

## El concurso *post mortem* de la herencia

*Guillermo Caballero Germain\**  
*Susana Espada Mallorquín\*\**

### RESUMEN

*El presente trabajo afirma la vigencia del concurso post mortem en nuestro ordenamiento, a pesar del silencio de la actual legislación concursal. Las reglas sucesorias sobre pago de las deudas hereditarias son concebidas en nuestro Código Civil sobre el supuesto implícito de la solvencia de la herencia. Por esa razón, el concurso post mortem es una pieza relevante de nuestro sistema de Derecho privado, al extender la aplicación de las reglas concursales a un supuesto de hecho distinto (la herencia insolvente) y de esa forma continuar la tutela dispensada por el derecho sucesorio a los acreedores hereditarios, ahora en un escenario de insolvencia.*

Procedimiento concursal; herencia insolvente; derechos acreedores

## *The Decedent's state bankruptcy*

### ABSTRACT

*This paper argues the validity of applying Bankruptcy rules to an insolvent decedents' estate, notwithstanding the silence of our current Bankruptcy Law. The inheritance rules about debts were designed in our Civil Code under the implicit assumption that the deceased person's estate is solvent. For this reason, post mortem bankruptcy is a key element of our Private Law system, by extending the application of Bankruptcy rules to a new factual situation (the insolvency of a deceased person's estate) and thus continues to protect inheritance creditors under the Law of Succession, now in an insolvency scenario.*

Bankruptcy procedure; insolvent decedents state; creditors' rights

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de Chile. Correo electrónico: gcaballero@derecho.uchile.cl

\*\* Licenciada y Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: susana.espada@uai.cl

Artículo recibido el 12.1.2019 y aceptado para su publicación el 20.5.2019.

## I. INTRODUCCIÓN

La discusión acerca de la posibilidad de sujetar una herencia a un procedimiento concursal es una pregunta acerca de la preeminencia entre dos sistemas de reglas con funciones distintas respecto de los acreedores, a saber, el derecho sucesorio cuya función principal, aunque no exclusiva, es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas del causante con sus acreedores y el derecho concursal cuya finalidad primordial, aunque tampoco única, es ofrecer una tutela colectiva de los intereses de los acreedores<sup>1</sup>. Precisamente por lo anterior, la decisión de política jurídica acerca de cuál sea el régimen adecuado para resolver los problemas de una herencia insolvente tiene importantes consecuencias para los acreedores del deudor fallecido.

Tras la entrada en vigencia de la Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas (LRLEP), la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de iniciar un procedimiento concursal respecto del patrimonio de un deudor fallecido (concurso *post mortem*)<sup>2</sup>. Consideramos que la decisión de política jurídica de dar preeminencia a las reglas concursales por sobre las sucesorias en caso de insolvencia del patrimonio del causante en nuestro ordenamiento, si bien ha sido oscurecida con la entrada en vigencia de la LRLEP, no ha sido modificada. Esta tesis se desarrolla a lo largo del trabajo partiendo por aclarar, en la sección II, que las reglas sucesorias respecto del pago de las deudas hereditarias se construyen sobre el presupuesto de la suficiencia de los bienes de la herencia para satisfacer a los acreedores hereditarios y, por esa razón, no es posible encontrar una solución satisfactoria en las reglas sucesorias a los problemas entre los acreedores hereditarios. La tercera parte muestra cómo el derecho concursal ofrece ventajas para solucionar los problemas entre los acreedores hereditarios derivados de una herencia insolvente. En dicha parte se demuestra que la (enraizada) vigencia del concurso *post mortem* en nuestro ordenamiento jurídico no se ha visto alterada sustancialmente por la LRLEP, aunque sí oscurecida, al punto de inclinar a nuestra doctrina (aun a regañadientes) a negar la posibilidad del concurso de la herencia tras el fallecimiento del deudor. Entendemos que esa (indeseada) conclusión puede evitarse si, en vez de fijar la atención solo en las reglas concursales, se realiza una interpretación sistemática del Código Civil y la LRLEP. Para finalizar, esbozamos los elementos básicos del régimen actual del concurso *post mortem*, según se trata de una herencia yacente o aceptada.

<sup>1</sup> SAINT-ALARY-HOUIN, 2013, p. 82; GERBAUDO, 2017, p. 49; RUZ, 2017, p. 753.

