremos

¹³⁸ n. La Dirección del Trabajo ha manifestado en su jurisprudencia administrativa, en dictamen 0154/05 de 10 de enero de 1994, que resulta procedente convenir anticipos de indemnización por años de servicios en la forma que las partes convengan libremente sin sujetarse a límite alguno por causas distintas del desahucio y de las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio. Asimismo, resulta jurídicamente procedente compensar cantidades percibidas por conceptos de anticipos de indemnización por causas distintas del desahucio o necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, con las que corresponden recibir al término de la relación laboral por algunas de estas últimas causales. Finalmente, cabe agregar que la indemnización convencional que las partes hayan convenido, sea que se pague anticipadamente o no, puede resultar de un monto inferior a la indemnización legal que se establece en el inciso 2° del artículo 163 del Código del Trabajo. No obstante lo anterior, si el contrato de trabajo terminara por aplicación de la causal del artículo 161 del referido Código, esto es, por necesidades de la empresa o desahucio, corresponderá pagarse la indemnización legal y si la sumatoria de los montos anticipados de la indemnización convencional, que como se dijo se imputan a la legal, resultare inferior al monto de la indemnización legal, el empleador deberá pagar la diferencia al momento de la terminación del contrato.

¹³⁹ “Lo anterior significa que éste un derecho del trabajador que surge cuando el empleador decide poner término al contrato de trabajo por la causal invocada, el que no se encuentra sometido a condición ni modalidad de ninguna especie”. Sentencia Corte de Apelaciones, ROL N° 6213/07, de 20 de octubre de 2008, considerando séptimo.

significar que la expresión “indemnización legal” no se refiere a la fuente que la consigna, sino que a la resarcición de que es titular el trabajador, cuando el antecedente jurídico es el despido.

“El artículo 148 inciso 5º de la Ley concursal, se refiere a estas indemnizaciones, determinando que se pagarán en los términos del inciso 4º del mismo artículo, sin necesidad de verificación previa, con el límite en caso de las indemnizaciones convencionales, de un mes de remuneración por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, sin perjuicio de ello, se puede agregar, del límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador, con un límite de 10 años que establece el artículo 2472 N° 8 del Código Civil, bastando para ello el solo mérito de la sentencia ejecutoriada que lo ordene”¹⁴⁰.

Ahora bien, según la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo¹⁴¹, procede descontar el incremento o factor previsional de las indemnizaciones legales de los trabajadores ingresados a una empresa con

¹⁴⁰ Dirección del Trabajo. 2011. Boletín Oficial N° 266. op. cit. p. 26.

¹⁴¹ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1108/50, de 21 de marzo de 2001, sobre Continuidad de Giro. Indemnización. Privilegio. Tope 2) Indemnización Legal. Incremento Previsional. 3) Quiebra. Indemnización. Privilegio. Tope 4) Quiebra. Indemnización Sustitutiva. Privilegio. Tope. Procedencia 5) Terminación Contrato Individual. Cotizaciones. Continuidad de Giro 6) Terminación Contrato Individual. Cotizaciones. Quiebra.

anterioridad al 1 ° de marzo de 1981, que hubieren mantenido vigente sus contratos¹⁴².

a) Límites a las indemnizaciones laborales

Las indemnizaciones legales y convencionales de origen laboral que les correspondan a los trabajadores, que estén devengadas a la fecha en que se hagan valer y hasta un límite de tres ingresos mínimos mensuales por cada año de servicio y fracción superior a seis meses por cada trabajador con un límite de diez años. Por el exceso, si lo hubiere, se considerarán valistas.

8. *Par conditio creditorum* y el carácter protector del Derecho del Trabajo

8.1 Ideas preliminares

El artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República establece el principio general de igualdad, que materializa el valor de la igualdad al que alude el constituyente en el artículo 1° inciso 1° de la misma fuente¹⁴³.

El principio de la *par conditio creditorum*, constituye la base axiomática del Derecho Concursal, y en su virtud se proclama la regla zócalo de la

¹⁴² n. Esto porque la afiliación automática al sistema y la obligación de cotizar en una Administradora de Fondos de Pensiones, comenzó a regir el año 1981, por disposición del D.L N° 3.500 ya citado (artículos 2 y 97 de dicho cuerpo legal).

¹⁴³ v. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1997. El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 18: 167-184.

conurrencia de los acreedores en el reparto del activo del deudor fallido. En los mismos términos, es posible afirmar que la *par conditio creditorum* es al Derecho Concursal lo que la autonomía de la voluntad es al Derecho Civil.

El fundamento inherente al sostenimiento del principio de igualdad en materia concursal dice relación con la carga que significa para los acreedores verse afectados en sus acreencias y en la eficacia del derecho de garantía general que la ley pone a su disposición. Es lo que en la doctrina especializada se conoce como “comunidad de pérdidas”¹⁴⁴.

Sin embargo, hemos de advertir que tal y como el principio general de igualdad constitucional no es absoluto, tampoco lo es el de la *par conditio* y las reglas de preferencia expuestas a partir de la prelación de que se benefician los créditos laborales, es la mejor muestra de su relatividad¹⁴⁵. En el mismo sentido, la doctrina nacional se inclina en fundar la concurrencia activa a prorrata de los respectivos créditos en “consideraciones de política económica que rigen toda la materia de prelación de créditos. Es evidente que una cierta

¹⁴⁴ SATTI, S. 1951. Instituciones del Derecho de Quiebra. Traducc. por Rodolfo O. FONTANARROSA, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América. p. 32. V.A. GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. 2011. El Derecho de Quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 28; DIEZ CANSECO, Alfredo. 1993. Del Derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (47): p. 385; JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. 2013. Boleta de garantía bancaria e insolvencia. Su impacto en el principio de la par conditio creditorum. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20-2: p. 175; NUÑEZ O, Raúl y CARRASCO D, Nicolás. 2012. Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos de la Ley de Quiebras chilena. Revista lus et Praxis 18-1: passim.

¹⁴⁵ JIMENEZ MAÑAS, Dionisio. 2012. Par Conditio Creditorum v/s Privilegium. Tesis II Curso Experto Derecho Concursal, Universidad Internacional de Andalucía, España. Edición electrónica María González F. passim.

igualdad debe manifestarse en el sistema concursal –como es común a todos los sectores del Derecho–, pero en ningún caso esta igualdad debe ser entendida como la idéntica posición de todos los acreedores ante el patrimonio del deudor insolvente. Creemos que el ordenamiento debe prever una forma lógica de coordinación que delimite los riesgos implícitos en cada crédito, las valoraciones políticas subyacentes, los costos económicos asociados, etc.”¹⁴⁶.

8.2 Principio de protección al trabajador

El principio de protección □proteccionista, de tutela o de favor□ encuentra sus fundamentos en la posición de la parte más débil en el contrato de trabajo, esto es, el trabajador. Se visualiza al trabajador como carente de la libertad negocial necesaria en pos de vincularse laboralmente con el empleador¹⁴⁷.

La protección del trabajador ante la agresión del empleador, se materializa en nuestro ordenamiento jurídico en los siguientes aspectos:

i. Derecho de igualdad y de no discriminación arbitraria (artículo 19 N° 2 de la CPR).

ii. Derecho a la libertad de trabajo, su protección y al trabajo en sí (artículo 19 N° 16 CPR).

¹⁴⁶ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. op. cit. p. 74.

¹⁴⁷ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. op. cit. p. 427.

- iii. Derecho a recibir una justa retribución (artículo 19 N° 16 CPR).
- iv. Principio in dubio pro operario.
- v. Derecho a un trabajo digno¹⁴⁸.
- vi. Derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, especialmente aquellos de carácter laboral (artículo 5° CPR).
- vii. Límites a los derechos del empleador y la irrenunciabilidad de los derechos laborales, mientras subsiste el contrato (artículo 5° CT).
- viii. Fuero laboral (artículo 174 CT).
- ix. El principio de continuidad de la empresa (artículo 4° CT).
- x. Principio de la realidad.
- xi. Principio de la buena fe laboral.
- xii. Obligación del empleador de proteger eficazmente la vida y la salud de sus trabajadores (artículo 184 CT), entre otros.

Ya en el año 2003, la Corte Suprema recogía en sentencia de casación, la integración de los últimos 4 derechos laborales de nuestra enumeración, en los términos que pasamos a anotar: “En este orden de ideas, se debe también

¹⁴⁸ SILVA BASCUÑAN, Alejandro. 2010. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XIII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 225.

consignar que el mencionado artículo 4º consagra no sólo la presunción de responsabilidad del empleador, sino también el principio de continuidad de la empresa, criterio que lleva a concluir que el legislador ha distinguido entre empresa y empleador, vinculando los derechos y obligaciones de los trabajadores con la empresa y no con la persona natural o jurídica que se encuentra a cargo de ella, razón por la cual ha dicho que las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alteran los derechos y obligaciones de aquéllos. En este contexto, en conformidad con lo razonado y aplicando, además, los principios protectores del derecho del trabajo, especialmente los de la realidad y de la buena fe (---). Al amparo de lo prevenido en el artículo 184 del Estatuto Laboral –que establece el principio de protección del trabajador por parte del empleador– y de lo establecido en el artículo 19, Nos 1º y 4º de la Carta Fundamental y siendo un hecho de la causa el conocimiento de la situación de acoso que la demandante denunciaba (---)”¹⁴⁹.

8.3 Purga normas laborales y normas de la Ley de Quiebra

Avanzando en el desarrollo del presente estudio hemos dado por sentado que tanto el Derecho Laboral como el Concursal, son especie del

¹⁴⁹ Sentencia Corte Suprema, se ignora ROL, de 9 de abril de 2003. Resumen Doctrina y considerando noveno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 40-46.

Orden Público y que, sin perjuicio, de la ratio proteccionista del legislador y del constituyente para con el trabajador, en ocasiones parece latente la pugna entre las normas laborales y las normas insertas en la actual Ley N° 18.175, de Quiebras. Es del caso, como en tantas otras materias en que la doctrina denuncia constantemente las lagunas legales, el juez, en su misión de integración del derecho, ha debido conformar su criterio a la creación del valor jurídico de dos o más derechos de orden público en colisión.

8.3.1 Nulidad del despido por incumplimiento de obligaciones previsionales y determinación de los créditos

Quizás sea el conflicto suscitado a propósito de la aplicación del inciso 5° del artículo 162 del Código del Trabajo, en cuyo texto se lee: “Para proceder al despido de un trabajador por alguna de las causales a que se refieren los incisos precedentes o el artículo anterior, el empleador le deberá informar por escrito el estado de pago de las cotizaciones previsionales devengadas hasta el último día del mes anterior al del despido, adjuntando los comprobantes que lo justifiquen. Si el empleador no hubiere efectuado el íntegro de dichas cotizaciones previsionales al momento del despido, éste no producirá el efecto de poner término al contrato de trabajo”.

En este orden de ideas, el incumplimiento del empleador del pago de las cotizaciones previsionales, repercute en la nulidad del despido. Pero la norma

transcrita, agrega que el empleador puede convalidar el despido pagando las cotizaciones morosas, acreditando tal circunstancia a través de una carta certificada que deberá enviar al trabajador. Sin embargo, la ley carga al empleador con la continuidad en el pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, en el periodo que media entre el despido y la carta de comunicación del pago de las cotizaciones adeudadas¹⁵⁰.

Hasta aquí, nada nuevo. Planteemos ahora lo difícil que se torna la aplicación del artículo 162 del Código Laboral, ante lo dispuesto por el artículo 66 del Libro IV del Código de Comercio o Ley de Quiebra: “La sentencia que declara la quiebra fija irrevocablemente los derechos de todos los acreedores en el estado que tenían el día de su pronunciamiento, sin perjuicio de los casos especialmente previstos por la ley”.

El mandato aislado del citado artículo 66, importa que la sentencia de quiebra determina en términos absolutos los derechos de los acreedores, entre ellos, de los trabajadores, por lo que, aun cuando el despido sea nulo, las cotizaciones previsionales, ni la remuneraciones o prestaciones laborales de carácter contractual, se siguen devengando.

¹⁵⁰ Incisos 6º y 7º del artículo 162 del Código del Trabajo.

8.3.1.1 Recepción jurisprudencial de la contradicción normativa

a) Interpretación pro trabajador

La jurisprudencia no siempre ha estado conteste en el prevalencia de criterios laborales o concursales en el descrito escenario de colisión de derechos. En oportunidades ha privilegiado la Ley Laboral (artículos 5º y 162 del Código del Trabajo), por sobre el artículo 66 e incluso ha dejado de aplicar las normas relativas a la prescripción de las acciones en pro del trabajador. El anterior fue el criterio adoptado por el Juzgado del Trabajo de Antofagasta, mismo que debió ser corregido por la Corte Suprema, en fallo de casación: “Que bajo pretexto del carácter tuitivo del derecho laboral y de sus especiales características, no es dable colocar a las partes litigantes en desigualdad procesal y eximir al trabajador de la carga de gestionar y dar curso progresivo a los autos, no constando por lo demás circunstancia alguna que, en el caso, haya impedido u obstaculizado el cumplimiento de tal obligación”¹⁵¹.

