

PETICIÓN DE QUIEBRA Y ABUSO DEL DERECHO

Petition for Bankruptcy Law and abuse

JOSÉ GONZALO BAEZA OVALLE*

RESUMEN: La solicitud de quiebra desestimada, interpuesta con culpa o dolo, que causa perjuicio, constituye un abuso instrumental, no de un derecho, creando una responsabilidad u obligación extraconvencional de reparación. Analiza el artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio* y reflexiona en torno a la naturaleza jurídica a la facultad asignada al deudor para ser indemnizado.

PALABRAS CLAVE: quiebra – culpa – dolo – indemnización

ABSTRACT: Bankruptcy request refused, interpose with guilty or fraud, that cause injury, is an instrumental abuse, not a law abuse, creating a non conventionally liability or obligation to repair. Analyze article 45, Book IV, *Commerce Code* and think about de juridic nature give to the debtor righth to be repair.

KEY WORDS: bankruptcy – guilty – fraud - indemnity

* Abogado. Doctorando en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Comercial Universidad Bernardo O'Higgins. <gonzalo.baeza@gbabogados.cl>. *Artículo recibido el 3 octubre y aprobado el 26 de noviembre de 2011.*

INTRODUCCIÓN

Esta investigación reconoce como propósito determinar la naturaleza jurídica, además del fundamento para asignar al deudor y, dado el tenor de la norma (aparentemente sólo a éste) el derecho a reclamar indemnización de perjuicios del acreedor (y, también, aparentemente, sólo a éste), que inició un procedimiento destinado a provocar la apertura del concurso del primero siendo, en definitiva, desestimado su emprendimiento, en tanto dicho deudor acredite (no establece la oportunidad en que ha de hacerlo) que el acreedor peticionario obró culpable o dolosamente.

Concretamente, el art. 45 del Libro IV del Código de Comercio chileno, dispone:

“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.

La audiencia del deudor sólo tendrá carácter informativo, no dará lugar a incidente, y en ella éste podrá consignar fondos suficientes para el pago de los créditos que hubieren servido de base a la solicitud de quiebra y las costas correspondientes, en cuyo caso no procederá la declaración de quiebra.

Si la solicitud fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente.

Para los efectos indicados en el inciso primero de este artículo se notificará al deudor personalmente o en la forma prevista en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, aún cuando no se encuentre en el lugar del juicio”.

Por cierto que a cualquier lector medianamente avisado no dejará de sorprender que la ley permita realizar una notificación de una petición, a quien tiene interés en ella, a sabiendas que, con gran probabilidad, ese trámite no surtirá los efectos de la esencia de toda notificación, dar a conocer al interesado más inmediato la solicitud y resolución para que adopte las medidas que el caso aconseje, pues esa persona no está en el lugar del juicio, que es una de las causales contempladas en el artículo 43 del Libro IV del Código de Comercio, consistente en la fuga u ocultamiento del deudor sin dejar apoderado en los términos que ese precepto indica.

Pero ese tema puede ser materia de otra reflexión, de modo que para no distraernos del objeto de este emprendimiento, como primera exposición de principios, reiteremos nuestros postulados¹ en el sentido que el derecho concursal no responde a un carácter unívoco ni homogéneo y, en todo caso, jamás adopta el carácter de un 'juicio', entendido como controversia entre partes que ha de ser resuelta por la autoridad, el tribunal competente, aún cuando puede dar ocasión a que surjan controversias que sí revisten la naturaleza jurídica de un juicio, como por ejemplo, las impugnaciones de crédito.

Adicionalmente, el derecho concursal comprende diversos mecanismos procedimentales, siendo el primero de ellos la *quiebra*. Ella conforma un sistema de liquidación de los bienes del deudor.

El segundo mecanismo, puede entrar en movimiento en dos situaciones distintas: antes de la declaración de quiebra o después de ella. En ambos eventos, responderá a dos fines alternativos: 1. Mejorar las condiciones de liquidación de los bienes del deudor. 2. Permitir al deudor un *restart* de su organización productiva o empresa o, en su caso, un *remake*. Cualquiera sea la finalidad y el momento en que sea perfeccionado, este instrumento es conocido bajo la expresión de *convenio* o *concordato*.

Finalmente, la última herramienta que integra el derecho concursal queda constituida por el desarrollo de una indagación de índole penal, destinada a dilucidar si la conducta del deudor fallido, que determinó la apertura del concurso, vale decir, que conforma la causa de la probable insolvencia, amerita ser estimada dolosa, culpable o, respondió a variables que escaparon de su control o previsibilidad y, por ende, cabe considerarla como fortuita.

Esta última investigación, dé o no lugar a una formalización, es conocida como *calificación de la quiebra*.

Ahora bien, para los efectos de estudiar los alcances del inciso tercero del art. 45 del Libro IV del *Código de Comercio*, habremos de reducir nuestra atención sólo al caso previsto en esa norma, la solicitud de un acreedor destinada a provocar la apertura de concurso del deudor.

Lo entendemos de esa manera, pues bajo nuestro punto de vista, constituiría el único escenario en que el legislador concedería al deudor el derecho a reclamar perjuicios, de interpretar que el inciso tercero del art. 45 del Libro

¹ BAEZA (2011) pp. 257 y ss.

IV del *Código de Comercio*, efectivamente resulta necesario para que el deudor detente esa herramienta de satisfacción.

Para comprender acabadamente el interés de lo expuesto, conviene aclarar que un acreedor está facultado para provocar la apertura del concurso de un deudor, indirectamente, en otras palabras, sin necesidad de solicitar derechamente la declaración de quiebra.

Tal situación la podemos enfrentar, por ejemplo, con la negativa del acreedor para aceptar un convenio, si ello resulta determinante de su rechazo, lo que también podría ser motivado por culpa o dolo.

Igual cosa acontece cuando los acreedores rehúsan aceptar la oferta de cesión de bienes formulada por el deudor no calificado, situación contemplada en el artículo 252 del Libro IV del *Código de Comercio*.

También descubrimos una situación semejante siempre que el acreedor, en vez de pedir la quiebra, no obstante detentar una causal que formalmente lo legitime para hacerlo, opta por requerir al tribunal que ordene al deudor o a la sucesión de éste, presentar proposiciones de convenio dentro del término de 30 días, bajo apercibimiento de abrir concurso a su respecto a través de la respectiva sentencia declaratoria de quiebra en caso de no hacerlo en tiempo y forma, por lo dispuesto en ese sentido en el artículo 172 del Libro IV del *Código de Comercio*.

Pero todavía podemos encontrar más: la facultad concedida al deudor por el inciso tercero del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio* habremos de asumirla como restrictiva para este o también alcanza a quienes corren el riesgo de ser declarados en quiebra si el deudor inmediato (por asignar alguna descripción que permita marcar la diferencia para una mejor exposición del problema) lo es, como acontece con la quiebra refleja o concurso extendido.

Recordemos que bajo los términos del artículo 51 del Libro IV del *Código de Comercio*, la quiebra de una sociedad colectiva o en comandita importa la quiebra individual de los socios solidarios que la componen.

Con todo, dado que esa solidaridad sólo existe en las sociedades de hecho, colectivas y en comandita comerciales, habremos de entender que el precepto no remite únicamente a ellas. También alcanza y beneficia a sus socios solidarios, desde que ellos, por virtud de la denunciada solidaridad, igualmente son deudores.

De la misma manera integra nuestros postulados respecto a la naturaleza jurídica de los procedimientos concursales, como precisión intermedia, que estaría diferente dependiendo de la etapa de tramitación en que se encuentre, cuestión que nos deriva hacia otro aspecto que no es materia de este estudio, en particular.