<sup>2</sup> Respecto del concurso de la herencia, doctrinalmente se distingue según si la muerte del deudor acaece antes del inicio (concurso *post mortem*) o durante la secuela (concurso *ante mortem*) del procedimiento concursal (YÁÑEZ, 2011, p. 3340; CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, p. 21). En este trabajo nos ocupamos exclusivamente del procedimiento concursal de liquidación *post mortem*.

## II. LA SOLVENCIA COMO PRESUPUESTO (IMPLÍCITO) DEL RÉGIMEN SUCESORIO

El problema que se aborda en el presente artículo presenta varias aristas debido a que los fundamentos jurídicos de las normas que le resultan aplicables son diversos y se encuentran en leyes cuyas lógicas no son necesariamente convergentes. Si comenzamos brevemente por los fundamentos de la sucesión por causa de muerte, tradicionalmente se mencionan dos. Asimismo, resolver el problema de que un patrimonio quede sin titular y, por otro, ser un mecanismo de subrogación personal para evitar que la muerte extinga relaciones jurídicas que se debieran conservar, porque la figura del difunto no es determinante ni imprescindible<sup>3</sup>. Esto deriva en la clásica discusión doctrinal acerca de si la sucesión es en la persona o en los bienes del difunto, a lo que responden dos sistemas antagónicos de sucesión: el romano y el germánico. En Chile, el sistema es de sucesión en la persona, pues Andrés Bello siguió el sistema romano. Así, los herederos –artículos 951, 954 y 1097 CC– representan a la persona del difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de los mismos. Dicho esto, desde la perspectiva del presente artículo, para los acreedores se puede decir que existe una regla en donde la persona que contrate con un sujeto también lo hace con sus herederos, ya que en caso de fallecimiento de su deudor, ellos serán quienes en su calidad de continuadores de la personalidad del causante están obligados al pago de las deudas.

### 1. *Las reglas sucesorias sobre el pago de las deudas hereditarias*

La regulación del pago de las deudas hereditarias se aborda entre los artículos 1354 y 1377 CC. Sin embargo, la regla esencial es el artículo 959 N° 2 CC relativo a las bajas generales de la herencia, ya que para poder determinar el acervo líquido o partible, previamente es necesario pagar las deudas hereditarias que el causante tenía en vida, por ello “antes es pagar que heredar”<sup>4</sup>.

No obstante, en la práctica es posible que estas deudas no se hayan pagado al momento de repartir, total o parcialmente, los bienes entre los herederos. Esto puede deberse a que no se haya tenido noticia de ellas, o porque los bienes de la herencia no hayan sido suficientes para cubrirlas o simplemente porque los herederos hayan procedido a repartirse o disponer de los bienes sin proceder al previo pago o sin asegurarlo; surgiendo en esos últimos casos su responsabilidad. De igual forma, si los herederos tras el fallecimiento del causante/deudor permanecen en indivisión, sin asumir el pago, los acreedores van a poder exigirles el pago, según se explicará seguidamente.

<sup>3</sup> ELORRIAGA, 2015, pp. 7-8.

<sup>4</sup> CARMONA, 2018, p. 696; ROCA, 2005, p. 7.

a) La división del pago de las deudas hereditarias y sus excepciones

Tras el fallecimiento, las deudas del causante se dividen de pleno derecho entre los herederos a prorrata de lo que les corresponda en la herencia (incisos 1 y 2 del artículo 1354 CC). Como resultado de esta división: a) La obligación entre los herederos pasa a ser simplemente conjunta, pues el acreedor solo podrá demandar a cada uno de los herederos por su cuota o parte dentro de la obligación (arts. 1511 y 1526 CC); b) La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros (arts. 1355 y 1287 N° 2 CC); c) Si la obligación era solidaria, esta termina con la muerte del causante (art. 1523 CC); d) Se produce la confusión parcial de las deudas y de los créditos del causante con los del heredero (art. 1357 CC); e) La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de los herederos no perjudica a los otros (art. 2519 CC); f) Por regla general, se produce la división de la pena que se hubiera estipulado (art. 1540 CC) y g) si uno de los coherederos paga la totalidad de la deuda hereditaria o una porción superior a la parte de la deuda que le corresponde, tiene derecho a dirigir una acción contra el resto de los herederos para recuperar todo lo que haya pagado en exceso<sup>5</sup>.