De igual manera, la Dirección del Trabajo, que en términos generales sustenta sus dictámenes en principios tutelares de los derechos del trabajador, insiste en la vigencia de los créditos laborales (remuneraciones, otras prestaciones de carácter contractual, gratificaciones legales y cotizaciones

¹⁵¹ Sentencia Suprema, ROL N° 3929/03, de 30 de septiembre de 2004, considerando cuarto.

previsionales), ante el despido que ha sido declarado nulo o que, simplemente, no se ha verificado, aun después de la declaratoria de quiebra¹⁵².

b) Interpretación pro Legislación Concursal

Esta interpretación constituye la regla mayoritariamente adoptada por la jurisprudencia, en virtud de la cual cabe concluir que “la sanción contenida en el artículo 162 del Código del Trabajo, conocida como Ley Bustos, sólo puede aplicarse hasta la época de la declaración de quiebra, pues ella establece el momento en que se fija el pasivo del deudor fallido. De extenderse la mencionada sanción a un periodo posterior a la fecha antes anotada, importaría dotar a los trabajadores de un privilegio excepcional no acorde con el procedimiento concursal consagrado en los preceptos que reglan la materia”¹⁵³.

A través de sentencia de unificación de jurisprudencia, la Excma. Corte Suprema se ha inclinado, decisivamente, por sostener la primacía jerárquica del

¹⁵² “La declaración de quiebra suspende el derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido” (inciso 1º del artículo 71). Como queda en evidencia de esta enumeración de consecuencias jurídicas de la declaratoria de quiebra, éstas se orientan a la protección del patrimonio del fallido y a arreglar aspectos de orden procesal para el expedito ejercicio de los derechos de los acreedores, no comprendiendo -estos efectos- ningún título o causal de extinción de obligaciones, las que permanecen -todas- plenamente vigentes incluida la de gratificar a los trabajadores.

En estas condiciones, mientras subsista el contrato de trabajo, al dependiente, aun cuando la empresa haya sido declarada en quiebra, le asiste el derecho a percibir el beneficio de la gratificación en los términos latamente precisados”. Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1815/151, de 8 de mayo de 2000, sobre El derecho a gratificación convencional de los dependientes de la empresa Xilo S.A. subsiste y se conserva plenamente vigente no obstante la declaración de quiebra de ésta.

¹⁵³ Sentencia Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL O-2947/13, de 14 de enero de 2014, considerando décimo noveno.

artículo 66 de la Ley de Quiebras, ante el artículo 162 de la Ley Laboral “Que, en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido que la norma del artículo 66 y siguientes de la Ley de Quiebras prima por sobre la sanción de nulidad de despido establecida en el artículo 162”¹⁵⁴.

El criterio de la Corte Suprema de Justicia mantiene su vigencia en idéntico sentido, como es posible apreciar en sentencia del 2014 en donde señala que: “La norma del artículo 66 y siguientes de la Ley de Quiebras prima por sobre la sanción de nulidad de despido establecida en el artículo 162, en tanto, una vez declarada la quiebra de la empleadora no es posible gravar la

¹⁵⁴ “Que la establecida en él obedece a una sanción cuyo efecto procura la observancia de la normativa previsional, por cuanto encarece el despido que se verifica fuera de las condiciones legales para ello en lo que al pago de las cotizaciones previsionales se refiere, constricto a la parte patronal a mantener el pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato, en tanto no se regularice la situación previsional del dependiente y ello le sea comunicado.

En efecto, el aludido castigo ha sido previsto para el empleador que ha efectuado la retención correspondiente de las remuneraciones del dependiente y no enteró los fondos en el organismo respectivo, es decir, no ha cumplido su rol de agente intermediario y ha distraído dineros que no le pertenecen, en finalidades distintas a aquéllas para las cuales fueron retenidos. Naturaleza de la carga en estudio que se ve reafirmada por la historia fidedigna del establecimiento de la ley (---). Ciertamente, en el caso de la quiebra no puede tener aplicación el artículo 162 del Código del Trabajo en lo concerniente a mantener vigente el vínculo contractual laboral de la empresa fallida y sus dependientes, mientras no se comunique a estos trabajadores su situación previsional y, más aún, estar al día en el pago de las cotizaciones (---) la deuda previsional que mantenga una empresa con sus trabajadores y la entidad previsional o de salud, debe tener un tratamiento diferente según si continúa funcionando normalmente o si ha caído en quiebra, ya que en esta última situación rigen las normas que le son propias al procedimiento concursal, pues los acreedores deben ser pagados en la forma y orden de preferencia que la ley establece... que sostener lo contrario importaría desconocer desde un principio los efectos propios de la quiebra, cual es realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley (---). La norma del artículo 66 y siguientes de la Ley de Quiebras prima por sobre la sanción de nulidad de despido establecida en el artículo 162, en tanto, una vez declarada a quiebra de la empleadora, no es posible gravar la masa con mayores obligaciones que las que quedaron fijadas a dicha fecha, límite al cual debe entonces ceñirse el deber de pago de las remuneraciones y cotizaciones que se devenguen por efecto de no haber enterado aquella la totalidad de las imposiciones correspondientes a los períodos laborados por los trabajadores demandantes del caso”. Sentencia Corte Suprema, ROL N° 7076/09, de 28 de enero de 2010, considerandos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo.

masa con mayores obligaciones que las que quedaron fijadas a dicha fecha, límite al cual debe entonces ceñirse el deber de pago de las remuneraciones y cotizaciones que se devenguen por efecto de no haber enterado aquella la totalidad de las imposiciones correspondientes a los periodos laborados por los trabajadores”¹⁵⁵.

En definitiva el mencionado efecto de la declaratoria de quiebra constituye una garantía para el fallido, toda vez que su patrimonio no pueda gravarse con posterioridad a esa declaración. Circunstancia en la cual puede aplicarse *in extenso* lo que la doctrina alemana reconoce como “relación de precedencia condicionada”, entendiendo que: “El asumir que dos partes detentan, sin prevalencia alguna, derechos constitucionales cuya realización o grado de cumplimiento no puede lograrse en forma equivalente, sino que, atendida las circunstancias del caso concreto, se debe reconocer que alguno de ellos prevalecerá sobre los otros, los cuales en un nuevo conflicto perfectamente pueden recobrar su predominio ante el cual habían cedido anteriormente”¹⁵⁶. El trabajador tiene del derecho a seguir percibiendo las prestaciones señaladas en el inciso 6º del artículo 162 del Código del Ramo, mientras el empleador no solucione las cotizaciones adeudadas y tal circunstancia le sea informada por medio de una carta certificada, pero ese derecho no puede preceder en su ejercicio al elemento de certeza jurídica y

¹⁵⁵ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 6433/13, de 8 de enero de 2014, considerando cuarto.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. pp. 92-93.

efectividad de la concurrencia de los créditos en la quiebra del empleador, una vez que ésta ha sido declarada judicialmente. Ese es el caso concreto. En otras hipótesis, el trabajador recobra en su patrimonio el derecho concedido por la ley laboral.

8.3.2 Acumulación de juicios pendientes al proceso de Quiebra

No se debe perder de vista, como lo ha señalado la Unidad de Defensa Laboral, que en aquellas situaciones en que no resulte clara la determinación de las normas aplicables, la pugna entre dos principios jurídicos, como el protector en materia laboral y el de igualdad de los acreedores en materia concursal, debe ser resuelto caso a caso, con sus propias particularidades¹⁵⁷.

En la especie, el inciso 1º del artículo 70 del Libro IV del Código de Comercio, prescribe: “Todos los juicios pendientes contra el fallido ante otros tribunales de cualquiera jurisdicción y que puedan afectar sus bienes, se acumularán al juicio de la quiebra”. De donde es dable colegir que, también los juicios laborales, deben ser acumulados al juicio de quiebra.

Sin embargo, y aun en perjuicio de la claridad que involucra la locución “todos” que utiliza el legislador de quiebras, de donde no aparece que se consigne excepción alguna, los juicios laborales sea que se tramiten en

¹⁵⁷ Unidad de Defensa Laboral. 2010. La Quiebra del Empleador y los Derechos de los Trabajadores. Estudios Laborales Nº 4. p. 10.

procedimiento monitorio, o en un procedimiento de aplicación general o incluso en uno de tutelas, siguen siendo conocidos por el Juez del Trabajo competente, según las reglas generales, sea su prosecución se haya iniciado o notificado antes de o después de la sentencia que declara la quiebra, en la medida en que no se haya dictado sentencia firme y ejecutoriada.

8.3.2.1 Fundamentos que sustenta la conservación de competencia de los Juzgados del Trabajo

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran contesten en orden a afirmar que los Juzgados del Trabajo conservan la competencia para conocer de las causales laborales dirigidas por los trabajadores en contra del empleador. El profesor Ricardo Sandoval señala a propósito de la enumeración que hace de los procedimientos que escapan a la regla de la acumulación contenida en el artículo 70 de la Ley de Quiebras, lo siguiente: “Los juicios del trabajo. No se encuentran excluidos de la acumulación en forma expresa por la Ley de Quiebras; no obstante, la jurisprudencia de nuestros tribunales, bajo la vigencia de la antigua Ley de Quiebras, determinó que el juez del trabajo debe seguir conociendo de los juicios, aun cuando se haya declarado en quiebra al

demandado, hasta la sentencia de término, y el acreedor demandante verifica su crédito conforme a lo que resuelva el juez del trabajo”¹⁵⁸.

La Dirección del Trabajo¹⁵⁹ ha esgrimido, para sustentar la competencia inalterable de los Juzgados del trabajo, los siguientes argumentos:

a) Judicatura especializada

La existencia de una judicatura especializada en materia laboral, justifica la exclusión del artículo 70 de la Ley de Quiebras, toda vez que de lo contrario significaría que un juez civil conocería de una causa laboral.

Así las cosas, el artículo 420 del Código del Ramo primaría por sobre lo establecido en la Ley de Quiebras, en la medida en que la Ley Laboral, encomienda a los Juzgados del Trabajo el conocimiento de los asuntos laborales.

b) Principio de inmediación

La Ley N° 20.022, de 30 de mayo de 2005, que crea los Juzgados Laborales, reformó el Código del Trabajo; compilado normativo que actualmente establece en su artículo 425, inciso 1º, lo siguiente: “Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados. Primarán en ellos los principios de la inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”. De lo anterior, es dable colegir que tal

¹⁵⁸ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. op. cit. p. 99. V.A. PUGA VIAL, Juan Esteban. 2004. Derecho Concursal. Tercera Edición. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p. 617.

¹⁵⁹ Dirección del Trabajo. 2011. Boletín Oficial N° 266. op. cit. p. 19.

procedimiento, resulta evidentemente incompatible con el procedimiento escrito y estrictamente reglado que la Ley de Quiebras ha entregado al juez civil en la sustanciación de una quiebra¹⁶⁰.

9. Efectos de la quiebra respecto de la vigencia del contrato de trabajo

De Perogrullo resulta afirmar que todos los efectos de la quiebra del empleador, respecto de la relación contractual de índole laboral, se producirán una vez que el juez que conoce de la quiebra del fallido, la haya declarado por sentencia judicial, sin perjuicio de que las causas laborales luego de la sentencia de quiebra, deberán seguirse en contra del síndico, dado que es quien representa judicial y extrajudicialmente al empleador fallido.

9.1 Vigencia del contrato de trabajo ante la quiebra del empleador en Derecho Comparado

El reconocimiento de la quiebra del empleador, en la configuración de las causales legales de despido, ha recibido distinto tratamiento en materia de Derecho Comparado. Con la finalidad de reflejar sucintamente el escenario antes descrito, esbozaremos la reglamentación dispuesta en algunos países.

¹⁶⁰ Unidad de Defensa Laboral. op. cit. p. 4.

El Código Civil italiano, dispone en su artículo 2119, que la declaratoria de quiebra no produce, *ipso facto*, la resolución del contrato. En tal sentido, en torno al contrato de trabajo, es necesario que el despido se efectúe a través de una comunicación de preaviso y que se paguen las indemnizaciones legales producidas a propósito del despido del trabajador. Criterio similar se aplica en Francia y en el Reino Unido¹⁶¹.

En México, el artículo 434 N° 5 de la Ley Federal del Trabajo, dispone que la quiebra legalmente declarada es una causa de terminación de trabajo, si la autoridad competente o los acreedores resuelven el cierre definitivo de la empresa o la reducción definitiva de sus trabajos.

En Estados Unidos, es el empleador en quiebra quien decide de la terminación del contrato de trabajo, con aprobación de la Corte americana de la quiebra, según dispone el Capítulo 11 de la Ley de Quiebras, § 365¹⁶².