De ese modo, en la fase de apertura, sea que haya sido iniciada por el propio deudor o respondiendo a la petición de uno o más acreedores, estimamos que se trataba de un asunto no contencioso. No vimos un obstáculo para alcanzar esa conclusión que, bajo determinadas circunstancias, como acontece con el escenario contemplado en el artículo 41 del Libro IV del *Código de Comercio*, el deudor esté obligado a provocarla, toda vez que los asuntos no contenciosos pueden ser iniciados en forma voluntaria o forzada.

No cambiaba la referida determinación si el concurso era abierto ex officio por el tribunal.

Bajo tales circunstancias enfrentamos una quiebra directa que no deriva de la iniciativa de un acreedor destinada a provocar la apertura del concurso, que resulta ser la fase que nos ocupa aún cuando sí podía acontecer que fuera un derivado de la negativa del acreedor para aceptar otro acto jurídico, sea un convenio, sea un concordato o una cesión de bienes.

Poco interesa para el tema abordado, la naturaleza jurídica de los procedimientos concursales una vez que el concurso es abierto por sentencia firme el que, en todo caso, responderá a las características de una liquidación, dado que la hipótesis de procedencia del reclamo de indemnización pasa por la petición de quiebra malograda, en la medida que habla de haber desestimado la petición y no que la quiebra se haya alzado o revocado por otras circunstancias que permiten que ello acontezca, como ocurre en otros ordenamientos legislativos que revisaremos.

Bajo esos conceptos, habríamos de entender que no forma parte de la situación regulada por el precepto en estudio, el caso en que habiéndose hecho lugar a la 'solicitud' y, por ende, abierto el concurso con la correspondiente sentencia de quiebra, esta última es dejada sin efecto por haber sido acogido un recurso especial de reposición o revocada por el tribunal de alzada conociendo de una apelación, contra la sentencia que desestimó el recurso especial de reposición o declaró la quiebra bajo las circunstancias previstas por el artículo 252 del Libro IV del *Código de Comercio*.

Con muy buena voluntad, cuestión que no va a ocurrir en caso de surgir una controversia real al efecto, podremos aceptar incluir esas situaciones en el caso del inciso 3° del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*. En todas y cada una de ellas, finalmente la solicitud de apertura de concurso termina siendo desestimada y, por ende, haciendo lugar a la concurrencia del requisito exigido, *data legem*, por ese precepto.

Nuestra reserva al respecto deriva del carácter excepcional que correspondería que fuere asignado a esa norma (cuestión que tampoco fluye como un asunto evidente) y, por ende, que aportaría más que algún fundamento a la alegación que sustente que tal interpretación importa una extensión analógica que devendría como improcedente si, como expusimos, quedara reafirmada la naturaleza excepcional de la norma.

De todos modos, conspira contra esta posición el hecho de que el precepto en cuestión utiliza la expresión *desestimada en definitiva*.

La inadecuada redacción de la norma nos hace sucumbir a la tentación de instalar en la mesa otro motivo de discusión.

Que sea desestimada 'en definitiva' importa que esa decisión emane de una sentencia definitiva.

Pensamos que esa interpretación es incorrecta, pues el sentido general de la legislación aplicable hace asumir que el rechazo de la petición de apertura del procedimiento concursal ha de responder a una sentencia ejecutoriada que así lo resuelva y no sólo a una sentencia definitiva, no obstante a ello que, en primera instancia o por vía de la Corte de Apelaciones haya sido aceptada, declarando la quiebra.

Lo que interesa es que en último término, y a través de los diversos medios de impugnación de ese fallo, la quiebra finalmente es dejada sin efecto o revocada y, por ende, desestimada la petición conducente a declararla.

En síntesis, en todos y cada uno de los escenarios propuestos como pertinentes en función de la facultad que el legislador otorga al deudor para reclamar indemnización de perjuicios, enfrentamos una solicitud de un acreedor, que no responde a las características ni naturaleza de una demanda conducente a generar una controversia que deba ser resuelta por un tribunal sino, insistimos, una mera solicitud.

Estamos ante una petición que el acreedor dirige al Estado para que a través de los órganos constituidos para ese propósito (los tribunales),

concurriendo las circunstancias legales de legitimación respectivas (calidad de acreedor y causales de quiebra), resuelva suspender algunas garantías constitucionales del deudor 'inmediato' y sus acreedores, pudiendo extender esa situación a otros deudores por su relación solidaria con el primero como explicamos, lo que habilita a estos últimos, igualmente, para ejercer en su oportunidad la acción resarcitoria, como es conocida en doctrina.

I. MARCO REGULATORIO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD EN CHILE

En tanto nuestro centro de ocupación queda constreñido a lo dispuesto por el artículo 45 inciso 3° del Libro IV del *Código de Comercio*, aludiremos a un marco general de responsabilidad que no importe un derivado del incumplimiento de obligaciones de naturaleza convencional.

Aún cuando aparezca de pero grullo, precisemos que el artículo 1437 del *Código Civil* no establece como únicas fuentes de obligaciones los contratos, cuasicontratos, los delitos, cuasidelitos y la ley, como tradicionalmente es enseñado en las *Cátedras de Derecho Civil*.

Basta leer ese precepto con la atención que tan importante norma amerita para concluir que existe una reducción en sus términos incompatible con la realidad de nuestro sistema jurídico.

En efecto, en primer lugar no instala sólo a los contratos como fuente de obligaciones sino también a las convenciones, conceptos que no resultan ser sinónimos no obstante la conjunción 'o' utilizada por don Andrés BELLO, siendo posible concebir convenciones no contractuales que generan obligaciones, como acontece con el acto jurídico constitutivo de una persona jurídica, por citar uno entre muchos.

Luego el precepto en análisis establece que las obligaciones igualmente pueden nacer "*de un hecho voluntario de la persona que se obliga*" y, para ilustrar la disposición entrega, a vía de ejemplo, "*la aceptación de una herencia o legado*" que son actos jurídicos unilaterales, pero no cuasicontratos y, de hecho, luego afirma que estos últimos también inscriben en esta categoría, aún cuando no sean sinónimo de actos jurídicos unilaterales.

El resto de la norma trata de las obligaciones que derivan de los delitos, cuasidelitos, que son hechos que infieren injuria o daño a otro y, la ley.

El tema que nos ocupa radica, precisamente, en el perfeccionamiento de un acto jurídico unilateral, la solicitud que un acreedor endereza para obtener que el Estado suspenda determinadas garantías constitucionales en

perjuicio de un deudor, del mismo peticionario y de los demás acreedores, provocando la apertura de un concurso.

Adicionalmente, el legislador exige que esa solicitud responda a una conducta dolosa o culposa.

Enrique BARROS BOURIE² ayuda explicando que al derecho, en la responsabilidad civil, corresponde establecer el punto en que el ejercicio de la libertad de uno colisiona con los intereses de otro, en términos de hacer surgir para estos la facultad para exigir ser reparados en los daños soportados, lo que involucra una aplicación práctica del principio *altere non laedere*.

La otra expresión o visión de esa máxima consiste en que cada cual habrá de cargar con sus propios daños a menos que exista una razón bastante para atribuir a un tercero la obligación de repararlos (*casum sentit dominum*).

Eso conduce a preguntar, inmediatamente, si en la situación prevista en el inciso 3° del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*, en tanto confiere al deudor la facultad para reclamar indemnizaciones, constituye realmente una fuente necesaria para el surgimiento de esa facultad o, por el contrario, es la situación de hecho generada y el sistema general que regula la responsabilidad en Chile, independientemente que exista o no ese precepto, la que determina el surgimiento del indicado derecho.

Esto adquiere sentido en los mismos términos del artículo 1437 concordado con los artículos 2314 y siguientes del *Código Civil*, al establecer que las obligaciones surgen también "*a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos*", dando cuenta que esa es una situación que impregna el sistema general de composición jurídica.

Por cierto que la primera reserva que surge en la proyección de un argumento que concluya en la carencia de utilidad de la norma en análisis la encontramos en el mismo sistema de interpretación de las regulaciones jurídicas.