Por todo ello, la regla de la división de las deudas evidencia que en la ponderación de intereses entre herederos y acreedores del causante, por cuestiones de política legislativa, se ha optado por evitar los conflictos al interior de la herencia y derivar a los acreedores los costos de esta división y los riesgos del impago por insolvencia de los herederos.

b) El momento y la forma de pago de los acreedores hereditarios

Respecto del momento en que se pagan a los acreedores hereditarios no se establece ningún tipo de procedimiento en el Código Civil. Si los acreedores no adoptan alguna de las medidas precautorias previstas, nada impedirá que un heredero que acepte pura y simplemente venda todos los bienes hasta quedar en la insolvencia o incluso que los acreedores de ese heredero actúen antes que los acreedores del causante sobre los bienes heredados para el pago de sus deudas o que acreedores más “avezados” cobren sus créditos antes que otros acreedores del causante con mejor derecho.

Sobre la forma de pago, la única regla sucesoria es el artículo 1374 CC, donde los acreedores del causante se van pagando a medida que se vayan presentando a los herederos. Dicha regla solo se ve alterada en dos ocasiones. La primera es el principal objeto de estudio de este artículo, ya que se establece que en aquellos casos en los que la herencia esté en situación de insolvencia, podrá declararse el “concurso” a petición de los herederos o de cualquier acreedor y, en ese caso, los acreedores del causante se pagarán conforme con las reglas especiales previstas al respecto.

El segundo caso en el que la regla de la presentación se ve matizada, es en los casos de oposición, cuando otros acreedores aleguen mejor derecho o que el crédito no existe,

---

<sup>5</sup> El Código Civil contempla excepciones a esta regla de divisibilidad (arts. 1354; 1526; 1368 y 1372 CC) (ELORRIAGA, 2015, pp. 673-674).

o que ya está pagado. Si bien esta regla es lógica, en la práctica ante la ausencia de un procedimiento que regule efectivamente la forma de realizar dichos pagos, difícilmente los acreedores hereditarios van a tener una instancia idónea y oportuna para alegar dicha oposición.

## 2. *La tutela sucesoria del acreedor*

En el ámbito sucesorio se prevén medidas destinadas a proteger a los acreedores hereditarios de los efectos perversos que la divisibilidad del crédito puede traer consigo y a garantizar el cobro con bienes del causante, pero no se establecen medidas específicas para las situaciones de insolvencia del fallecido, más allá de la remisión del artículo 1374 CC a las reglas concursales. Respecto de las primeras medidas citadas, las que más interesan a este estudio son: el beneficio de separación, la formación de la hijuela pagadora de deudas y la herencia yacente. Consideramos que estas medidas parten de la solvencia de la herencia, ya que ninguna de ellas sirve para solucionar el problema de la insolvencia del deudor fallecido, pues lo que pretenden es, respectivamente, mitigar los perjuicios que la regla sucesoria de la divisibilidad de los créditos puede irrogar a los acreedores; o los problemas y perjuicios derivados de la confusión de los patrimonios del heredero y del causante; o los perjuicios por la ausencia de aceptación por parte de los herederos y las dificultades para materializar el cobro en esos casos.

### a) El beneficio de separación

Se trata de una medida en beneficio de los acreedores hereditarios y testamentarios que procura que los bienes heredados se destinen de forma preferente al pago de sus créditos, evitando que se confundan con los bienes propios de los herederos (art. 1378 CC)<sup>6</sup>. La legitimación activa corresponde tanto a los acreedores cuyos créditos sean actualmente exigibles como a plazo o condición (art. 1379 CC); eso sí, dicho beneficio no puede ser solicitado por los acreedores del heredero (art. 1381 CC).

Para los herederos el efecto es que no impide que se hagan dueños de lo heredado, conservando su administración y disposición; eso sí con la limitación objetiva del artículo 1384 CC que permite a los acreedores separatistas impugnar todos los actos de enajenación de bienes efectuados por los herederos en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, en la medida que estas enajenaciones no hayan tenido como objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. Pasados los seis meses la mayoría de la

---

<sup>6</sup> Cuando los herederos aceptan la herencia con beneficio de inventario (art. 1247 CC), según la doctrina mayoritaria en Chile, no se produce la separación de patrimonios, es decir, los patrimonios se confunden, por lo que los acreedores del causante podrían dirigirse tanto en contra de los bienes que heredó como en contra de los bienes propios que el heredero tenía antes de la muerte de aquel. La limitación de responsabilidad es respecto del valor de los bienes, pero no significa que solo pueda proceder en contra de los bienes que componen la sucesión. En este sentido CLARO, 2013, p. 102; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, pp. 71-75 y SOMARRIVA, 2003, pp. 469-471. En contra ELORRIAGA, 2010, pp. 585-591.

doctrina estima que el acto solo podría ser impugnado conforme con las reglas generales de la acción pauliana<sup>7</sup>.