España, ha sido uno de los países en donde se ha avanzado hacia el establecimiento de una legislación laboral que penetre la concursal, no sólo en lo que respecta a la suerte de los contratos de trabajo ante la quiebra del empleador, sino que en todo lo relativo a los “efectos laborales de la quiebra, previendo para los casos de reorganización de la empresa alternativas que, desde lo colectivo, buscan no sólo enfrentar los posibles despidos, sino que

¹⁶¹ THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. op.cit. p. 43.

¹⁶² Biblioteca del Congreso Nacional. 2012. La quiebra como causal de término del contrato de trabajo. Síntesis de Proyectos. p. 2.

también a generar acuerdos que permitan suspender o modificar los contratos de trabajo en forma colectiva (v.gr. para reducir las jornadas de trabajo y las remuneraciones), con el fin de minimizar el costo social y económico que para los trabajadores conlleva el concurso, o bien, en el peor de los casos, la liquidación de la empresa”¹⁶³.

9.2 Evolución histórica del tratamiento de vigencia del contrato de trabajo con ocasión de la quiebra en la normativa laboral y concursal chilena

El tratamiento que ha recibido el tópico de la vigencia del contrato de trabajo en nuestro sistema jurídico, ha recibido 5 estocadas de tendencias evolutivas, que han llevado a la inclinación jurisprudencia y legislativa en uno u otro sentido determinado y que, está a punto de recibir el sexto, paradójicamente coincidente con el estado inicial y primitivo en nuestro país: la configuración de la quiebra como causal de despido.

Dentro de lo que sería una línea temporal de la materia en estudio, la quiebra como causal de despido, ha evolucionado en lo tocante a:

a) La quiebra como causal de despido o de caducidad del contrato de trabajo ante la vigencia de la Ley 16.455.

¹⁶³ LÓPEZ GANDÍA, Juan y BLASCO PELLICER, Ángel. 2010. Crisis de empresa y Derecho del Trabajo, IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch. p. 281.

- b) La quiebra como constitutiva de la causal “conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”.
- c) La quiebra como caso fortuito para el empleador.
- d) La quiebra como causal de necesidades de la empresa.
- e) La quiebra bajo el criterio actual de que no constituye una causal de despido.

En otros términos, en nuestra historia jurídica □ como señalamos en nuestra letra a □ la quiebra ha sido considerada causal de término de la relación laboral que emana del contrato de trabajo, en términos expresos por el legislador, antes de la Ley 16.455, como nunca más lo fue, pero será¹⁶⁴. Con la entrada en vigencia de la citada ley, dejó el legislador de considerarla causal de despido, pero luego fue la jurisprudencia de la que pretendió subsumirla en alguna de las causales existentes. En éste último orden, se agrupan las letras b), c), d).

Actualmente, la quiebra del empleador no está concebida como causal de término del contrato de trabajo. Sin embargo, como hemos apuntado, esto no ha sido siempre tan claro, la doctrina y jurisprudencia han venido vacilando a lo largo de la evolución legislativa de la legislación concursal y laboral en nuestro país.

¹⁶⁴ n. Con ese juego de palabras queremos significar que la quiebra volverá a constituir una causal de despido por disposición de la ley, a partir de octubre de 2014.

En este orden de cosas, es preciso distinguir la situación existente antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 16.455 que establecía Normas para la Terminación del Contrato de Trabajo y la vigencia del contrato de trabajo, ante la quiebra del empleador, una vez que entró en vigencia la referida normativa, el 4 de abril de 1966.

9.2.1 Primera estocada: Caducidad del contrato de trabajo

El número 4 del artículo 164 del Código del Trabajo, de 1931, promulgado a través del DFL N° 178, de 28 de mayo de dicho año, establecía “Son causales de caducidad del contrato. N° 4. La declaración de quiebra del empleador”.

La mencionada disposición fue derogada por el artículo 19 de la ley 16.455, que dictó "Normas para la terminación del Contrato de Trabajo" y entre las cuales no aparecía mencionada la quiebra del empleador como causal de caducidad del contrato de trabajo o de despido del trabajador.

9.2.2 Indemnidad del contrato de trabajo ante la sentencia que declara la quiebra del empleador para el legislador

Como señalábamos precedentemente, la Ley 16.455 no integró la quiebra del empleador como causal legal de término del contrato de trabajo.

Tampoco lo hicieron el D.L. N° 2.200 de 1978, ni la Ley 19.010, ni el actual Código del Trabajo¹⁶⁵.

No existe novedad en afirmar que la quiebra no es actualmente una causal legal de despido. Por tanto, la relevancia está en determinar si la situación de hecho que tiene consecuencias en el Derecho, en que se encuentra el empleador declarado en quiebra, es idónea para dar lugar al término del contrato de trabajo. Como habíamos adelantado, de frecuente ocurrencia es que ante la quiebra del empleador, por el síndico ponga término a los contratos laborales, alegando la causal de necesidades de la empresa.

De tal suerte, adherimos a los postulados planteados por el profesor Sergio Baeza, en el siguiente sentido: “No es, pues, la quiebra ni su calificación la que tendrán relevancia para configurar una causal de terminación del contrato de trabajo, sino las necesidades del funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (---). Más razonable resulta afirmar que en estos casos, no obstante no haberse configurado por la quiebra una situación justificada de terminación de los contratos de trabajo, las necesidades mismas del funcionamiento de una empresa que ha evidenciado fallas importantes de

¹⁶⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 6191/315, de 14 de octubre de 1997, sobre La declaratoria de quiebra de la empresa y con mayor razón su continuidad de giro no afecta la existencia del sindicato que tiene por base a la misma empresa, al no haber mérito suficiente para su modificación.

orden financiero, legitiman reducciones de personal y hacen procedente el despido de algunos trabajadores”¹⁶⁶.

9.2.3 Segunda estocada: La quiebra como constitutiva de la causal “conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato”.

La indemnidad del contrato de trabajo no mantuvo su solidez ante la jurisprudencia de antaño, toda vez que identificó la causal de conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato de trabajo (letra c) del artículo 23 del D.L N° 2.200 que Fija Normas Relativas al Contrato de Trabajo y a la Protección de los Trabajadores, de 1978) con el cese de las actividades industriales o empresariales, provocado por la declaración de quiebra¹⁶⁷. El nefasto criterio en comento, traía aparejada la consecuencia del traspaso del riesgo desde el empleador hacia el trabajador, “desconociendo el elemento de la ajenidad que es propio de los trabajadores subordinados”¹⁶⁸.

9.2.4 Tercera estocada: Quiebra del empleador y caso fortuito

El artículo 159 N° 6, dispone: “El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos: N° 6 Caso fortuito o fuerza mayor”.

¹⁶⁶ BAEZA PINTO, Sergio. 2010. La quiebra y la terminación del contrato de trabajo. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Comercial. Tomo 66. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 867.

¹⁶⁷ Sentencia Corte del Trabajo de Santiago, ROL N° 79.133, de 10 de abril de 1980, considerando tercero.

¹⁶⁸ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. op. cit. p. 191.

Armonizando lo anterior con lo señalado en la legislación común, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando la citada causal de despido, cuando se trate de un imprevisto imposible de resistir. Así las cosas, el artículo 45 del Código Civil establece que el caso fortuito o fuerza mayor es el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, “consagrando de esta manera jurídicamente la máxima de que nadie está obligado a lo imposible, es decir, a aquello que el poder humano no puede vencer ni superar”¹⁶⁹. Sin perjuicio de la autoridad de la jurisprudencia del tribunal de alzada, en torno a la especificación del caso fortuito y de sus requisitos, la doctrina ha evolucionado hacia la adición del requisito de la exterioridad. En general, se exige para que un hecho revista el carácter de fortuito los siguientes caracteres:

- a) Imprevisibilidad.
- b) Irresistibilidad.
- c) Inimputabilidad o exterioridad¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, se ignora ROL, de 31 de agosto de 1984, considerando tercero. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. 2010. Caso Fortuito o Fuerza Mayor. Para producir efecto liberatorio debe tratarse de un inconveniente imprevisto e insuperable. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 894.

¹⁷⁰ v. BRANTT, María Graciela. 2009. La Exigencia de Exterioridad En El Caso Fortuito: Su Construcción a Partir de La Distribución de Los Riesgos Del Contrato. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (33): 39-102. sic. “Si bien se trata de un elemento que no está expresamente previsto en la definición del artículo 45 CC., ha sido sostenido constantemente por nuestros autores y admitido también por los tribunales”.

Una antigua tendencia de la Corte Suprema, que rápidamente fue modificada¹⁷¹, llevaba a admitir pretensiones basadas en la consideración de la quiebra como un caso fortuito o de fuerza mayor para la empresa, apoyándose en el supuesto de imprevisibilidad (por cuanto nadie podría precaver que la situación financiera de una empresa podría llevarla a un estado de insolvencia que termine con la declaración de quiebra de la misma) y en el de la irresistibilidad de la circunstancia de quiebra de la empresa, ya que la escasa capacidad de flujos no hace más que agudizar la situación en que se encuentra¹⁷².

Pues bien, es justamente el requisito de la exterioridad de la quiebra para el empleador, el que, de forma más latente, no se configura. La legislación laboral no enumera como justa causal de despido la declaración de quiebra de la empresa y, como lo ha señalado en forma reiterada la jurisprudencia, ella no puede ser asimilada a las causales invocadas por la señora Síndico -la fuerza mayor y al caso fortuito-, dadas las diversas y complejas circunstancias que pueden conducir a que este estado de falencia se produzca; ni ser tampoco una situación imprevista o imposible de prever¹⁷³.

¹⁷¹ CAAMAÑO ROJO, Eduardo. op. cit. p. 194.

¹⁷² Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL N° O-3567/12, de 23 de diciembre de 2013, exposición de lo aducido por la parte demandada en considerando quinto.

¹⁷³ Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1270/06, de 27 de noviembre de 2006, considerando tercero.

9.2.5 Cuarta estocada: Crisis empresarial en general, y necesidades de la empresa, en particular como causal de despido del trabajador

En el presente acápite expondremos cómo se relaciona la crisis empresarial, la quiebra y el despido por las circunstancias contempladas en la ley para la configuración de la causal de necesidades de la empresa, contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo.

9.2.5.1 Causales de despido y crisis empresarial

Es cierto que la valoración socioeconómica de la empresa en quiebra, conlleva la carga negativa del fracaso empresarial. Sin embargo, la ruina de una empresa no necesariamente tiene como antecedente necesario el colapso financiero y la disolución de aquella.

En términos económicos, el fracaso de una empresa puede provenir de la pérdida considerable de dinero, vale decir, que el valor presente de los flujos proyectados de efectivo de la empresa es inferior al valor total de su pasivo y patrimonio; o cuando sus proyecciones de rentabilidad no han quedado satisfechas¹⁷⁴. Ahora bien, la crisis empresarial no se condice con la insolvencia, ni ésta con la declaración de quiebra de la empresa. Seguir el criterio económico en el establecimiento de la relación entre ésta trilogía de

¹⁷⁴ BRAVO HERRERA, Fernando. 2011. Análisis de estados financieros. Santiago, Editorial Andrés Bello. p. 155.

instituciones, conllevaría a caer en el absurdo de que aun cuando la empresa mantenga el cumplimiento –íntegro y oportuno- de sus obligaciones, si del cotejo entre el pasivo y el activo, aquel resulta ser mayor, la empresa ha de ser tenida en crisis e incoarse la solicitud de quiebra¹⁷⁵.

Con todo, el fracaso empresarial puede también referirse más propiamente a una insolvencia, ante lo cual, producto del incumplimiento correlativo de las obligaciones contraídas, los acreedores podrán solicitar se declare la quiebra de la empresa, con la finalidad de satisfacer sus acreencias, mediante las herramientas otorgadas por la Ley Concursal.

Una vez declarada la quiebra del empleador, se produce el desasimiento de los bienes del deudor, se fijan irrevocablemente los derechos de los acreedores, se hacen exigibles todas sus deudas para efectos de que los acreedores puedan intervenir en la quiebra, deben acumularse los juicios pendientes seguidos contra el fallido, se suspende el derecho de los acreedores para ejecutar individualmente al fallido y el síndico deberá optar por la determinación de la liquidación de los bienes del fallido o bien por la continuidad del giro o la venta de los bienes como unidad económica, teniendo, por supuesto, en consideración a los intereses de los acreedores en la elección de la vía a utilizar. Ante la desidia de los acreedores, es recurrente que se opte por la liquidación sumaria de los bienes del deudor, negándole efectividad al resto

¹⁷⁵ PROVINCIALI, Renzo. 1958. Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, Editorial A.H.R. p. 247.

de las herramientas concursales, que pueden ser, económicamente, mucho más rentables y efectivas para satisfacer sus intereses como son la venta en unidad económica y la continuidad definitiva del giro¹⁷⁶.