En efecto, asumiendo que los contratos son ley para los contratantes y, por ende, sus estipulaciones quedan elevadas a la categoría de precepto, ha sido de común aceptación que no sólo corresponde asumir como reglas válidas para interpretar la ley aquellas que ocupan el párrafo 4° del Título

² BARROS (2006) p. 61.

Preliminar del *Código Civil*, sino también las contenidas en el Título XIII del Libro IV de ese Código.

De este modo consideramos pertinente tener presente lo prevenido en el artículo 1562 del *Código Civil*, que privilegia la interpretación que asigna consecuencias jurídicas a una disposición antes que aquella que no lo haga.

A eso también conduce el espíritu general de la legislación comercial, siguiendo los designios del artículo 24 del *Código de Comercio*, que entre la nulidad o convalidación usualmente opta por esta última antes que la primera, privilegiando la eficacia de los actos jurídicos, en esta situación, la disposición legal que nos ocupa, antes que su inutilidad.

No obstante, la propuesta orientada a desconocer la necesidad de la existencia del inciso 3° del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*, para hacer procedente el reclamo indemnizatorio, de alguna forma es refrendado por el autor en comentario al aflorar el segundo elemento de atribución de responsabilidad por el daño ajeno pero, insistimos, no deja de inquietarnos en el contexto que no parece un adecuado sistema exegético concebir que el legislador dicta normas que no producirán efecto alguno o, si se quiere, aparecen como innecesarias para que produzcan el efecto esperado en atención a que ello puede igualmente ser logrado de aplicar otras normativas pre existentes y que conforman el sistema común de responsabilidad.

Con todo y, al efecto señala que la razón más general para la atribución de responsabilidad en nuestro sistema jurídico consiste en que el daño obedezca a la culpa o negligencia del demandado (o de una persona por quien este responda). La idea de culpa –expresa- aparece en todas las normas que establecen el sistema general de responsabilidad en el derecho chileno (1437, 2284, 2314 y 2329).

Así explica que este régimen de responsabilidad exige como condición para que el daño sea atribuido a un tercero que corresponda al resultado de una acción ejecutada con dolo o con la mera infracción a un deber de cuidado.

Por consiguiente y, en principio, en el inciso 3° del artículo 45 del *Código de Comercio*, como venimos comentando, sólo estaríamos encontrando una repetición de los requisitos generales exigidos para hacer lugar al surgimiento de una obligación indemnizatoria posible de exigir en su cumplimiento a través de la acción resarcitoria.

Así las cosas, la responsabilidad por culpa sirve, a la vez, la función de constituir el fundamento y límite de la responsabilidad –agrega ese autor–: por regla general, el dolo y negligencia hacen surgir la responsabilidad civil y, en contraste, sólo se responde si se ha incurrido en dolo o negligencia.

El precepto en análisis no establece algo diferente de modo que, hasta el momento, esa norma está lejos de demostrar su utilidad.

El autor en referencia concluye que *“atendida su generalidad, la responsabilidad por culpa o negligencia es el régimen común y supletorio de responsabilidad en el derecho chileno, aplicable a todos aquellos casos que no están regidos por una regla especial diversa”*.³

Agrega más adelante que la existencia de un *daño* deviene en un elemento esencial a la hora de hacer lugar a una responsabilidad civil, aspecto que no impregna al derecho penal, que castiga aún cuando la perpetración del hecho punible no haya irrogado perjuicio.

Vistas así las cosas y asumiendo que esa normativa es supletoria de responsabilidad en el derecho chileno, podríamos concluir que, no obstante nuestras reservas al respecto y de aceptar las explicaciones del autor en referencia, si el legislador no hubiera incluido el inciso tercero del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*, el deudor igualmente quedaría facultado para reclamar perjuicios del acreedor cuya solicitud fue desestimada en definitiva.

Finalmente, además de los requisitos generales de atribución establece la concurrencia de la causalidad entre la conducta del sujeto activo y el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo.

II. ALGUNAS PREVENCIÓNES SOBRE EL *ABUSO DEL DERECHO*

La interrogante del título de este trabajo respecto del denominado *abuso del derecho* demanda una explicación, la cual pretenderemos entregar en las siguientes líneas.

El Dr. Augusto Juan MENÉNDEZ⁴ explica que la teoría del abuso del derecho, pese a haber sido formulada explícitamente a fines del siglo pasado, ha devenido clásica en pocos años, en razón de su decisiva importancia en el

³ BARROS (2006) p. 61.

⁴ MENÉNDEZ (1988) p. 49

campo de la legislación civil y es eso, precisamente, lo que nos causa preocupación, dada la manera en que estructura su análisis, como estudiaremos más adelante.

Agrega ese autor que el derecho no es un fin, sino un medio⁵, y como tal no puede ser utilizado anti funcionalmente, en forma que cause un perjuicio innecesario a los demás; la persona que ejerce una prerrogativa legal de este modo no hace uso de un derecho, sino que lo emplea de modo abusivo y, consiguientemente, debe reparar el daño causado, material y moral.

Nos parece pertinente abundar en la referencia, para traer a colación que ese autor entiende que el *“vocablo abuso proviene de la palabra latina abusus, que significa ab, contra, y usus, uso; o sea, uso contrario o mal uso, o, mejor aún, obrar excesivo”*.

Álvaro ORTÚZAR SANTA MARÍA⁶ se pregunta *“Y ¿qué es el abuso del derecho sino establecer la manera cómo éste puede ejercerse y los límites de ese ejercicio? Entonces, planteemos la afirmación de fondo que inspira todo este trabajo: el ordenamiento jurídico reprime o sanciona a quien de manera arbitraria, caprichosa o injusta ejercita su derecho, causando con ello amenaza, perturbación o privación en el derecho de otro”*.

Pablo RODRÍGUEZ GREZ⁷, luego de entregar un concepto de *acto abusivo*, como referencia al *abuso del derecho*, explica que *“existen dos formas genéricas distintas de abuso: la pretensión fundada al margen de los intereses jurídicos protegidos en la norma jurídica (no hay derecho subjetivo), y la pretensión de extender el interés más allá de sus límites, prevaleciéndose de las transformaciones experimentadas en el escenario fáctico en que se gestó la relación jurídica intersubjetiva. Aludimos, entonces, al ‘abuso del derecho’ y, paralelamente, al ‘abuso circunstancial’. Como se señalará más adelante, el ‘abuso del derecho’ (probablemente mal llamado de esta manera) y el ‘abuso de hecho’ conforman las dos manifestaciones más claras y elocuentes de este*

⁵ Esa afirmación no constituye una verdad en sí misma, dando paso a una petición de principios. Obviamente el análisis meramente jurídico no abarca la trascendencia, de manera que al concebir el derecho de dominio no vemos que éste pueda ser un medio para alcanzar otro propósito que no se agote en su ejercicio expresado a través de sus atributos. Con todo, reconocemos que esta materia es opinable, dando origen a un interesante debate al cual no podemos destinar el tiempo que deseáramos ni tampoco esta es la ocasión para aceptar el reto.

⁶ ORTÚZAR (2003) p. 25.

⁷ RODRÍGUEZ (1997) p. 78.

comportamiento desviado que se consuman en fases diversas: una al invocarse la 'pretensión' fundada en un derecho subjetivo que se afirma corresponde al pretensor; otra al configurarse la 'prestación' y concretarse el provecho que corresponde al titular del derecho para satisfacer los intereses jurídicamente reconocidos por el ordenamiento positivo".

Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ⁸ enuncia el problema explicando que *"la responsabilidad delictual y cuasi delictual civil no sólo proviene de hechos u omisiones materiales que, cometidos con dolo o culpa, dañen a otro. También puede derivar del ejercicio de un derecho. Así ocurre cuando este ejercicio es abusivo y causa daño. El abuso de un derecho, que perjudica a otro, es, pues, fuente de responsabilidad delictual y cuasi delictual"*.