Respecto de los acreedores beneficiados, su principal efecto es la posibilidad del ejercicio de una acción que les concede la preferencia de pago respecto de los acreedores del heredero y de los hereditarios sin beneficio. La acción la dirigen contra los herederos para que sus créditos se paguen con preferencia a los acreedores personales del heredero. Si terminada la ejecución contra los bienes del difunto, quedan bienes, los acreedores personales del heredero y los testamentarios y hereditarios sin beneficio pueden cobrar en ellos sus créditos (art. 1382 N° 2 CC). Eso sí, no obtienen esta preferencia respecto de los bienes del heredero. Luego si los bienes del causante no son suficientes, podrán ir contra los bienes del heredero, pero en ese caso concurren con el resto de acreedores del heredero sin preferencia (art. 1383 CC) y opera la regla general de que el que “primero llega” cobra (art. 1374 CC).

Sin lugar a dudas, esta medida de tutela de los acreedores presume que el causante era solvente, pues su objetivo es proteger el patrimonio hereditario para garantizar que con sus bienes se paguen los créditos. Sin embargo, si el causante era insolvente al momento de su fallecimiento, de nada le va a servir esta medida al acreedor.

#### b) La hijuela pagadora de deudas

Con la formación de la hijuela pagadora de deudas lo que se pretende es asegurar el pago a los acreedores con el haber hereditario, por lo que, de nuevo, se parte de la solvencia del causante en el proceso de liquidación (artículos 1286, 1287 y 1336 CC). La formación de la hijuela es una forma de hacer efectiva la regla del artículo 959 N° 2 CC que consagra que las deudas hereditarias son una baja general de la herencia y que, como tal, deben pagarse antes de la partición y solo cuando esto no sea posible se reservan bienes para su pago por medio de la hijuela pagadora de deudas<sup>8</sup>.

Esta reserva de bienes implica que los herederos son comuneros respecto de los bienes que integran la hijuela y que deben destinarlos al pago de deudas, respondiendo de los perjuicios que se deriven por no hacerlo. Dichos perjuicios básicamente se refieren a la divisibilidad de las deudas y a la posible insolvencia de los herederos que impida a los acreedores cobrar la totalidad del crédito por la confusión de patrimonios. La formación de la hijuela es una medida que el legislador establece para moderar el efecto de la división a prorrata de las deudas y de la regla de que la cuota del heredero insolvente no grava los demás (art. 1355 CC)<sup>9</sup>. En este sentido Carmona destaca que en realidad la división de deudas tiene plenamente efectos nocivos para los acreedores solo en un caso,

<sup>7</sup> Vid. los problemas interpretativos del artículo 1384 CC y 1380.2 CC sobre el ejercicio de la acción en DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, p. 89; SOMARRIVA, 2003, p. 655 y ELORRIAGA, 2015, p. 749.

<sup>8</sup> CARMONA señala que en las Partidas quedaba claro que “antes es pagar que heredar”, lo que implica concebir el carácter residual de la herencia y la obligación de pagar las deudas con los bienes del causante antes de efectuar la partición (CARMONA, León, 2018, pp. 695-698).

<sup>9</sup> ELORRIAGA, 2015, pp. 670-671.

debido a la obligación legal de la formación de este lote o hijuela pagadora de deuda. Así, cuando una deuda es considerada en la formación de la hijuela, el acreedor puede cobrar sobre dichos bienes, sin que en principio sufra perjuicios; si los herederos no hubieran considerado una deuda estando en su conocimiento la existencia de la misma, van a responder ante el acreedor por los perjuicios derivados de esta omisión, sin que aplique la regla del heredero insolvente (art. 1355 CC); pero si los herederos no estaban en conocimiento de la existencia de una deuda y con justa causa no la consideraron en la formación de la hijuela, este es el caso en el que no serán responsables de los perjuicios y la cuota del heredero insolvente no gravará al resto<sup>10</sup>. Por tanto existe una obligación personal por parte de los herederos de destinar preferentemente parte de los bienes de la herencia al pago de las deudas del causante (hijuela), porque de no hacerlo deberán responder de los perjuicios que cause esta omisión.