9.2.5.2 Quiebra y necesidades de la empresa

Los jueces del fondo han sido flexibles en tanto han aplicado la causal de necesidades de la empresa, como justificante del despido comunicado a los trabajadores. Sin perjuicio del forzamiento jurídico de dicha conclusión, la Corte Suprema, en fallo de 1981, ya señalaba que el criterio de necesidades de la empresa, tiene como objetivo lógico el ahorro de sus gastos en pos de que la empresa continúe en sus actividades, por lo que mal podría subsumirse la quiebra en dicho contexto¹⁷⁷.

El criterio de exclusión de la causal contenida en el artículo 161 del Código del Trabajo, para poner fin a los contratos de trabajo, declarada la quiebra del empleador, no ha cambiado, sino que se ha perfeccionado en los siguientes términos: “La causal necesidades de la empresa está contemplada como una causal de término de contrato de trabajo objetiva, por lo que, para que pueda ser invocada por el empleador es necesaria la concurrencia de ciertos hechos o situaciones que la hagan procedente, no dependiendo de su

¹⁷⁶ NUÑEZ OJEDA, Raúl y AGUILAR MARTÍNEZ, Artemio. 2012. La junta de acreedores: una visión comparada. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (2): 145-189.

¹⁷⁷ Sentencia Juzgado de Letras de Trabajo de Puerto Montt, ROL N° T-3/10, de 2 de agosto de 2010, parte expositiva y considerando décimo tercero.

mera voluntad. La referida causal está directamente relacionada con circunstancias graves o irremediables en que se encuentra el empleador. Las necesidades de la empresa pueden tener su origen en motivos derivados del funcionamiento de la empresa misma, como modernización o racionalización de ella o en circunstancias de carácter económico, como las bajas en la productividad, cambio en las condiciones de mercado o de la economía, debiendo estos problemas económicos no ser transitorios o subsanables. Así, el carácter de necesario del despido es requisito sine qua non de la causal alegada y corresponde que el empleador pruebe los fundamentos de la causal, por ello la causal de despido por necesidades de la empresa es injustificada si no ha existido un hecho objetivo fundante de la causal”.

9.2.6 Quinta estocada: Síndico y despido

En el estadio actual de la legislación y el desarrollo jurisprudencial (en extinción), la quiebra no es una causal de despido, por lo que el síndico deberá terminar los contratos de trabajo existentes a la fecha de la declaración de quiebra.

En el usual supuesto de que el camino a seguir después de la declaración de quiebra del empleador, sea la de liquidación de sus bienes, le compete al síndico la misión de poner término a los contratos de trabajo, en forma inmediata, “con el objeto de dar por concluida la relación laboral que

vinculaba a los trabajadores con el empresario fallido”¹⁷⁸. De esta manera, deberá el síndico invocar una causal legal y justificarla, para poner término a dichos contratos, en representación del empleador. En este contexto, a los trabajadores les asiste del derecho de demandar al síndico, ante tribunal laboral competente, para que declare injustificado el despido y el de percibir las indemnizaciones a que dé lugar la causal de despido específicamente invocada por el síndico.

La jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, ha venido señalando que: “Las causales de terminación del contrato de trabajo son de derecho estricto, vale decir, que las situaciones de facto que se invoquen por las partes para poner término a la relación laboral deben encuadrarse, necesariamente, en alguna de las causales precisadas expresamente por el propio legislador en los artículos 159, 160 y 161 del Código del Trabajo, o en algunas de las otras específicas que contiene el propio texto legal citado como serían el artículo 17, respecto de los menores, y el 152, respecto de los trabajadores de casa particular, o que existan en leyes especiales, cuyo no es el caso de la declaración de quiebra de la empresa, por lo que no puede el sólo hecho de declararse la quiebra de la empresa, determinar que tal acto jurídico produzca el efecto de poner término ipso facto a las relaciones laborales de sus

¹⁷⁸ PEDREROS GUENANTE, Carlos. 1997. La Quiebra y los Derechos de los Trabajadores. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda. p. 34.

dependientes, continuando por tanto, vigente los derechos y obligaciones que ellas generaron”¹⁷⁹.

En todo caso, liquidados los bienes del fallido empleador, los trabajadores concurrirán al producto de la venta, según las reglas de preferencia, referidas latamente de forma precedente, contenidas en el artículo 2472 del Código Civil.

¹⁷⁹ Dirección del Trabajo, Dictamen N° 6191/315, de 14 de octubre de 1997, sobre Quiebra. Efectos.

CAPÍTULO III

ESCENARIO NORMATIVO DIFERIDO DE LOS TRABAJADORES ANTE LA LIQUIDACIÓN DEL EMPLEADOR

10. Novedades de la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas

La Ley N° 20.720, de Reorganización y Liquidación (en esta parte de nuestro estudio, Nueva Ley de Quiebras) de 9 de enero de 2014, sustituye el régimen concursal, en vías de jerarquizar, en la cúspide del Derecho Concursal, los mencionados verbos rectores □reorganización y liquidación□, bajo el imperio de los principios de continuidad de la empresa y del reemprendimiento ante la crisis y el fracaso empresarial. Su vigencia se encuentra diferida hasta el 10 de octubre del año en curso, nueve meses después de su publicación en el Diario Oficial, salvo el Capítulo Noveno y la norma del artículo 346 del proyecto de ley, que deroga la Ley Orgánica de la Superintendencia de Quiebras, entrando estas últimas en vigor en la fecha en que entre a regir el DFL que fija la planta del personal.

En los acápite siguientes intentaremos introducirnos en los principales aspectos modificatorios de la normativa en estudio a la legislación laboral y concursal vigentes.

10.1 Objetivos de la Nueva Ley de Quiebras

Del Mensaje con que se inició la tramitación del proyecto de ley que proponía la sustitución de la legislación concursal, es posible desprender la sistematización de sus fines en los siguientes términos: “nuestro Gobierno no sólo respeta la libertad económica, sino que quiere fomentar el emprendimiento como motor de la economía nacional, y como un aporte a la mayor realización de las personas, para lo cual también debe hacerse cargo de las empresas que en algún momento dejan de ser viables, permitiendo que el emprendedor pueda rápidamente iniciar nuevos negocios, sin que el proyecto fallido signifique un lastre que le impida volver a ponerse de pie. Además, un procedimiento concursal más ágil y eficiente permite utilizar los recursos que quedan desaprovechados en esa empresa fallida en otras actividades, mejorando así la productividad, permitiendo generar nuevos puestos de trabajo y aportando al crecimiento económico del país”¹⁸⁰.

10.2 Procedimiento concursal de liquidación como causal de despido

La Nueva Ley de Quiebras introduce un artículo 163 bis, cuyo inciso 1º prescribe: “El contrato de trabajo terminará en caso que el empleador fuere sometido a un procedimiento concursal de liquidación. Para todos los efectos

¹⁸⁰ PIÑERA ECHEÑIQUE, Sebastián. 2012. Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley que crea una nueva Legislación Concursal mediante la Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas y perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo. Mensaje 081/360, de 15 de mayo de 2012. p. 2.

legales, la fecha de término del contrato de trabajo será la fecha de dictación de la resolución de liquidación”.

Resulta importante recalcar que el contrato de trabajo sólo termina si el empleador es sometido a un proceso concursal de liquidación, no así en los casos de los procedimientos concursales de reorganización, como tampoco de aquellos a que sea sometida la persona natural, en términos de renegociación. La liquidación del patrimonio del fallido, es un recurso de *ultima ratio*, toda vez que la Nueva Ley prevé la reorganización de las empresas viables de manera preferente a aquella.

Luego, el artículo 350 de la Nueva Ley de Quiebras, establece una serie de reglas rectoras de la terminación de la relación laboral, a causa del concurso de liquidación de su empleador, en los términos que pasaremos a anotar.

El liquidador, es decir, el ente concursal especialista en la liquidación de activos, deberá comunicar el despido a los trabajadores, en observancia de los siguientes imperativos.

10.2.1 Forma de comunicación

La comunicación del despido deberá realizarse personalmente o por medio de carta certificada enviada al domicilio que aparezca consignado en el contrato de trabajo, invocando la referida causal.

10.2.2 Documentos acompañantes a la comunicación

El liquidador deberá acompañar a la comunicación del despido, un certificado emitido por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (que reemplaza a la Superintendencia de Quiebras).

10.2.3 Contenido del certificado de la Superintendencia del Ramo

Dicho certificado deberá contener la indicación del inicio del procedimiento concursal de liquidación respecto del empleador, así como las menciones relativas al tribunal competente, la individualización del proceso y la fecha en que se dictó la resolución de liquidación correspondiente.

10.2.4 Plazo

El liquidador debe verificar el envío de la comunicación del despido por inicio de un procedimiento concursal de liquidación en contra del empleador, dentro del término de 6 días hábiles contados desde la fecha de la notificación de la resolución de liquidación por el tribunal que conoce de dicho procedimiento.

10.2.5 Errores u omisiones en la comunicación.

El error u omisión en que se incurra con ocasión de la comunicación no invalidará el término de la relación laboral.

10.3 Nuevas funciones de la Dirección del Trabajo

La Dirección del Trabajo ejercerá funciones de fiscalización sobre el cumplimiento de las reglas señaladas en los acápites anteriores relativas a la comunicación de despido, bajo las siguientes modalidades.

10.3.1 Intimación de los despidos por procedimientos concursales de liquidación

En el mismo plazo de 6 días hábiles desde la notificación de la resolución que da inicio al procedimiento concursal de liquidación, que tiene el liquidador para comunicar el despido a los trabajadores, deberá, además, enviar a la Inspección del Trabajo respectiva, una copia de la referida comunicación.

10.3.2 Registro de las comunicaciones

La Nueva Ley de Quiebras prevé un registro, llevado por la Dirección del Trabajo, de las comunicaciones que los liquidadores deban comunicarles, en

los términos ya referidos, el que deberá mantenerse actualizado con las comunicaciones recibidas en los últimos treinta días hábiles.

10.3.3 Fiscalización de los liquidadores

La Dirección del Trabajo podrá, de oficio o a petición de parte, verificar el cumplimiento de lo estatuido por el artículo 163 bis del Código del Trabajo.

En caso de incumplimiento por parte del liquidador, la Inspección del Trabajo deberá informar a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, quien podrá sancionar los hechos imputables al liquidador, de conformidad con lo establecido en el artículo 338 de la Ley de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas, sin perjuicio de la responsabilidad que le pueda corresponder en virtud del Párrafo 7 del Título IX del Libro Segundo del Código Penal.

11. Criterio judicial legislado: nulidad despido por cotizaciones insolutas

Otra de las innovaciones de la Nueva Ley de Quiebras, ante el concurso de intereses divergentes, entre empleador y trabajador, sobre el cual había hasta ahora abundante jurisprudencia que otorgaba primacía al artículo 66 del Libro IV del Código de Comercio, por sobre el inciso 5º del artículo 162 del

Código Laboral, según expusimos con anterioridad en otra parte de este trabajo. Como observamos en dicha oportunidad, los jueces suplieron e integraron el Derecho, ante la laguna normativa que reinaba la materia. Pues bien, la normativa entrante positiviza el criterio jurisprudencial, en los siguientes términos: “Estas normas se aplicarán de forma preferente a lo establecido en el artículo 162 y en ningún caso se producirá el efecto establecido en el inciso quinto de dicho artículo”¹⁸¹.

12. Régimen indemnizatorio

En representación del empleador, será el liquidador quien deba pagar, en dinero, al trabajador las indemnizaciones laborales que por concepto de despido le corresponda, en pro del principio de indemnidad de que es titular.

12.1 Indemnización sustitutiva del aviso previo

Por razones de justicia es necesario indemnizar al trabajador la falta de precedencia del aviso de despido, esto es, con 30 días de anticipación, ya que por razones evidentes, aquello no resulta practicable en el proceso concursal de liquidación.

¹⁸¹ Artículo 350 de la Nueva Ley de Quiebras.

12.1.1 Contenido de la indemnización

La indemnización que sustituya el aviso previo del despido, será equivalente al promedio de las tres últimas remuneraciones mensuales devengadas, si es que las hubiere. En el caso de que existan menos de tres remuneraciones mensuales devengadas, se indemnizará por un monto equivalente al promedio de las últimas dos o, en defecto de lo anterior, el monto a indemnizar equivaldrá a la última remuneración mensual devengada.

12.2 Indemnización por años de servicio

En iguales términos a lo prevenido en torno a la indemnización sustitutiva del aviso previo, el liquidador deberá pagar al trabajador, en representación del deudor, una indemnización por años de servicios, siempre y cuando el contrato de trabajo haya estado vigente durante un año o más.

12.2.1 Contenido de la indemnización

El monto indemnizatorio de los años de servicios del trabajador, serán determinados según las reglas vigentes del Código del Trabajo, aplicables al término de contrato por alguna de las causales contenidas en el artículo 161 de dicho cuerpo legal.