Habiendo realizado estas precisiones, conviene acudir a las fuentes, como es el caso de Marcel PLANIOL⁹ que enseñaba: *"Usage abusif des droits.- Les jurisconsultes et les législateurs modernes ont au contraire une tendance à considérer l'usage d'un droit comme pouvant devenir un abus, et par suite constituer une faute. On parle volontiers de l'usage abusif d'un droit, comme, si ces deux mots avant un sens clair et certain. Mais il ne faut pas en être dupe: le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir "usage abusif" d'un droit quelconque, parce qu'un même acte ne peut pas être tout a la fois conforme et contraire au droit"*.

El Dr. Raymundo M. SALVAT¹⁰, haciendo un recuento histórico encuentra el origen de la máxima de Marcel PLANIOL en el derecho romano *nullus videtur dolo facere qui suo jure utilitur*.¹¹

Agrega más adelante que las leyes de Partida contemplan el mismo principio, al decir: *non faze tuerto a otro, quien usa de su derecho* (Part. 7^a, tít. 34, ley 14).

Eso derivó en el *Código de Prusia* que disponía en su art. 94 de la introducción como *"el que ejerce un derecho conforme a las leyes no responde del perjuicio que resulta de este ejercicio"*.

⁸ ALESSANDRI (1943) p. 251.

⁹ PLANIOL (1902) p. 265.

¹⁰ SALVAT (1958) pp. 90 y ss.

¹¹ No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho. *Digesto*, libro 50, título 17, ley 55, texto de GAIUS.

Por consecuencia, nos encontramos con dos verdaderos maestros del derecho, como Pablo RODRÍGUEZ GREZ y Marcel PLANIOL, obviamente en sus respectivos escenarios, en que uno de ellos deja constancia de su reserva respecto de la denominación *abuso del derecho*, como posiblemente errónea y, el segundo, definitivamente afirma que constituye un error. En síntesis expresa que el derecho termina donde empieza el abuso pues es una contradicción de términos lógicamente inaceptable postular que un mismo acto este conforme y contrario a derecho a la vez.

Hay varios sofismas que por lo repetido y tradicionales, pasan tranquilamente a través de la audiencia de jurisconsultos sin que escuchemos reserva alguna en cuanto a las afirmaciones implícitas en las conclusiones o máximas que son repetidas con ocasión o a su respecto.

Algunas de las materias en que son vertidos esos sofismas, como expresa el Doctor MENÉNDEZ, adquieren el carácter de 'clásico', como acontece con el mentado *abuso del derecho*.

Muchas veces eso trae a la memoria largas discusiones de pasillo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica con el inolvidable y trágicamente fallecido Jaime GUZMÁN ERRÁZURIZ, que aclaraba posiciones trayendo a canto cuestiones obvias pero que por ser tales no se mencionaban, como él hacía presente y, al no quedar expresadas, luego eran olvidadas, enturbiando argumentos o dando por ciertas algunas conclusiones sin parar en la legitimidad del raciocinio.

Ahora acontece algo semejante, para lo cual iniciaremos el camino de la confusión, previo a la creación intelectual, con la inexistencia.

La discusión en torno a si el sistema jurídico contemplaba o podía contemplar la inexistencia de determinados actos jurídicos era prontamente zanjada alegando que el legislador no puede regular lo inexistente. Obvio. Tema descartado.¹²

Un mejor análisis de postulado, ciertamente, conduce a concluir que estamos ante un peligroso sofisma, en la medida que el legislador es llamado a regular toda situación que altere la normalidad jurídica.

¹² No someteremos a nuestros lectores a la 'tortura' de las citas, como lo hicimos con el mal denominado *abuso del derecho*, justificado en que éste conforma un tema directo de nuestro trabajo.

Por cierto que un contrato calificable de inexistente por ausencia de voluntad puede alterar esa normalidad.

Basta un ejemplo: En un contrato de compraventa de un inmueble se hace comparecer al dueño como vendedor, en circunstancias que nunca concurrió al otorgamiento de esa escritura pública y, por circunstancias insospechadas, esa compraventa es inscrita, por lo cual, formalmente, ocurre el cambio del dominio del inmueble.

El dueño, por ende, afectado por la transferencia formal del dominio no puede sentarse a esperar que el tema se solucione por sí mismo, afirmado que el contrato no existe y, por ende, tampoco pudo haber tradición.

El hecho es que la propiedad pasó a nombre de otro y él se encuentra en una situación de perder el inmueble de su dominio si no cambia su pasividad por la acción.

Manteniendo la fidelidad con los postulados que la inexistencia no debe ser regulada por el legislador, precisamente porque no existe, en el caso en comento en que enfrentamos un contrato de compraventa inexistente por falta de voluntad, tenemos una alteración de la normalidad jurídica y si eso no fuera regulado para restablecer el orden social, legitimaríamos un acto injusto en cuanto ilícito, por omisión.

No olvidemos que tras la inexistencia sólo encontramos una situación de hecho, que ha de ser constatada y declarada por un tribunal, pues tiene o puede tener consecuencias jurídicas.

La línea de argumentación criticada es propia de los teóricos del derecho que restringen su actividad jurídica a leer textos para luego escribir, desatendiendo la esencia de la disciplina jurídica, servir a la sociedad, lo que exige tener acceso a sus necesidades y requerimientos diarios. El derecho como oficio es un trabajo de todos los días indisolublemente unido a la realidad social en que es ejercido, por lo cual, las vías de hacerlo aflorar, en esencia, son todos empíricos.

Eso era apreciado por Álvaro ORTÚZAR SANTA MARÍA¹³ bajo una perspectiva de regreso al expresar: *"Quiero decirles que el resultado de este trabajo no es más que la fusión de una cuestión muy simple y muy compleja a la vez. Veintitantos años de profesor de Derecho Civil en la Universidad Católica y*

¹³ ORTÚZAR (2003) p. 24.

unos 15 años en la Universidad de Chile, combinados con los mismos años de ejercicio profesional, me han convencido de que el derecho llevado a la práctica es mucho más rico que la comprensión de conceptos jurídicos abstractos”.

Con el mal denominado *abuso del derecho* ocurre algo semejante que con la citada *inexistencia*.

En este ámbito se ha esgrimido como un argumento tan fuerte como el que acabamos de ver respecto a la referida *inexistencia*, esta vez en la voz de un eximio y, por consiguiente, aterrador maestro, como Marcel PLANIOL, en cuanto enseñaba, como lo apreciamos en la cita con origen romano, que los derechos no pueden ser abusados, dado que donde es iniciado el abuso termina el derecho.

El Dr. RAYMUNDO M. SALVAT¹⁴ trae a colación que muchas legislaciones acogen positivamente el denominado abuso del derecho, en sus códigos civiles, como acontece con el antiguo alemán (art. 226: “No es permitido ejercer un derecho cuando este ejercicio no puede tener otro fin que causar un perjuicio”); el suizo (art. 2º: “Cada uno está obligado a ejercer sus derechos y ejecutar sus obligaciones, según las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto de un derecho no es protegido por la ley”), también cita como ejemplos el brasileño (art. 160), el austríaco reformado (art. 1295), el soviético (art. 1º), el mexicano (art. 1912) y el chino (art. 148).

Pese a ese tremendo apoyo y con el debido e indudable respeto que a no dudarlo amerita tan insignes maestros, consideramos que esa estructuración lógica exhibe una desviación sofista.

La falsedad de la propuesta que conduce al sofisma denunciado queda inocentemente encubierta bajo la capa de un error conceptual que, por cierto, no resulta para nada obvio, pero que denota y deriva de la falta de prolijidad en el análisis, dando paso a una suerte de logomaquia.

Estimamos esencial a todo análisis jurídico de un problema, proceder como una cuestión previa a la desagregación de los elementos que confluyen en él, sistema que vamos a utilizar en este caso.

Si logramos alcanzar el éxito en tal empeño, por cierto que la mitad del asunto motivo de nuestra ocupación pasa a estar resuelto, en la medida que

¹⁴ SALVAT (1958) p. 91.

también tengamos fe en las categorías jurídicas que hemos internalizado a través de nuestra educación en esta ciencia.

El derecho es una expresión de contenido analógico, por lo cual, para un debido examen del punto, conviene llevar a cabo una reducción en sus términos y la efectuaremos a grado extremo, de tal manera que saltándonos la rigurosidad de un análisis matemático que nos prohíbe la utilización de la casuística para pretender de allí derivar una regla, obedeceremos a las ciencias jurídicas en que esas libertades son permitidas.

Hablemos en concreto del derecho de dominio como vía par demostrar nuestra propuesta, en la medida que es el más utilizado para revisar el tema del denominado *abuso del derecho* entre los autores.

Un tema es el derecho de dominio en sí, como concepto abstracto que determina la titularidad de una persona sobre una cosa corporal y, salvando las reservas de Andrés BELLO (art. 583 del Código Civil) también incorporal y, otra diferente, son las consecuencias que derivan de ese derecho de dominio, junto a los atributos que lo caracterizan.

La dificultad surge a partir de las mismas expresiones utilizadas en el art. 582 del Código Civil chileno, "*el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*".

No encontramos que esa disposición establezca que el derecho de dominio sea un sinónimo de sus atributos de goce y disposición.

El dominio es un derecho real sobre una cosa. Ni siquiera se ejerce sobre una cosa sino que está en ella en la medida que el derecho exista.

El dominio en nuestra sociedad se hace presente básicamente como una carga para el resto de sus integrantes que, en tanto lo encontramos radicado en una cosa, son autoexcluidos de sus consecuencias, su uso, goce y disposición.

Acojamos, aun cuando sea para el sólo éxito del análisis, el postulado de Jean Jacques ROUSSEAU contenido en su obra el contrato social, en el sentido que el hombre está en sociedad gracias a la renuncia de parte de sus libertades, lo que forma el referido contrato social. Antes de la sociedad, todos teníamos la libertad de acceder a las cosas sin restricción alguna.

La autoexclusión social que conlleva el dominio es su situación estática, además de abstracta.

Tenemos una posición, por así decirlo, en que una persona, el propietario, se encuentra en medio del terreno en el cual recae su derecho y, el resto de la sociedad lo mira.

Estimamos posible, legítimamente, sostener que esa persona está ejerciendo su derecho, de alguna manera usa la cosa sobre la cual recae (está parado en ella), pero bien podría ser que ese propietario no esté en el terreno, vale decir, no ejerza ninguno de los atributos que confiere el dominio (usar, gozar y disponer) e, igualmente, el resto de la sociedad mira el terreno, no pudiendo usar, gozar ni disponer de él, pues tales atributos son una consecuencia de un dominio a cuyo respecto se han autoexcluido para hacer posible la vida en sociedad.

En esta segunda situación ¿será legítimo sostener que ha desaparecido la propiedad? Naturalmente que la respuesta es negativa.

Por consecuencia, podemos derivar con fundamento que el derecho de dominio existe aun cuando su titular no ejerza ninguno de sus atributos, porque lo propio de ese derecho es la auto exclusión del resto de la sociedad en relación con el bien sobre el cual recae.

Nos podrán decir que en el ejemplo propuesto el propietario conserva, al menos, el atributo de la disposición, aun cuando sea en forma inmanente o, si se quiere, en estado potencial. Eso es cierto.

Por consiguiente y, para refrendar lo expuesto y separar el dominio de sus atributos, continuaremos el análisis destacando que nuestro sistema jurídico contempla la posibilidad que un propietario quede reducido a tal extremo en su derecho que pase a ser nudo propietario, o sea, carente de los atributos uso y goce de la cosa. Sólo queda radicado en él la disposición que importa un concepto de connotación jurídica abstracta, en tanto remite a la posibilidad de enajenación (utilizando el término en su sentido amplio).

Aún más, incluso podemos quitarle el atributo de la libre disposición del bien de su propiedad, para sortear la crítica formulada, situación que encontramos toda vez que se produzca la apertura de concurso de ese propietario, declarando su quiebra, pues bajo esas circunstancias opera el desasimiento (efecto inmediato de la declaración de quiebra, que priva al fallido del derecho a disponer y administrar los bienes afectos al concurso) sin que por ello

podamos sostener que ese deudor en falencia ha dejado de ser dueño de las cosas que han caído bajo los efectos del desasimiento.

Esta progresión del análisis nos obliga a retornar sobre nuestro primer postulado en el sentido que el dominio, esencialmente, existe en la medida que haya una autoexclusión del resto de los miembros de la sociedad respecto a una cosa determinada, pero no es de la esencia del mismo que el titular detente todos sus atributos: uso, goce y disposición.

Podemos seguir avanzando en el análisis, para superar varios cabos sueltos que van quedando en su desarrollo pero eso ya no resultaría útil para avanzar en el tema que nos ocupa y regresemos al manido *abuso del derecho*.

¿Puede un propietario abusar de su derecho de dominio?

No vemos la forma en que una autoexclusión social respecto de un bien determinado, que finalmente resultó ser la esencia del dominio, pueda ser abusada por su titular, beneficiario de dicha autoexclusión.

¿Si un propietario de un vehículo, en vez de conducirlo por la calzada lo hace pasando a llevar todos los antejardines de una cuadra completa, destruyendo las plantas y cierros respectivos se postulará que usó abusivamente de su derecho de propiedad sobre el vehículo, haciendo abstracción de la normativa circunstancial al hecho?

Surgen entonces quienes postulan que el abuso del derecho radicaría en la disfuncionalidad del uso del mismo, pero sujeto a los alcances conceptuales efectuados, el dominio 'no se usa'.

Si concebimos al dominio en esencia como la autoexclusión social, la propiedad no resulta posible que sea usada. Lo que entra en juego son los atributos, consecuencias o efectos del dominio.

En el ejemplo propuesto, el vehículo está concebido para ser 'usado' por su propietario en la calzada, no en los antejardines de las casas.

Bajo esos conceptos, entonces, tenemos que es el uso y goce de las cosas en que radica el dominio, el efectuado en forma indebida, en otras palabras, de manera disfuncional, no el derecho en su esencia.

Con esa desagregación analítica, podemos concluir que los daños ocasionados no son una derivación de la existencia del derecho de dominio que, como vimos, en esencia sólo radica en la autoexclusión social de la cual

fluyen consecuencias, sino en el ejercicio de los atributos del dominio, en otras palabras y, acá en forma prácticamente literal, el 'uso' de la cosa efectuado de manera que trasgrede la limitación impuesta por la ley, el mismo art. 582 del *Código Civil*, que consagra el *altere non laedere*.

Para no extender en demasía este capítulo que es incluido a modo de prevención, podemos colegir, finalmente, que los derechos no son susceptibles de ser abusados, pero sí lo son aquellas herramientas o atributos que la sociedad concede a sus titulares, como el uso, goce e incluso, su disposición, que resultan ser efectos o derivaciones del dominio.

De ese modo, no hay una disfuncionalidad del derecho sino que un uso abusivo de sus atributos no siendo sinónimos derecho y atributos, porque eso importa un error lógico de proporciones al confundir la parte con el todo.

Un buen ejemplo de abuso instrumental lo encontramos en el art. 211 del *Código Penal*, en cuanto establece que la acusación o denuncia que hubiese sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, amerita el castigo que indica. También lo es el artículo 426 del mismo *Código* (calumnia inferida en juicio) o, finalmente, la responsabilidad de calumnia del querellante. En todos esos casos nos encontramos con el uso indebido o disfuncional, si se quiere, de instrumentos que otorga el legislador para alcanzar propósitos diferentes de aquellos perseguidos por quien empleó esos instrumentos.

En suma, podemos constatar que el legislador es proclive a sancionar el uso indebido o disfuncional de instrumentos pero no de derechos en abstracto como el dominio en sí, por ejemplo.