En cuanto al monto de la indemnización por años de servicio, el legislador establece una regla de reenvío, al artículo 163, incisos 1º y 2º, que prescriben: “Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente.

A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración”.

12.3 Compatibilidad de indemnizaciones

Con la finalidad de evitar odiosas interpretaciones en perjuicio de los trabajadores, el legislador de la Nueva Ley de Quiebras, estableció expresamente que la indemnización sustitutiva del aviso previo y por años de servicios, son absolutamente compatibles entre sí.

13. Normas relativas al fuero

Otro aspecto directamente tocado por la normativa concursal entrante dice relación con el fuero de los trabajadores y trabajadoras. Nuestra distinción de género no es antojadiza, puesto que se hizo con la intención de diferenciar a los trabajadores y trabajadoras que gozan de fuero distinto al maternal, como es el fuero sindical, de las trabajadoras que gozan de éste.

La Superintendencia del Ramo, ha precisado la necesidad de la reforma en este punto, apuntando las siguientes falencias del sistema concursal actual:

a) Los síndicos despiden a trabajadores que gozan de fuero. Excepcionalmente recurren a juicio desafuero.

b) Los trabajadores recurren a tribunales laborales por despido injustificado y a tribunales civiles para verificar sus créditos (costo, tiempo y desventaja frente a otros trabajadores).

c) Los tribunales en general ordenan el pago de las prestaciones a trabajadoras con fuero maternal.

De esta suerte, la Nueva Ley de Quiebras, en términos generales, no exige el desafuero de los trabajadores que al momento del término del contrato de trabajo lo detentaran.

13.1 Fuero maternal

Tal como señalábamos, no se exige desaforar a los trabajadores para verificar y comunicar el despido por el concurso de liquidación del empleador. Sin embargo, tratándose de trabajadores que estuvieren gozando del fuero maternal señalado en el artículo 201, el liquidador, en representación del deudor, deberá pagar una indemnización equivalente a la última remuneración mensual devengada por cada uno de los meses que restare de fuero.

Es decir, ni aun en el caso de fuero maternal se requiere el desafuero, sustituyendo la citada autorización judicial para el despido, por una indemnización correspondiente a todo el periodo que restare del fuero.

13.2 Término de contrato mientras penden permisos o descansos

Mientras el trabajador se encuentre haciendo uso de los descansos y permisos a que se refiere el artículo 198, no se considerarán para el cálculo de esta indemnización las semanas durante las cuales el trabajador tenga derecho a los subsidios derivados de aquéllos. Los descansos contenidos en el citado artículo son los que corresponden al descanso de maternidad del artículo 195, suplementarios y de plazo ampliado del artículo 196 y descansos de postnatal parental.

13.3 Compatibilidad de indemnizaciones

La Nueva Ley de Quiebras clarifica la compatibilidad de la indemnización al trabajador que goza de fuero maternal, es compatible con la indemnización por años de servicio y a la vez incompatible con la sustitutiva del aviso previo.

14. Finiquito

Sin duda uno de los aspectos de mayor relevancia laboral de la reforma concursal son los aspectos regulados del finiquito, que tienden a agilizar en cobro efectivo de los créditos laborales de que es titular el trabajador.

Para esos efectos, el liquidador deberá poner a disposición del trabajador el respectivo finiquito, a lo menos 10 días antes de la expiración del período de verificación ordinaria de créditos que establece la Nueva Ley de Quiebras.

El finiquito suscrito por el trabajador se entenderá como antecedente documentario suficiente para justificar un pago administrativo, sin perjuicio de los otros documentos que sirven de fundamento para su pago conforme al artículo 244 del cuerpo legal en comento.

El finiquito suscrito por el trabajador deberá ser autorizado por un Ministro de Fe, sea éste Notario Público o Inspector del Trabajo, aun cuando las cotizaciones previsionales se encuentren impagas. Deberá, además, ser

acompañado por el liquidador al Tribunal que conoce del procedimiento concursal de liquidación, dentro de los 2 días siguientes a su suscripción.

14.2 Reglas relativas al finiquito

a) Se entenderá como suficiente verificación de los créditos por remuneraciones, asignaciones compensatorias e indemnizaciones que consten en dicho instrumento;

b) Si el trabajador hiciere reserva de acciones al suscribir el finiquito, la verificación o pago administrativo estará limitada a las cantidades aceptadas por el trabajador, y

c) Cualquier estipulación que haga entender que el trabajador renuncia total o parcialmente a sus cotizaciones previsionales se tendrá por no escrita.

Con todo, el liquidador deberá reservar fondos, si los hubiere, respecto de aquellos finiquitos no suscritos por los trabajadores o no acompañados por el liquidador al tribunal que conoce del procedimiento concursal de liquidación dentro del plazo señalado en el párrafo tercero de este número, por un período de treinta días contado desde la fecha en que el correspondiente finiquito fue puesto a disposición del respectivo trabajador.

15. Notificación a los trabajadores del inicio del procedimiento concursal

Con fecha 13 de mayo de 2014, la Cámara de Diputados presentó una moción parlamentaria, en virtud de la cual pretende introducir a la actual legislación concursal un inciso final al artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, que exprese: “En caso de iniciarse procedimiento concursal contra el empleador, junto con la notificación realizada a éste, deberá asimismo notificarse al sindicato de la empresa o al delegado del personal en su caso”.

Advertimos que dicha iniciativa legal no excluye lo expuesto a propósito de la Nueva Ley de Quiebras. El liquidador conservaría su obligación de comunicar al trabajador, personalmente o por medio de carta certificada, el despido respecto del empleador en contra de quien se ha iniciado un procedimiento concursal de liquidación, dentro de los 6 días hábiles siguientes a la declaración de liquidación.

Sin embargo, el citado proyecto de ley, alude a una notificación judicial, es decir, practicada por el tribunal que conoce del procedimiento concursal de liquidación y, al inicio del procedimiento, no después de que ya se ha declarado la procedencia de la liquidación de los bienes del fallido.

Por último, nos resta hacer referencia expresa al concepto de quiebra de la empresa, recogido por el proyecto de ley en comento.

15.1 Quiebra de la Empresa

Producto de las innumerables incertidumbres que albergaban las voces de los trabajadores litigantes, en los procesos seguidos ante los jueces del fondo y ante la Corte Suprema, el poder legislativo, reconoce en su moción, los efectos de la ausencia legislativa de índole laboral, en materia de concursos, formulando una declaración de *ratio legis*, riquísima en la consolidación de la jerarquía jurídica y social del trabajador ante la liquidación concursal de los bienes de su empleador.

La moción con que la Cámara de Diputados acompañó el proyecto de ley definitivo, que tiene por objeto modificar el artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio, expresó lo siguiente:

“El Derecho laboral, como es sabido constituye un conjunto de disposiciones tendientes a regular las relaciones de trabajo existentes entre el empleador y los trabajadores, con la finalidad de resguardar los derechos y prerrogativas de éstos últimos.

De lo indicado anteriormente, se desprende que el ámbito laboral se encuentra circunscrito dentro de un conjunto de normas cuya principal función es la protección de los intereses de los trabajadores, a partir que éstos forman una parte importantísima del proceso productivo, estatuyéndose una obligación de promoción a sus derechos, no sólo que empecen a los empleadores, sino que también a la sociedad y el Estado.

A partir de lo anterior, se han generado en las últimas décadas doctrinas o principios que gobiernan el ámbito laboral, como la primacía de la realidad, la cláusula indubio pro-operario, la presunción de escrituración del contrato de trabajo a favor del trabajador, la obligación de seguridad del empleador, entre otras disposiciones cuya orientación no es otra sino la defensa y protección de los trabajadores. A mayor abundamiento podemos agregar que en los últimos años se han incorporado al ámbito del trabajo directamente normas de orden constitucional entrando en plena vigencia jurídica el concepto de la "ciudadanía en la empresa", elemento que sin lugar a dudas, no constituye sino la fórmula para incorporar criterios éticos o meta jurídicos en las relaciones entre empleadores y trabajadores."

Dicho lo anterior, resulta de toda lógica que en cada uno de los ámbitos en donde se despliega el Derecho Laboral, la protección de los trabajadores debe constituir la piedra angular de tal relación jurídica, y una de ella es la que trata esta iniciativa legal: La Quiebra en la Empresa" .

El reconocimiento de que en la quiebra de la empresa, en donde existe concurso de intereses de orden público, gravitan los derechos del trabajador. De allí que en pos de la seguridad jurídica, y de la protección con aristas jurídicas y sociales, no podía seguir postergándose la reformulación de la Ley Concursal, hacia una más moderna e inteligente: la quiebra y posterior liquidación del empleador funesta para la economía, para el deudor y, también,

para los trabajadores, cuyos derechos se difuminan ante la incerteza provocada por la declaración de quiebra de su empleador”¹⁸².

¹⁸² Cámara de Diputados. 2014. Modifica el Libro IV del Código de Comercio, exigiendo la notificación de la quiebra del empleador a los trabajadores. Boletín N° 9343-13, de 13 de mayo de 2014. p. 2.

CONCLUSIONES

En el sistema concursal se insertan una serie de intereses, concomitantes y divergentes, entre los cuales cabe identificar los siguientes. Primero, el interés social y general sostenido por el Estado en donde se advierte la especial naturaleza de la quiebra dentro de los procedimientos concursales, basado en la insolvencia y no en un simple incumplimiento, que tutela un interés público comprometido¹⁸³. Luego, aparece latente la necesidad de tutelar los intereses de los acreedores afectos al incumplimiento de las obligaciones que el deudor fallido no puede solucionar, por carecer de fuerzas en su patrimonio, dentro del contexto de un estado de insolvencia. Si hubiese de establecerse un orden de prelación de los hechos que repercuten en la respuesta del ordenamiento jurídico a través del inicio del procedimiento concursal, habría que principiar por el estado de insolvencia, de descalabro patrimonial, que no se agota en el cotejo con resultado negativo del pasivo y activo de una persona o empresa; continuando por el incumplimiento de su obligaciones, bastando en el caso del deudor comerciante el sólo incumplimiento de una de ellas. Finalmente, configurada la causal de quiebra, el procedimiento concursal se iniciará con la sentencia que la declara, fijando irrevocablemente los créditos del fallido; créditos que serán solucionados por el síndico, mediante la realización o liquidación de los bienes del patrimonio del deudor, conforme a las reglas de prelación de créditos contempladas en la ley sustantiva. Creemos que el

¹⁸³ Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1202/08, de 10 de marzo de 2009, considerando décimo noveno.

interés crediticio de carácter contractual, encuentra su fundamento último en las expectativas de cumplimiento de los acreedores, mismas que no pueden ser defraudadas por un riesgo que le es ajeno, la quiebra del deudor.

Por consiguiente, es dable afirmar que todo contrato lleva envuelta una promesa, delimitada por la expectativa del otro contratante, en orden a cumplir lo prometido, haciéndose responsable en caso contrario; derivado todo aquello del contenido moral del contrato y de la aplicación de la buena fe¹⁸⁴.

Lo anterior cobra un desbordante realce, si proyectamos lo señalado en el contrato de trabajo, que tiene, *per se*, un contenido altamente ético, y que además, resulta ser ultractivo en el vínculo laboral, toda vez que se extiende más allá de su terminación¹⁸⁵, razón por la cual la legislación concursal debe hacerse cargo de la reglamentación precisa de las indemnizaciones a que da lugar el despido del trabajador.

En este estadio de cosas, tenemos como tercer interés concurrente en el procedimiento concursal, el de los trabajadores, que no puede, en término alguno, ser satisfecho por las normas generales, substantivas y especiales, que norman las acreencias no laborales. Es del caso que el trabajador es un acreedor “especial” en la quiebra de su empleador. Se funda en el citado

¹⁸⁴ RUIZ-TAGLE, Pablo. 1996. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 34.

¹⁸⁵ Ministerio del Trabajo y Previsión Social de El Salvador. 2004. Guía de Derechos y Obligaciones de los Trabajadores. Segunda Edición. El Salvador, Imprenta Asa Posters S.A. p. 33.

carácter especial, la configuración de las vías por las que puede optar el trabajador en pos de satisfacer los créditos laborales de los que es titular. Téngase presente que la judicatura especializada, esto es, los Juzgados de Letras del Trabajo, conservan la competencia para conocer de las causas laborales dirigidas en contra del empleador, en donde se ventilen materias propias de su competencia, sin importar si fueron incoados antes o después de la sentencia que declara la quiebra. Por otra parte, el trabajador podrá optar por concurrir al pago administrativo, ante el síndico de quiebras, aún antes de la verificación judicial de los respectivos créditos laborales, en la medida en que existan antecedentes documentales que los justifiquen, o bien, podrá accionar ante la judicatura que conoce del procedimiento concursal de su empleador, respecto de las demás prestaciones que les adeude el empleador fallido, como indemnizaciones que vayan más allá del privilegio legal que les asiste, caso en el cual deberán ser verificadas por el trabajador en el juicio de la quiebra; es decir, debe dirigirse un requerimiento al juez, para que tenga por aprobado el respectivo crédito e intereses si no es impugnado dentro de plazo legal, adjuntándose el título justificativo de dicho crédito.