Las prevenciones precedentes serán útiles y reconocen sentido, no en un afán de originalidad del autor, sino como un medio necesario y, más que ello, imprescindible para entender las conclusiones en torno al alcance del inciso tercero del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*.

III. LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LA ACCIÓN RESARCITORIA DEL DEUDOR

Conviene a un adecuado análisis jurídico, servir la obligación de detenernos en la legislación comparada respecto a la materia de nuestro estudio.

Regresemos al trabajo del Dr. Augusto Juan MENÉNDEZ¹⁵ que bastante nos alivia la carga, al hacer un recorrido por la legislación comparada, aun cuando en algunos casos evidencia cierta desactualización que, para los efectos de nuestra investigación no resulta particularmente relevante.

Así expresa que en España el art. 885 del *Código de Comercio*, con iguales términos que el art. 1034 del código derogado, establece: "*El comerciante que obtuviere la revocación de la declaración de quiebra por sus acreedores, podrá ejercitar contra éstos la acción de daños y perjuicios, si hubieren procedido con malicia, falsedad o injusticia manifiesta*". Concordantemente, el art. 1332 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil español* prescribe: "*La acción de daños y perjuicios que, según el art. 1034 del Código, compete al quebrado repuesto contra el acreedor que hubiere instado o sostenido la declaración de quiebra con dolo, falsedad o injusticia manifiesta, se ejercerá en el mismo expediente de reposición, sustanciándose por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía*".

De este modo enfrentamos una legislación que hace surgir la posibilidad de ejercer la acción resarcitoria al deudor que ha sido declarado en quiebra, cuando ésta ha sido revocada, pero implícitamente es negada a ese deudor tal acción si la iniciativa del acreedor destinada a provocar la apertura de su concurso resulta desestimada en definitiva, como acontece en el precepto en estudio del *Código de Comercio* chileno.

En México, el art. 25 de la Ley del 31 de diciembre de 1942 dispone que si es obtenida la revocación del auto de quiebra, se podrá accionar contra los solicitantes de ésta o contra el juez que la declaró de oficio, por el resarcimiento de los perjuicios ocasionados "*si hubieren procedido con malicia, injusticia notoria o negligencia grave*".

Una formulación semejante adoptaría el art. 1330 del *Código de Comercio* de Honduras y el artículo 73 de la Ley paraguaya de quiebras vigente en la primera mitad del siglo pasado.

Por cierto que la legislación chilena tampoco contempló la acción contra el juez en caso que la quiebra fuera declarada *ex officio*, bajo ninguna circunstancia.

El *Código de Comercio de la República de El Salvador* no contiene norma alguna al efecto, a diferencia de la *legislación peruana*, que regula los

¹⁵ MENÉNDEZ (1988) pp. 1 y ss.

concursos en la *Ley n° 7.566* de 1932, cuyo artículo 15 inciso 2° dispone: “Desechada en definitiva la solicitud del acreedor, el deudor tendrá derecho a reclamar indemnización por daños y perjuicios, si hubo dolo o malicia de parte de quien pidió la quiebra”, lo que podemos establecer como una lectura muy semejante a la legislación chilena.

El artículo 20 del *Decreto Ley 7661/45 de la República Federal de Brasil* determina que siendo solicitada dolosamente la quiebra de una persona, en la resolución que la denegare, ya sea en primera o segunda instancia, el peticionario será condenado a indemnizar al deudor los daños que le hubiere ocasionado, realizándose la liquidación en la ejecución de la sentencia, estableciendo la responsabilidad solidaria para el evento de existir múltiples solicitantes.

En Italia, el art. 21 del *Decreto Ley 267/42* regula los efectos de la revocación sobre los gastos de la falencia y los honorarios del curador. Ambos son liquidados por el tribunal, por decreto no sujeto a recurso.

Si el peticionario fuere condenado al pago de los perjuicios por haber obrado sin la prudencia normal, léase ordinaria, al tenor del art. 196 del *Código de Procedimiento Civil* italiano, aquéllos también serán incluidos de oficio en la sentencia que resolviere sobre la oposición. El art. 21 de la *Legge Fallimentare* se refiere al “acreedor que haya pedido con culpa la declaración de quiebra”.

Según el autor en referencia, la legislación inglesa exigiría una caución cuyo monto dependerá de la cantidad de solicitantes y contra la cual se cargarían los perjuicios causados al autor.

Habiendo revisado someramente la *Insolvency Act 2000*, no fue posible encontrar semejante exigencia, pudiendo aparecer en otras disposiciones legales que no hemos tenido a la vista.

El artículo 103, de la *Ley n° 19.551 de la República Federal Argentina* establece: “Revocada la sentencia de quiebra, quien la peticionó con dolo o culpa grave es responsable por los daños y perjuicios causados al recurrente, en la extensión del artículo 1078 del *Código Civil*”.

El artículo 1078 del *Código Civil argentino* prevé que: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima”.

Adquiere particular relevancia en este acápite lo dispuesto por el art. 1071 de ese *Código Civil*: *"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

Ese precepto, entonces, conforma la institucionalización legal del mal denominado *abuso del derecho*, en la República Federal Argentina.

Habremos de aclarar que el sistema instaurado por la legislación argentina para la procedencia de la acción resarcitoria no es semejante al chileno, dado que exige que la quiebra haya sido declarada, en circunstancias que bajo la legislación chilena, como veremos, no es necesario que sea abierto el concurso para dar lugar a esa acción, bastando que la solicitud haya sido desestimada en definitiva lo que hemos convenido en leer, por sentencia ejecutoriada.

El art. 1550 del *Código de Comercio de Panamá* dispone: *"El auto que declare fundada la oposición e improcedente la declaración de quiebra, condenará al pago de los daños y perjuicios al acreedor o acreedores que la hubiesen solicitado dolosa o falsamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad a que hubiere lugar".*

Esta es una disposición parecida a la existente en el sistema legal chileno, en tanto la acción resarcitoria procede por haber desestimado la solicitud de abrir concurso respecto a un deudor determinado y no por la revocación de la sentencia que declara la quiebra.

El artículo 1951 del *Código de Comercio de Colombia*, en su artículo 1951, prescribe: *"La revocatoria del auto que declaró la quiebra y el decreto de restitución del quebrado por no ser comerciante o haber estado al corriente en sus obligaciones para cuando se declaró la quiebra, dan lugar a condena al pago de las costas y de los perjuicios causados, a cargo de quien promovió el proceso, que se decretará en la misma providencia y cuya liquidación se hará por los trámites previstos para la liquidación de la condena en abstracto en el Código de Procedimiento Civil".*

En este caso no encontramos la exigencia de legitimación para interponer la acción resarcitoria, que el solicitante haya obrado con culpa, dolo, malicia, manifiesta injusticia o falsedad de los títulos como hemos apreciado en las disposiciones precedentemente citadas, lo que conforma una situación

única de responsabilidad objetiva para justificar el surgimiento de una obligación reparatoria o resarcitoria.

De este modo, a partir de la legislación comparada que, en gran parte hemos recabado de las citas al texto del Dr. Augusto Juan MENÉNDEZ, es dable colegir que los principales sistemas se agrupan de la siguiente forma:

- a) Los que para interponer la acción resarcitoria exigen la existencia de culpa o dolo al deducir la solicitud de apertura del concurso que en definitiva es desestimada y un daño.
- b) Los que para interponer la acción resarcitoria, además de lo indicado en el punto anterior, precisan que la quiebra haya sido declarada.
- c) Aquellos en que el deudor no precisa interponer la acción resarcitoria, dado que la reparación es ordenada de oficio por el tribunal.

IV. SITUACIÓN IMPERANTE EN CHILE

El inciso final del art. 1351 del *Código de Comercio* de 1866 disponía lo siguiente: *“Desechada la solicitud, el deudor podrá demandar indemnizaciones de daños i perjuicios al acreedor que hubiere provocado la declaración de quiebra, probando que éste ha procedido culpable o dolosamente”*.