Así las cosas, creemos en la necesidad de que el principio axiomático del Derecho Concursal, *par conditio creditorum*, ceda ante la jerarquía social del Derecho Laboral, máxime si en los hechos, las reglas de prelación de créditos se constituyen como un ejemplo latente de desigualdad de los acreedores.

En cuarto término, aparece el interés del deudor-empleador, también merecedor de resguardo legal, razón por la cual los tribunales nacionales se han abierto al otorgamiento de indemnización por daño moral ante la acción culpable o dolosa del acreedor peticionario de la quiebra del deudor, que luego, es desestimada en definitiva¹⁸⁶.

La modernización de la legislación concursal, a propósito de la próxima entrada en vigencia de la Ley N° 20.720, que 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, el 10 de octubre del año en curso, debe conjugar, subsumir, armonizar y solidarizar los intereses de Orden Público de la sociedad toda en torno a la quiebra como consecuencia de la crisis empresarial, y aquellos derivados del Orden Público Económico y del Orden Público Laboral.

De igual manera, el principio de conservación de la empresa, debe ser revisado a la luz del concierto de intereses sociales, patrimoniales, de política económica, constitucionales y finalmente, laborales. El ansiado deseo de enlistarse en el cuadro de los países que siguen los lineamientos impartidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁸⁷,

¹⁸⁶ BAEZA OVALLE, José Gonzalo. 2012. Petición de quiebra y abuso del derecho. Revista *Ars Boni et Aequi* de la Universidad Bernardo O'Higgins 8(1): 235-264.

¹⁸⁷ n. Así se lee en el Mensaje del Proyecto de la Ley 20.720: "Finalmente, como veremos a continuación, no es posible sustraer a Chile de la realidad mundial. Diversos análisis y estadísticas que han servido de base para la concreción del Proyecto de Ley que se envía a vuestra consideración nos sitúan en un plano internacional secundario y atrasado en materia

entre los cuales destaca el llamado al privilegio que deben conceder las legislaciones concursales al emprendimiento y reemprendimiento de la empresa versus el fracaso empresarial¹⁸⁸, no puede hacer perder la orientación legislativa que ha de tener la normativa concursal. Lo anterior se intensifica ante las severas críticas dirigidas por la doctrina especializada a la Nueva Ley de Quiebras, cuyas posturas sostienen que el mantenimiento de la empresa, bajo supuestos tan extensos, provoca el inusitado efecto de preservar la vida y actividad empresarial a través de un pulmón artificial, lo que conlleva, lógicamente, serios perjuicios tanto para acreedores como para el deudor. Agregan que, a nivel internacional, las empresas reorganizables son las mínimas (entre un 10% y un 15%)¹⁸⁹. A juicio del profesor Puga Vial, las reformas que debió haber introducido la Nueva Ley de Quiebras y que, garrafalmente omitió son:

i. En materia penal, la eliminación de todo riesgo de delito asociado a la quiebra y,

concurzal, tanto respecto de nuestros pares en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) como de los vecinos de la región”. PIÑERA ECHEÑIQUE, Sebastián. 2012. Mensaje de S.E. op. cit. p. 4.

¹⁸⁸ v. OECD. 2013. Panorama del emprendimiento. Paris, Editoriales Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y Centro de la OCDE en México para América Latina. *passim*.

¹⁸⁹ PEÑA, Nicolle .2014. Juan Esteban Puga: “Nueva Ley de Quiebras es técnicamente mala y peor que la anterior”. La Tercera, Santiago, Chile, 8 enero. p. 27.

ii. La condonación de la parte de los créditos que no alcanzan a ser solucionados con la realización de los bienes del deudor. En otros términos, que los saldos no pagados por la quiebra se perdonen”¹⁹⁰.

Con todo, creemos en el avance hacia un sistema concursal que está intentando ordenar sus prioridades y que, como todo cambio legislativo de considerable magnitud, debe ser apoyado por todos los actores involucrados en el escenario concursal.

En el citado contexto, la Nueva Ley de Quiebras, innova en materia laboral, reflejando la *bonis ratio legis*, a través del entendimiento de que los trabajadores del deudor poseen una gravitación clave, no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también social. Las incursiones normativas se dirigen a la regulación de siguientes tópicos:

- a) Causales de término de contrato de trabajo,
- b) Aceleración del pago del finiquito,
- c) Acceso al seguro de cesantía,
- d) Simplificación de desafueros y,
- e) Ahorro previsional colectivo.

La implementación de la Nueva Ley de Quiebras, seguro, deberá sortear inconvenientes, algunos prácticos, otros de fondo, punto en el que adherimos a

¹⁹⁰ op. cit.

lo señalado por el profesor Puga Vial, cuando critica el hecho de “Que una junta de acreedores pueda designar a una comisión que opere como junta para el resto de la quiebra. Eso hace que los acreedores grandes puedan sacar a los chicos; nos deja abiertos a una manipulación horrorosa con perjuicio a los acreedores preferentes”¹⁹¹⁻¹⁹².

En particular, creemos que las falencias contenidas en la Nueva Ley de Quiebras, pueden ser expuestas desde las siguientes perspectivas:

Primero. En cuanto a los defectos de fondo, cabe destacar la no instauración de un procedimiento concursal eficaz. Eficacia que debe tener como eje central el verdadero salvamento de las empresas en crisis, toda vez que las soluciones concursales, actuales y aquellas contenidas en la Ley en comento, llegan demasiado tarde, es decir, cuando el deudor se encuentra en un irrevocable estado de insolvencia. Por ende, en ese contexto, los objetivos de reemprendimiento y de reestructuración no se ven muy claros.

Una de las principales motivaciones imbuidas en la nueva normativa concursal, es la de reducir los plazos, agilizando el procedimiento de quiebra. Sin embargo, creemos que la Ley N° 20.720 ha venido a entorpecer, sin preverlo, las herramientas tendientes a dinamizar la economía empresarial.

¹⁹¹ PEÑA, Nicolle .2014. op. cit. p. 27.

¹⁹² Artículo 69 inciso 3° de la Ley N° 20.720: “Sin perjuicio de lo anterior, en el Acuerdo de Reorganización Judicial podrá designarse a una Comisión de Acreedores para supervigilar el cumplimiento de sus estipulaciones, con las atribuciones, deberes y remuneración que, en su caso, señale el Acuerdo”.

Esto porque hoy por hoy, el artículo 42 del Libro IV del Código de Comercio, relativo a la quiebra solicitada por el propio deudor, exige lo siguiente:

“1. Un inventario o relación detallada de todos sus bienes, con expresión del lugar en que se encuentren, de su valor estimativo y de los gravámenes que los afecten;

2. Una relación de los bienes que, en conformidad a la ley, están excluidos de la quiebra,

3. Una relación de los juicios que tuviere pendientes;

4. Un estado de las deudas, con expresión del nombre y domicilio de los acreedores y de la naturaleza de los respectivos títulos, y

5. Una memoria de las causas directas o inmediatas del mal estado de sus negocios, debiendo ella dar cuenta de la inversión del producto de las deudas contraídas y de los demás bienes adquiridos en el año último. El deudor que llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance y la cuenta de ganancias y pérdidas”.

La Nueva Ley de Quiebras, exige semejantes antecedentes, tanto al deudor que solicita la reorganización judicial como al que solicita su quiebra, adicionando una tasación de los activos gravados y un certificado expedido por

un auditor que acredite la efectividad del pasivo del deudor¹⁹³, según establece el artículo 115 de la Ley N° 20.720: “1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan. 2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la Liquidación. 3) Relación de sus juicios pendientes. 4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos. 5) Nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso. 6) Si el Deudor llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance”.

¹⁹³ Artículo 56 de la Nueva Ley de Quiebras: “Artículo 56.- Antecedentes que deberá acompañar el Deudor. Aceptada la nominación por el Veedor titular y suplente, la Superintendencia remitirá al tribunal competente el Certificado de Nominación correspondiente. Paralelamente, el Deudor acompañará lo siguiente:

- 1) Relación de todos sus bienes, con expresión de su avalúo comercial, del lugar en que se encuentren y de los gravámenes que los afecten. Deberá señalar, además, cuáles de estos bienes tienen la calidad de esenciales para el giro de la Empresa Deudora;
 - 2) Relación de todos aquellos bienes de terceros constituidos en garantía en favor del Deudor. Deberá señalar, además, cuáles de estos bienes tienen la calidad de esenciales para el giro de la Empresa Deudora;
 - 3) Relación de todos aquellos bienes que se encuentren en poder del Deudor en una calidad distinta a la de dueño;
 - 4) El certificado a que hace referencia el artículo 55, para la determinación del pasivo afecto a los Acuerdos de Reorganización Judicial. El pasivo que se establezca en este certificado deberá considerar el estado de deudas del Deudor, con una fecha de cierre no superior a cuarenta y cinco días anteriores a esta presentación, con indicación expresa de los créditos que se encuentren garantizados con prenda o hipoteca y el avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías. Este certificado servirá de base para determinar todos los quórum de acreedores que se necesiten en la adopción de cualquier acuerdo, hasta que se confeccione la nómina de créditos reconocidos, conforme al procedimiento establecido en el Párrafo 2 del Título 1 del Capítulo III de esta ley, con sus respectivas ampliaciones o modificaciones, si existieren, y
 - 5) Si el Deudor llevare contabilidad completa, presentará el balance correspondiente a su último ejercicio y un balance provisorio que contenga la información financiera y contable, con una fecha de cierre no superior a cuarenta y cinco días anteriores a esta presentación.
- Si se tratare de una persona jurídica, los documentos referidos serán firmados por sus representantes legales”.

Lo anterior implica alargar el proceso de preparación de la solicitud de quiebra en 30 o 60 días más, tiempo que según especialistas del ramo, demorará un auditor en efectuar la citada auditoría. Sin perjuicio de lo anterior, es posible extender el defecto hasta la validez de la gestión del auditor, que en reemplazo de una actividad de control financiero, pasa a desarrollar una acción de fe respecto del pasivo de la empresa deudora, mismo que se limita a certificar que lo acertado por aquella, lo simplemente afirmado por esta, es efectivamente lo que corresponde a su declaración¹⁹⁴.

Por otra parte, un análisis de fondo de la Nueva Ley de Quiebras, permite sostener que al fenómeno desventajoso de empobrecimiento y de disminución pecuniaria del patrimonio del deudor ante la insolvencia, no se le ha dado solución. Es lógico sostener la ineficacia de un sistema concursal que superpone el anhelo de escalar en el *ranking* de la OCDE, ante la necesidad de demorar el proceso de liquidación en pos de obtener el máximo de utilidades posibles en el proceso de realización de los bienes del patrimonio del deudor. Lo anterior cobra importancia ante el fenómeno de vender el activo del deudor a un “valor de liquidación”, que por cierto es menor al valor comercial de los bienes que conforman su patrimonio. No resulta concebible que la respuesta del ordenamiento concursal imponga esta suerte de sanción al deudor fallido,

¹⁹⁴ CNN CHILE. 2014. Las críticas a la Ley de reemprendimiento y rehabilitación de personas naturales. Santiago. Video (HTML5) [en línea] < <http://www.cnnchile.com/noticia/2014/01/13/las-criticas-a-la-ley-de-reemprendimiento-y-rehabilitacion-de-personas-naturales> > [consulta: 19 junio 2014].

restándole valor al patrimonio que ha construido, pensamos que, con gran esfuerzo. Suma y sigue, la exigencia de nueva documentación al deudor solicitante de su propia quiebra, implica todavía más; encarecimiento de los costos financieros, en virtud de la remuneración que deba percibir el tasador de los activos gravados y el auditor por certificar el pasivo. En último término, el aumento en los plazos de preparación de la solicitud de liquidación voluntaria, deriva en la lamentable consecuencia de encarecimiento de los costos, toda vez que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, iniciará un proceso de aislamiento del deudor, en donde los proveedores tradicionales de una empresa dejarán de proveerla, debiendo adoptar □ como proveedores necesarios □ los que estén dispuestos a contratar con la empresa incumplidora, por supuesto, a un mayor precio.

Nuestra postura está por la de mitigar la burocracia ante la situación de un deudor que podría recurrir a las soluciones concursales de liquidación voluntaria o de reorganización, a tiempo, es decir, antes de que el estado de insolvencia patrimonial no tenga vuelta atrás.