Por cierto que de la simple lectura de esa norma surgen algunas interrogantes: *Desechada la solicitud ¿Aun cuando no sea por sentencia ejecutoriada?*

La lógica lleva a contestar que es preciso que el rechazo sea por sentencia ejecutoriada, en tanto la acción resarcitoria precisa de una situación jurídica consolidada, inamovible, pero no resulta claro en el texto.

Esa norma fue derogada por la *Ley n° 4.558* de 1929, cuyo texto refundido fue fijado por el *Decreto n° 1.297* de 1931, que incorporó el siguiente art. 39: *“El Juzgado se pronunciará sobre la solicitud de quiebra a la brevedad posible, con audiencia del deudor, si lo estima necesario, y deberá cerciorarse, por todos los medios a su alcance, de la efectividad de las causales invocadas.*

Si la solicitud es desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente”.

Hay dos sutilezas que marcan la diferencia entre el artículo nuevo y el del *Código de Comercio* de 1866:

1. Aclara el alcance de la expresión "*desechada la solicitud*" por "*la solicitud es desechada en definitiva*", que conformaba la debilidad del primer precepto y que, de esta forma fue interpretado, en el sentido que para interponer la acción resarcitoria, resulta necesaria una situación jurídica consolidada respecto al rechazo de la solicitud.
2. El artículo original permitía que el interesado ofreciera probar la culpa o dolo del acreedor solicitante, al utilizar la expresión "*probando*" que importa algo que está en movimiento pero no consolidado. El artículo 39 de la ley 4558 somete la legitimación en causa activa para deducir la acción resarcitoria a que previamente haya sido probada la culpa o el dolo, lo que genera un escenario de difícil comprensión, al utilizar la expresión "*si probare que...*" En otras palabras, primero ha de probar la conducta imputable del acreedor peticionario para luego quedar legitimado en el ejercicio de la acción resarcitoria.

El texto actualmente vigente, en su parte pertinente, que es el inciso 3º del art. 45 del libro IV del *Código de Comercio*, prácticamente reproduce el art. 39 de la Ley n° 4.558, al disponer: "*Si la solicitud fuere desechada en definitiva, el deudor podrá demandar indemnización de perjuicios al acreedor, si probare que éste ha procedido culpable o dolosamente*".

Conviene aclarar que la solicitud enderezada a un tribunal, cualquiera sea la forma que adopte, no constituye un derecho, sino la utilización de un instrumento para hacer efectivo un derecho garantizado por la Constitución Política de la República, en el número 14 de su art. 19: "*El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes*".

Dependiendo de la autoridad a que vaya dirigida esa petición serán las formalidades que habrán de cumplir.

Así las cosas, al enderezar una petición que envuelve un comportamiento culpable o doloso, no existe un *abuso del derecho*, sino un uso culpable o doloso de un instrumento, la solicitud en cuestión, que otorga el derecho.

Sin ahondar mayormente en el tema, pues nos desviaríamos hacia un escenario que, desde un inicio planteamos que no era el concerniente a los procedimientos concursales, como son los juicios, entendidos como controversia entre partes, dejemos constancia que los tribunales chilenos, sistemáticamente han entendido que en la interposición de una demanda infundada e, incluso dolosa, sólo es sancionada con la condena en costas. No ven en ello

un uso abusivo de una herramienta concebida como mecanismo de composición social, en otras palabras, con un evidente desviación de uso o, como lo expresan otros autores, una manifiesta disfuncionalidad.

Todavía resulta más grave aún la situación expuesta a la vista de la inexcusabilidad que impregna la actividad de los tribunales como obligación legal. De este modo, aún cuando el juez asuma la convicción interna de la carencia de fundamento o malicia de la presentación, queda obligado a acogerla a tramitación y, finalmente fallarla.

No obstante, siendo lo expuesto nuestra experiencia personal en estrados, hemos podido encontrar cierta jurisprudencia que denota un cambio en la actitud, reconociendo que la responsabilidad del demandante temerario no es agotada en la condena en costas que cubre parte de los gastos personales y procesales derivados del juicio, sino también alcanza a la indemnización por otros conceptos que, por el momento, no pueden ser el daño moral.¹⁶

¹⁶ SCHOPF y GARCÍA (2009) pp. 3 y ss, en ficha nº 1, comentan sentencia de la Corte Suprema que rechaza recurso de casación en el fondo de sentencia proveniente de la Corte de Apelaciones de Coyhaique, de fecha 28 mayo de 1998 (RDJ, T. XCV, sec. 1ª, pp. 57 y ss): *“La responsabilidad cuasidelictual civil puede originarse del ejercicio de un derecho cuando éste se realiza en forma abusiva y causa daño a un tercero. Lo anterior, por cuanto los derechos subjetivos tienen una finalidad y han de ejercerse de acuerdo a esos fines. Quien apartándose de los fines ejerce un derecho negligentemente y causa daños a terceros debe indemnizarlos. Este es el caso de quien ejerce una acción o recurso legal sin la debida diligencia y causa daño. En la especie, es concurrente la negligencia y descuido de Almacenes Brautingam SA, en el ejercicio de un derecho, abusando de él al ejecutar a la demandante, pues resulta evidente que DORALIZA ÁGUILA no formaba parte de la sociedad cuya representación se le atribuía y nunca fue socia de ella. Para acreditarlo, bastaba revisar los registros correspondientes, cuestión que de haber actuado diligentemente debió haber hecho la demandada, sobre todo si se considera que la demandante no reconoció o confesó adeudar suma alguna a la ejecutante. No obstante, se optó por seguir adelante la ejecución, lo que delata descuido y falta de prudencia y no se puede excusar en el error cometido por el Tribunal. La conducta causó un daño emergente a la demandante consistente en los gastos en que ésta debió incurrir para contratar a un abogado. Además, causó un daño moral consistente en el sufrimiento y la incertidumbre de que su vivienda iba a ser rematada. La publicidad de estos hechos puso en duda su seriedad, reputación y honorabilidad, afectándose sus sentimientos y afectos, todo lo cual es constitutivo de un daño moral estimado prudencialmente por los sentenciadores en dos millones de pesos”.*

La diferencia que tenemos con la solicitud destinada a provocar la apertura de un concurso es que tiene por objeto obtener el pronunciamiento del Estado en orden a cautelar bienes de interés superior, como es la estabilidad económica amenazada por la eventual o real insolvencia de un deudor.

El sólo inicio de una petición de apertura de un concurso ya es lesiva para un comerciante. Si ella, además, responde a una conducta culpable o dolosa, enfrentamos una figura conocida: un delito o cuasidelito civil.

Los preceptos que hemos traído a colación, por lo demás, quedan estructurados de esa forma, en la medida que, para el caso de la culpa no habla de una graduación de la misma dado que la culpa aquilina no está afectada a ese desarrollo.

Si los postulados precedentes fueran ciertos, podríamos concluir, como lo anticipábamos en un inicio, que la norma contemplada en el inciso tercero del artículo 45 del Libro IV del Código de Comercio no sería necesaria para que el afectado por un hecho ilícito como el descrito que, como expusimos no importa un abuso del derecho sino una disfunción de un instrumento de composición social, pudiera accionar contra el responsable de ese hecho ilícito en los términos concebidos por los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.

El tema que nos debe provocar inquietud en nuestro planteamiento es que parece que tal predicado no es del todo claro porque si lo fuera, ¿cuál es la razón que lleva a la mayoría de las legislaciones concursales a contemplar, con uno u otro matiz, la existencia y requisitos para ejercer la acción resarcitoria?

Consideramos que la respuesta a esa interrogante la debemos encontrar en el comportamiento mayoritario de los tribunales, en cuanto reticentes a considerar que la interposición de una demanda, aún cuando sea absolutamente desprovista de fundamento y, por ende, indudablemente culpable la conducta que lleva a incoarla tenga una sanción diferente a la condena en costas.