No resultan comprensibles las dificultades impuestas por el ordenamiento jurídico a un deudor que solicita su liquidación de manera voluntaria, en la medida en que minimicemos la desconfianza del legislador hacia las ventajas que pueda traer para el deudor insolvente o aparentemente insolvente echar a correr el aparataje judicial, obtener la liquidación de sus bienes y satisfacer sus

deudas insolutas, considerando, sobretudo la inmensa carga negativa, social, económica y familiar que conlleva la quiebra □en sentido amplio□ de una persona. En el mismo orden de ideas, no se ve por qué la solicitud de liquidación de los acreedores no se encuentra tan entrapada como la del deudor, quienes ni siquiera deben justificar su pretensión o su legitimación activa. Al momento de presentar la demanda el acreedor solicitante deberá acompañar: “1) Los documentos o antecedentes escritos que acreditan la causal invocada. 2) Vale vista o boleta bancaria expedida a la orden del tribunal por una suma equivalente a 100 unidades de fomento para subvenir los gastos iniciales del Procedimiento Concursal de Liquidación”¹⁹⁵.

Apuntando hacia otra línea analítica, vemos una inconsistencia de fondo, en las limitaciones impuestas a los derechos de los acreedores, en la medida en que la Nueva Ley de Quiebras contempla entre 30 y 90 días de "protección financiera concursal con apoyo de acreedores", lo que incluye la suspensión de ejecuciones contra el deudor; asegura el suministro; y considera la venta de activos y préstamos para el financiamiento. Y al mismo tiempo, considera medidas cautelares y de restricción para el deudor. Sin embargo, la ley también señala que los acreedores pierden sus preferencias si no votan favorablemente los acuerdos de reorganización. Así las cosas, el artículo 61 inciso 1° de la Nueva Ley de Quiebras, dispone: “Acuerdos de Reorganización Judicial por clases o categorías de acreedores. La propuesta de Acuerdo podrá separarse

¹⁹⁵ Artículo 118 de la Ley N° 20.720.

en clases o categorías de acreedores y se podrá formular una propuesta para los acreedores valistas y otra para los acreedores hipotecarios y prendarios cuyos créditos se encuentren garantizados con bienes de propiedad del Deudor o de terceros. Los acreedores hipotecarios y prendarios que voten la propuesta del Acuerdo conservarán sus preferencias”. Téngase presente que cuando la ley utiliza las expresiones “voten la propuesta”, no exige el simple voto o manifestación de voluntad en uno u otro sentido, sino que se refiere al voto favorable¹⁹⁶.

Como hemos demostrado, en el Derecho Concursal concurren y deben concurrir múltiples intereses, derechos y acciones de Orden Público en general y en sus diversas manifestaciones. De allí que nos adhiramos a la opinión vertida por el insigne profesor de Derecho Comercial y ex fiscal nacional de quiebras, don Rafael Gómez Balmaceda, en los siguientes términos: “Pierde a su vez de vista el proyecto, para el supuesto que se llegare a aplicar un procedimiento de liquidación, que el acreedor que insta por su apertura no ejerce una acción destinada al pago de su crédito, como quiera que la acción es de carácter concursal, que cautela el interés colectivo de la masa de acreedores y no el individual del acreedor impago. Llama la atención así que el proyecto no hubiese requerido entre los requisitos que ha de contener la demanda,

¹⁹⁶ CRISTINO, Constanza. 2014. Nelson Contador: “El proyecto no contempla ninguna disposición que pueda significar la pérdida de las preferencias asociadas al pago de un determinado crédito, muy por el contrario; cuando se regula la participación de acreedores garantizados en los acuerdos de reorganización, expresamente se señala que estos acreedores no pierden sus preferencias si votan favorablemente estos acuerdos”. Diario El Pulso, Santiago, Chile, 25 junio.

comprobar la legitimación del que invoca la acción, como lo requiere el artículo 44 de la actual ley, que contiene la exigencia de acreditar los fundamentos de la petición.

Más lamentable es el tratamiento que le da el proyecto al denominado juicio de oposición, en cuya regulación se incurre en el error -entre muchos otros- de considerar como parte del proceso al acreedor que presenta la demanda y al mismo deudor y confunde esta instancia con un vulgar juicio de cobro de pesos, y para coronar su error, establece que la oposición del deudor podrá fundarse incluso en las causales del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, salvo algunas que exceptúa, como si el concurso se tratase de un juicio ejecutivo¹⁹⁷.

Dentro de un segundo orden de cosas, como críticas formales, señalamos a la falacia o supuesto erróneo en que se basa la próxima normativa concursal, esto es, el diagnóstico equivocado de que las quiebras en Chile demoran 4 años y medio aproximadamente versus las cifras de la OCDE de 1 año y 7 meses más o menos. Sin embargo, la cifra relativa a la demora del procedimiento de liquidación en nuestro país no se condice con la realidad, al menos no con la realidad que intenta reflejar. En Chile el proceso de liquidación y pago a los acreedores no excede de 1 año y medio, lo que significa que la

¹⁹⁷ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. 2013. "El Proyecto que suprime el juicio de quiebra". Diario El Mercurio, Carta Editorial, Santiago, Chile, 5 de febrero.

tardanza en la rendición de cuenta de los síndicos hace parecer que los citados procedimientos son, en demasía, latos¹⁹⁸.

Sin perjuicio de todo lo antes expuesto, enaltecemos las reformas a ser introducidas a partir de octubre del presente año, por la Nueva Ley de Quiebras, a propósito de los efectos de la quiebra en el campo laboral, otorgando certeza o seguridad jurídica a los trabajadores en cuanto al pago de las prestaciones emanadas de la relación de trabajo finalizada por la causal de quiebra. Como señala la Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento: "Ahora, el liquidador tendrá que suscribir un finiquito al trabajador, que luego también hará de verificador de créditos. De esta forma, la persona no tendrá que ir al tribunal laboral a definir sus derechos -pagando un abogado- y luego al tribunal civil a verificar su crédito"¹⁹⁹. Destacamos la seguridad de pago de las prestaciones laborales insolutas introducida por la nueva normativa concursal, pero no vemos en dicha fuente la solución a la interrogante planteada en torno a dilucidar el destino laboral de los trabajadores de una empresa que se reorganiza con éxito.

Con todo, confiamos en la labor jurisprudencial de integración de la ley, ante posibles vacíos o contradicciones insuperables. Así las cosas, creemos que la judicatura proyectará en la compleja situación antes descrita, la

¹⁹⁸ CNN CHILE. 2014. Las críticas a la Ley de reemprendimiento y rehabilitación de personas naturales. Santiago. Video (HTML5) [en línea] < <http://www.cnnchile.com/noticia/2014/01/13/las-criticas-a-la-ley-de-reemprendimiento-y-rehabilitacion-de-personas-naturales> > [consulta: 19 junio 2014].

¹⁹⁹ CÁCERES, Nicolás. 2014. Superintendente defiende la nueva Ley de Quiebras: "Es la herramienta que hoy necesita Chile". Diario La Segunda, Santiago, Chile, 9 de enero.

aplicación de uno de los principios cardinales del Derecho Laboral, cual es, el de continuidad laboral, sobretodo en virtud de la doctrina que la jurisprudencia viene impartiendo al respecto: “Todo ello se conecta con el principio de la continuidad de la relación laboral. Este principio expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración de la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos. Se ha sostenido que este principio es una derivación y consecuencia del principio protector, especialmente en lo referente a la aplicación de la regla de la condición más beneficiosa, ya que el proseguir trabajando, obviamente, es más beneficioso que haber quedado desocupado”²⁰⁰.

²⁰⁰ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N°1703/06, de 15 de diciembre de 2006, considerando décimo.

BIBLIOGRAFIA

A. LIBROS

ABELIUK MANASEVICH, René. 1993. Las Obligaciones. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. 2005. Teorías del Derecho Civil Moderno. II Curso De Actualización Jurídica. Santiago, Ediciones de la Universidad del Desarrollo.

ALEXY, Robert. 1993. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

ALPANDER, Guvenc G. 1985. Planeación estratégica aplicada a los recursos humanos. Colombia, Editorial Norma S.A.

AZERRAD, Rafael. 1979. Extensión de la Quiebra. Buenos Aires, Editorial Astrea.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. 2010. Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 131.

BAEZA PINTO, Sergio. 2010. La quiebra y la terminación del contrato de trabajo. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Doctrinas Esenciales. Derecho Comercial. Tomo LXVI. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

BRAVO HERRERA, Fernando. 2011. Análisis de estados financieros. Santiago, Editorial Andrés Bello

CASARINO VITERBO, Mario. 2005. Manual de Derecho Procesal. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

CEA EGAÑA, José Luis. 1998. Tratado de la Constitución de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

CIDONCHA MARTÍN, Antonio. 2006. La libertad de empresa. Madrid, Editorial Civitas.

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo. 2010. Insolvencia y Quiebra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio "et al". 1991. Poder Judicial y Responsabilidad. Madrid, Editorial La Ley

FERMANDOIS VOHRINGER, V. Arturo. Derecho Constitucional Económico: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia. 2001. Tomo I. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 1998. Introducción al Derecho del Trabajo. Santiago, Editorial Lexis Nexis.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo. 2011. El Derecho de Quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

LÓPEZ GANDÍA, Juan y BLASCO PELLICER, Ángel. 2010. Crisis de empresa y Derecho del Trabajo, IV Jornadas Universitarias Valencianas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

MAFFÍA, Osvaldo J. 1997. Manual de Concursos. Argentina, Editorial La Rocca.

MEZA BARROS, Ramón. 2009. Manual de Derecho Civil. De Las Obligaciones. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Ministerio del Trabajo y Previsión Social de El Salvador. 2004. Guía de Derechos y Obligaciones de los Trabajadores. Segunda Edición. El Salvador, Imprenta Asa Posters S.A.

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. 2007. Garantías Mercantiles. Caracas, Ediciones Universidad Católica Andrés Bello.

NOVOA MONREAL, Eduardo. 1976. Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros. Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México, Editorial Centro Documental Blest.

PALMA ROGERS, Gabriel. 1948. Legislación de Quiebras. Universidad de Chile, Escuela de Derecho. Santiago, Editorial Universitaria S. A.

PALMA ROGERS, Gabriel. 1940. Legislación de Quiebras. Santiago, Editorial Talleres Gráficos Samaniego.

PEDREROS GUENANTE, Carlos. 1997. La Quiebra y los Derechos de los Trabajadores. Santiago, Editorial Jurídica Conosur Ltda.

PEÑA NOSSA, Lizandro. 2006. De los contratos mercantiles. Nacionales e Internacionales. Segunda Edición. Bogotá, Editorial Universidad Católica de Colombia

PLANIOL, Marcel. 1954. Traite Elementaire de Droit Civil. Tomo I. París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.

PROVINCIALI, Renzo. 1958. Tratado de Derecho de Quiebra. Barcelona, Editorial A.H.R.

PUGA VIAL, Juan Esteban. 2004. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

PUGA VIAL, Juan. 1999. Derecho Concursal. El Juicio de Quiebras. Segunda Edición. Tomo II. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

RIPERT, Georges. "et al". 1988. Traité de Droit Civil D'Après le Traité de Planiol. Tomo I. Buenos Aires, Editorial La Ley. p. 425.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. 2012. Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno. Teoría bimembre de la nulidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

RUIZ-TAGLE, Pablo. 1996. La obligación contractual. El contrato como promesa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. 2007. Derecho Comercial. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SATTA, S. 1951. Instituciones del Derecho de Quiebra. Traducc. Por Rodolfo O. FONTANARROSA, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América.

SILVA BASCUÑAN, Alejandro. 2010. Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XIII. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. 2010. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

THAYER A, William y NOVOA F, Patricio. 2009. Manual de Derecho del Trabajo. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

VICENT CHULIÁ, Francisco. 1990. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. Tercera Edición. Tomo II. Barcelona, Editorial José María Bosch.

ZALAUQUETT DAHER, José. 1968. La Causa de Declaratoria de Quiebra. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

B. REVISTAS E INFORMES

AEDO BARRENA, Cristián. 2008. Las garantías del acreedor frente al incumplimiento. Especial referencia a la boleta bancaria de garantía. *Revista Chilena de Derecho* 35(2): 293-310.

ACEDO PENCO, Ángel. 1997. El Orden Público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (14-15)*: 323-392.

ARELLANO ORTIZ, Pablo y PONCE HEINSOBN, Ivonne. 2011. Interpretación jurisprudencial del beneficio de la semana corrida: violación del principio de igualdad de remuneraciones (Corte Suprema). *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia* 24(2): 227-234.

BAEZA OVALLE, José Gonzalo. 2012. Petición de quiebra y abuso del derecho. *Revista Ars Boni et Aequi de la Universidad Bernardo O'Higgins* 8(1): 235-264.

BAEZA OVALLE, Gonzalo. 2011. Naturaleza jurídica del proceso concursal. *Revista Chilena de Derecho* 38(1): 33-56.

BAUER, Carl. 1998. Derecho y economía en la Constitución de 1980. *Revista Perspectivas* 2(1): 23-47.

Biblioteca del Congreso Nacional. 2012. La quiebra como causal de término del contrato de trabajo. *Síntesis de Proyectos*.

BRANTT, María Graciela. 2009. La Exigencia de Exterioridad En El Caso Fortuito: Su Construcción a Partir de La Distribución de Los Riesgos Del Contrato. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (33): 39-102

CAAMAÑO ROJO, Eduardo. 2013. El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: reorganización-liquidación frente a estabilidad laboral. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (40):185-212.

Cámara de Diputados. 2014. Modifica el Libro IV del Código de Comercio, exigiendo la notificación de la quiebra del empleador a los trabajadores. *Boletín N° 9343-13*, de 13 de mayo de 2014.

DIEZ CANSECO, Alfredo. 1993. Del Derecho de quiebra al derecho concursal moderno y la ley de reestructuración empresarial. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú (47): 385-434.

DIRECCIÓN DEL TRABAJO. 2011. Boletín Oficial N° 266. La quiebra del empleador y los derechos de los trabajadores. Doctrina, Estudios y Comentarios.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio. 2013. El principio de protección del trabajador en la Constitución chilena. Revista Estudios Constitucionales (1): 425-458.

GÓMEZ PINTO, Rafael. 2005. Las innovaciones de la Ley 20.004 que modifica Ley de Quiebras N° 18.175. Revista Jurídica Universidad Bernardo O'Higgins (1): 161-170.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. 2013. Bases para la privatización del Derecho Concursal. Revista Chilena de Derecho Privado (20): 9-49.

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis. 2010. Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la Par Conditio Creditorum. Revista Chilena de Derecho 37(1):73-98.

GUERRERO BECAR, José Luís. 2000. La libertad para desarrollar actividades económicas del art. 19 N° 21 y la Constitución Económica. Revista Persona y Sociedad (14): 141-156.

Informe Congreso Nacional. 2012. Balance de gestión integral: Superintendencia de Quiebras. Resumen Ejecutivo.

IRURETA URIARTE, Pedro. 2013. El núcleo laboral del Derecho Constitucional a la Libertad de la Empresa. Revista Estudios Constitucionales (2): 369-424.

JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo. 2013. Boleta de garantía bancaria e insolvencia. Su impacto en el principio de la par condictio creditorum. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte 20-2: p. 175

JIMÉNEZ BOLAÑOS, Jorge. 2002. Algunas Ideas sobre el Contrato de Arrendamiento regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos y Suburbanos. San José, Costa Rica. Revista Judicial (82): 42-43.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. 1997. El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 18: 167-184.

NUÑEZ OJEDA, Raúl y AGUILAR MARTÍNEZ, Artemio. 2012. La junta de acreedores: una visión comparada. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte (2): 145-189.

NUÑEZ O, Raúl y CARRASCO D, Nicolás. 2012. Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos de la Ley de Quiebras chilena. Revista *Ius et Praxis* 18-1: passim.

PIÑERA ECHEÑIQUE, Sebastián. 2012. Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley que crea una nueva Legislación Concursal mediante la Ley de Reorganización y Liquidación de empresas y personas y perfecciona el Rol de la Superintendencia del Ramo. Mensaje 081/360, de 15 de mayo de 2012.

RICHARD, Efraín Hugo. 2013. Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y como abordarlas ¿Un problema del Derecho Concursal?. Montivideo, Uruguay. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (8): 257-300.

RIPERT, Georges. 1935. L'ordre économique et la liberté contractuelle. En: FERMANDOIS VOHRINGER, Arturo. 2005. Ripert y su influencia en el concepto de Orden Público Económico: Auge y caída de una visión dirigista. Revista Chilena de Derecho 32(1): 7-18.

Sentencia Corte Suprema, se ignora ROL, de 9 de abril de 2003. Resumen Doctrina y considerando noveno. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (1): 40-46.

Sentencia Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, Sentencia Cámara Comercial Nº 20061017, de 17 de octubre de 2006. Revista Cámara de Comercio. 2010. Proceso de Verificación. Jurisprudencia y Doctrina

Sentencia Corte Suprema, se ignora ROL, de 18 de mayo de 1989, considerando octavo. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raul. 2010. Concurso de acreedores (aplicación de normas legales). Leyes que regulan las preferencias en caso de concurrencia de acreedores (vigencia). Ley sobre efecto retroactivo de las leyes (aplicación). Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, se ignora ROL, de 31 de agosto de 1984, considerando tercero. En: TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. 2010. Caso Fortuito o Fuerza Mayor. Para producir efecto liberatorio debe tratarse de un inconveniente imprevisto e

insuperable. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. p. 894

TORRIJO ROJAS, Juan Pablo. 2009. Orden Público Económico y Constitución Económica. Revista de Estudios Ius Novum (2): 285-314.

Unidad de Defensa Laboral. 2010. La Quiebra del Empleador y los Derechos de los Trabajadores. Estudios Laborales N° 4.

C. JURISPRUDENCIA

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 167/93, s.f. parte expositiva.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 2346/14, de 16 de enero de 2014, parte expositiva.

Sentencia Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL O-2947/13, de 14 de enero de 2014, considerando décimo noveno.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 6433/13, de 8 de enero de 2014, considerando cuarto.

Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL N° O-3567/12, de 23 de diciembre de 2013, exposición de lo aducido por la parte demandada en considerando quinto.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 6508/12, de 19 de diciembre de 2012, considerando décimo.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4964/12, de 3 de septiembre de 2012, considerando cuarto.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/12, de 9 de agosto de 2012, considerando N° 3.3.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N°508/12, de 6 de agosto 2012, considerando octavo.

Sentencia Corte de Apelaciones de San Miguel, ROL N° 2184/12, de 13 de abril de 2012, considerando cuarto.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 0262/04, de 17 de enero de 2012, sobre Remuneración: Descuento Crédito Social C.C.A.F. Descuentos Obligatorios, Remuneraciones: Descuento Crédito Social C.C.A.F. No afectos a tope 45%, de inc. 4º, art. 58, Caja de Compensación: Descuento Crédito Social. Descuento Obligatorio, Caja Compensación: Descuento Crédito Social no afecto tope 45%, inc. 4º art. 58.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 3554/10, de 24 de mayo de 2011, considerando cuarto.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1915/027, de 3 de mayo de 2011, sobre Remuneración. Legalidad de cláusula por pérdida de herramientas.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1413/10, de 16 de noviembre de 2010, considerandos vigésimo segundo.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1414/09, de 14 de septiembre de 2010, considerando vigésimo segundo.

Sentencia Juzgado de Letras de Trabajo de Puerto Montt, ROL N° T-3/10, de 2 de agosto de 2010, parte expositiva y considerando décimo tercero.

Sentencia 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT T-6-2010, de 11 de mayo de 2010, considerando cuarto.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1184/10, de 20 de abril de 2010, considerandos sexto, séptimo y octavo.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 7076-09, de 28 de enero de 2010, considerando tercero.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4409/09, de 3 de diciembre de 2009, considerando décimo cuarto.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 4409/09, de 3 de septiembre de 2009, considerando primero.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1276/09, de 25 de junio de 2009, considerado octavo.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 1202/08, de 10 de marzo de 2009, considerando décimo noveno.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 3266/08, de 23 de diciembre de 2008, considerando sexagésimo sexto.

Sentencia Corte de Apelaciones, ROL N° 6213/07, de 20 de octubre de 2008, considerando séptimo.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 5047/08, de 16 de octubre de 2008, considerando quinto.

Sentencia Tribunal Constitucional, ROL N° 970-07, de 7 de octubre de 2008, considerando vigésimo tercero.

Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, ROL N°1703/06, de 15 de diciembre de 2006, considerando décimo.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 1270/06, de 27 de noviembre de 2006, considerando tercero.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 2804/03, de 21 de octubre de 2004, considerando décimo primero.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 401/03, de 21 de octubre de 2004, considerando cuarto.

Sentencia Corte Suprema, ROL N° 3929/03, de 30 de septiembre de 2004, considerando cuarto.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1607/35, de 28 de abril de 2003, sobre Empresa. Alteración dominio, posesión o mera tenencia. Efectos. Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 2856/ 0162, de 30 de agosto de 2002, que Fija sentido y alcance del inciso primero del artículo 5, del Código del Trabajo.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1108/50, de 21 de marzo de 2001, sobre Continuidad de Giro. Indemnización. Privilegio. Tope 2) Indemnización Legal. Incremento Previsional. 3) Quiebra. Indemnización. Privilegio. Tope 4) Quiebra. Indemnización Sustitutiva. Privilegio. Tope. Procedencia 5) Terminación Contrato

Individual. Cotizaciones. Continuidad de Giro 6) Terminación Contrato Individual. Cotizaciones. Quiebra.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 1815/151, de 8 de mayo de 2000, sobre El derecho a gratificación convencional de los dependientes de la empresa Xilo S.A. subsiste y se conserva plenamente vigente no obstante la declaración de quiebra de ésta.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 6191/315, de 14 de octubre de 1997, sobre La declaratoria de quiebra de la empresa y con mayor razón su continuidad de giro no afecta la existencia del sindicato que tiene por base a la misma empresa, al no haber mérito suficiente para su modificación.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 4584/224, de 24 de julio de 1995, sobre Contrato individual Legalidad de cláusula Naturaleza de los servicios Polifuncionalidad.

Dirección del Trabajo, Dictamen N° 0154/05, de 10 de enero de 1994, sobre Anticipos.

Sentencia 23° Juzgado Civil, ROL N° 754/86, de 30 de octubre de 1987. Confirmada por Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 2151/87-T, de 20 de enero de 1988. Sentencia Corte Suprema declara no ha lugar recurso de queja, ROL N° 6956/88, de 21 de junio de 1988.

Sentencia Corte del Trabajo de Santiago, ROL N° 79.133, de 10 de abril de 1980, considerando tercero.

D. TESIS

BARRERA GRAF, Jorge. 1963. El Derecho Mercantil en la América Latina. México, Universidad Nacional autónoma de México.

ETCHEVERS, Ana María. 2005. La Desacralización del Derecho Procesal Laboral: Operatividad de la Audiencia Preliminar. Tesina de especialización en Derecho Procesal profundizado. Argentina, Universidad Notarial Argentina Virtual.

HERNANDO, María P. 2007. Las Buenas Prácticas en la Gestión de Recursos Humanos en las Organizaciones de Mar del Plata. Estudio de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.

HORMAZÁBAL VALDÉS, Mauricio. 2011. La unidad del Derecho como defensa de las expectativas del empleador en la aplicación del orden público laboral. Tesis para optar al grado académico de Magíster. Santiago, Universidad de Chile, Escuela de Graduados.

JIMENEZ MAÑAS, Dionisio. 2012. Par Conditio Creditorum v/s Privilegium. Tesis II Curso Experto Derecho Concursal, Universidad Internacional de Andalucía, España. Edición electrónica María González F.

UGARTE CATALDO, José. 2011. La colisión de derechos fundamentales en el contrato de trabajo y el principio de proporcionalidad. Tesis Doctoral. Santiago, Universidad de Chile. *passim*.

E. DIARIOS

CÁCERES, Nicolás. 2014. Superintendente defiende la nueva Ley de Quiebras: "Es la herramienta que hoy necesita Chile". Diario La Segunda, Santiago, Chile, 9 de enero.

CRISTINO, Constanza. 2014. Diario El Pulso, Santiago, Chile, 25 junio.

GÓMEZ BALMACEDA, Rafael. 2013. "El Proyecto que suprime el juicio de quiebra". Diario El Mercurio, Carta Editorial, Santiago, Chile, 5 de febrero.

MAFFÍA, Osvaldo J. 1984. Crítica de la concepción del proceso falencial como ejecución colectiva. Diario El Derecho, Argentina. Tomo 113.

PEÑA, Nicolle. 2014. Juan Esteban Puga: "Nueva Ley de Quiebras es técnicamente mala y peor que la anterior". La Tercera, Santiago, Chile, 8 enero.

F. LEYES

Ley Nº 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 30 de julio de 2003.

Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, de 5 de diciembre de 1986.

Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Diario Oficial el 30 de agosto de 1902. Edición Oficial. Santiago, Imprenta Litografía i Encuadernación Barcelona.

Código de Comercio de Chile (1865). Publicado en el Diario Oficial el 23 de Noviembre de 1865. Mensaje al Ejecutivo. Decimoquinta Edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

G. SITIOS WEB

CNN CHILE. 2014. Las críticas a la Ley de reemprendimiento y rehabilitación de personas naturales. Santiago. Video (HTML5) [en línea] <<http://www.cnnchile.com/noticia/2014/01/13/las-criticas-a-la-ley-de-reemprendimiento-y-rehabilitacion-de-personas-naturales>> [consulta: 19 junio 2014].