La aplicación práctica de los tribunales entonces pasa por considerar que esa actuación importaría, en el peor de los casos, un hecho ilícito que tiene una sanción específica, la referida condena en costas.

El precepto en análisis, entonces, satisface la necesidad de aclarar que la acción resarcitoria no es la de cobrar las costas, sino perjuicios adicionales.

También la práctica nos enseña que la forma de estructurar esa acción ha sido tan deficiente que, existiendo múltiples solicitudes de quiebra desestimadas en definitiva, ningún deudor la ha interpuesto, con éxito, hasta donde hemos podido indagar.

CONCLUSIONES

- 1°. El inciso 3° del artículo 45 del Libro IV del *Código de Comercio*, legitima en causa activa al deudor para reclamar indemnización de perjuicios al acreedor que levantó una solicitud para abrir concurso a su respecto, siendo desestimada en definitiva.
- 2°. Estimamos que la acción resarcitoria también corresponde a los deudores que son o pudieron ser objeto de una quiebra refleja, de haber prosperado la solicitud.
- 3°. En la situación en estudio no existe un *abuso del derecho*, sino una disfunción en la utilización de mecanismos de composición social, como la presentación de solicitudes al tribunal o autoridad, lo que es reconocido y amparado por la *Constitución Política de la República de Chile*, en el número 14 del artículo 19.
- 4°. Si bien es cierto que esta situación podría haber sido resuelta a través de la normativa aplicable a los delitos y cuasidelitos, estimamos acertada la opción legislativa en orden a generar regulaciones específicas, como lo hizo con las disposiciones penales traídas a colación, por la dificultad práctica encontrada en los tribunales, al entender que el solicitante o litigante doloso o culpable sólo es posible castigarlo con la condena en costas.
- 5°. Las deficiencias del sistema instaurado son tan severas que no nos ha sido posible interiorizarnos de ningún caso en Chile que haya derivado en la interposición de una acción resarcitoria aun cuando existen múltiples solicitudes de apertura de concurso que han sido rechazada por sentencia ejecutoriada, por lo cual es imprescindible revisar los supuestos legales para ejercer el reclamo, observando la experiencia extranjera sobre la materia.

Bajo esa realidad, como mínimo habremos de considerar que eso da claras luces que el sistema no es idóneo para servir al propósito de su instauración.

De hecho, en nuestra práctica profesional hemos conocido un caso en que fue obtenida la declaración de quiebra con pagarés falsos. Habiendo sido acreditada la falsedad de los documentos y para que la quiebra fuera levantada transcurrieron cuatro meses.

La empresa fue declarada en quiebra nuevamente pues no pudo recuperar la pérdida que la petición de quiebra anterior ya le había ocasionado.

No podemos entregar información específica en este caso por estar amparado por el secreto profesional.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (1943): *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno* (Imprenta Universitaria) 716 p.

BAEZA OVALLE, Gonzalo (2011): *Derecho Concursal. Procedimiento de Liquidación de Bienes. La Quiebra* (Santiago, Thomson Reuters Puntolex) 1069 p.

BARROS BOURIE, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 1230 p.

MENÉNDEZ, Juan Augusto (1988): *Responsabilidad del Peticionario de la Quiebra* (Buenos Aires, Ediciones Depalma) 106 p.

ORTÚZAR SANTA MARÍA, Álvaro (2003): *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Tercera parte. El abuso del derecho ante la Constitución* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 358 p.

PLANIOL, Marcel (1902): *Traité Élémentaire de Droit Civil* (F. Pichon, Successeur, Éditeur) 1078 p.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1997): *El abuso del Derecho y el abuso circunstancial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 408 p.

SALVAT, Raymundo M. (1958): *Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuente de las Obligaciones* (Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina) Tomo IV.

SCHOPF OLEA, Adrián y GARCÍA MACHMAR, William (2009): *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia* (Santiago, Legal Publishing Chile) 661 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código Civil argentino de 1871, actualizado. Disponible en <<http://www.codigocivilonline.com.ar/>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código Civil chileno de 1857. Decreto con Fuerza de ley n° 1 del Ministerio de Justicia, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley n° 4.808, sobre registro civil; de la Ley n° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley n° 16.618, de menores; de la Ley n° 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; y de la Ley n° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario oficial*, 20 mayo 2000. Última modificación Ley n° 20.383, *Diario Oficial*, 24 septiembre 2009. Disponible en el sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de Chile de 1865, actualizado. Última modificación Ley n° 20.382, *Diario Oficial*, 23 noviembre 2009. Disponible en sitio web de la *Biblioteca del Congreso Nacional*, <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de Colombia. Decreto n° 410. *Diario Oficial* n° 33.339, 16 junio 1971. Disponible en el sitio web de la *Secretaría del Senado*, <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de España de 1885. Real Decreto, *Boletín Oficial del Estado* n° 289, 16 octubre 1885, Referencia: BOE-A-1885-6627. Texto consolidado con inclusión de modificación de 11 de octubre de 2011. Disponible en el sitio web del *Boletín Oficial del Estado*, <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1885-6627>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de Honduras. Norma n° 73 – 50. *Diario Oficial* 31 diciembre 1899. Disponible en <www.hondurasLegal.comwww.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htmSimilares>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de la República de El Salvador. Decreto Legislativo n° 671 de 1970. *Diario Oficial*, 31 julio 1970. Última modificación Decreto Legislativo n° 381 de 2010, *Diario Oficial*, 25 junio 2010. Disponible en el sitio web de la *Corte Suprema de Justicia de El Salvador*, <<http://www.csj.gob.sv/leyes.nsf/ed400a03431a688906256a84005aec75/ff12a>>

77cd3a8ce6206256d02005a3df1?OpenDocument>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Código de Comercio de Panamá. Ley N° 2 de 1916. *Gaceta Oficial* n° 2.418, 4 septiembre 1916. de 2009. Decreto Ley n° 5 de 1997, modifica y adiciona algunos artículos del código de comercio con el objeto de modernizar algunas de sus instituciones, se modifica la Ley 1 de 1984 sobre fideicomisos, y se dictan otras disposiciones. Disponible en <http://www.asamblea.gob.pa/APPS/LEGISPAN/PDF_GACETAS/1990/1998/23533_1998.pdf>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Decreto Ley 7661/45 de la República Federal de Brasil, 21 junio 1945. Disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Decreto Ley 267/42 (italiano). Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa (publicado sulla Gazzetta Ufficiale n. 81, 6 aprile 1942, Supplemento Ordinario). Disponible en <http://www.regione.piemonte.it/edilizia/fallimenti/dwd/regio_decreto.pdf>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Insolvency Act 2000. Disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/39/contents>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Ley de Enjuiciamiento Civil español. Ley 1/2000. *Boletín Oficial del Estado* n° 7, 8 enero 2000, pp. 575-728. Corrección de errores *Boletín Oficial del Estado* n° 90, 14 abril 2000, p. 15278 y *Boletín Oficial del Estado* n° 180, 28 julio 2001, p. 27746. Disponible en <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Ley n° 19.551 de la República Federal Argentina. Sancionada el 4 de abril de 1972, promulgada el 4 de abril de 1972. *Boletín Oficial*, 8 mayo 1972

Ley (mexicana) de Quiebras y Suspensión de Pagos, 31 diciembre 1942. *Diario Oficial*, 20 abril 1943.

Ley (paraguaya) n° 154, de quiebras, 18 diciembre 1969. Disponible en <<http://paraguay.justia.com/nacionales/leyes/ley-154-dec-18-1969/gdoc/>>, fecha consulta: 24 noviembre 2011.

Ley (peruana) n° 7.566, sobre quiebras 2 de agosto de 1932, *Código de Comercio. Texto oficial completo actualizado y legislación complementaria* (1987, Editorial Desarrollo S.A., Serie Ediley).