De nuevo, esta medida solo tiene sentido si el causante es solvente y a lo que va destinada primordialmente es a proteger al acreedor hereditario de un proceder indebido del heredero en el proceso de liquidación.

### c) La herencia yacente

Para concluir estas medidas de tutela podemos destacar la posibilidad de declarar la herencia yacente cuando esta no ha sido aceptada por algún heredero dentro de los quince días siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que no exista albacea con tenencia de bienes designado en testamento, o si lo hubiere, este no haya aceptado el cargo (art. 1240 CC).

El sentido de la declaración de herencia yacente es la protección de los acreedores hereditarios y testamentarios, ya que salvo en los casos del artículo 1232 CC, los herederos no tienen plazo para aceptar o repudiar y, por ello, pueden tomarse todo el tiempo que estimen oportuno para aceptar o repudiar. El exceso de tiempo en pronunciarse puede perjudicar los intereses de los acreedores. Así se les confiere a estos acreedores hereditarios la facultad de pedir la declaración de herencia yacente por resolución judicial y que se nombre un curador de bienes con facultades administrativas, destinadas a custodiar y conservar el patrimonio del causante y a realizar las gestiones que sean necesarias para efectuar el cobro de los créditos y el pago de las deudas conforme a las reglas sucesorias anteriores (arts. 487, 488 y 489 CC).

Por tanto, de nuevo, esta medida no prevé reglas específicas en el caso de que el patrimonio sea insuficiente para el cobro de los créditos, sino que protege a los acreedores de la excesiva dilación de los herederos en aceptar la herencia, nombrando un curador de los bienes que existan; curador que va a actuar conforme con las reglas generales que como hemos sostenido presumen la solvencia del fallecido.

Luego como conclusión podemos afirmar que las medidas de protección del pago de las deudas hereditarias establecidas en el Código Civil, parten todas de la solvencia

---

<sup>10</sup> CARMONA, 2018, pp. 709-710.

del patrimonio del fallecido y se conciben como una protección de ese patrimonio; son medidas de contrapeso a las reglas sucesorias de: a) divisibilidad de las deudas; b) de presunción de aceptación pura y simple que implica la confusión de patrimonios y c) de la regla de que la cuota del heredero insolvente no grava los demás herederos.

### 3. *La extinción de la responsabilidad del heredero*

Vistas las reglas sucesorias respecto del pago de las deudas hereditarias y las medidas preventivas que para asegurar el cumplimiento, podemos finalizar este análisis determinando cuándo se extingue la responsabilidad de los herederos por el pago de las deudas.

Respecto de los herederos que no aceptan a beneficio de inventario esta responsabilidad por el pago perdurará mientras este sea exigible, ya que al operar la subrogación personal en el crédito del causante, el heredero no beneficiario responderá de su pago no solo con el patrimonio heredado sino con sus propios bienes presentes y futuros (arts. 951, 1097 y 1437 CC). Sin embargo, si los herederos aceptan a beneficio de inventario (lo que sería lógico que sucediera en la práctica si la herencia estuviera en situación de insolvencia), existen dos casuales —contempladas en los artículos 1261 y 1262 CC, respectivamente— que determinan la extinción de la responsabilidad por el pago de deudas que son: el abandono de los bienes y el agotamiento de los bienes.

Respecto del abandono de bienes a los acreedores, el artículo 1261 CC determina que el heredero podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en la especie y el saldo restante, obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta de su administración. Este abandono debe comprender todos los bienes heredados y hacerse en favor de todos los acreedores hereditarios y legatarios.

La otra causa de extinción es el agotamiento de los bienes hereditarios para el pago de las deudas, donde agotados los bienes hereditarios en la satisfacción de los créditos hereditarios y testamentarios y, rendida que sea la cuenta de administración por el heredero beneficiario, la responsabilidad de este queda agotada (arts. 1262 y 1263 CC). Esto le permite al heredero beneficiario la excepción perentoria señalada en el artículo 1263 CC, siempre que otros acreedores hereditarios o testamentarios pretendan cobrar créditos que vayan más allá del valor heredado. Para este efecto deberá acreditar que los bienes han sido consumidos en estas operaciones presentando una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que con este propósito haya efectuado. Eso sí, extinguida la responsabilidad del heredero beneficiario por cualquiera de las causas anteriores, los acreedores hereditarios y testamentarios están legitimados para interponer tercerías de dominio para perseguir los bienes del causante (art. 520 Nº 4 CPC)<sup>11</sup>.

De nuevo estas reglas presuponen que el causante tiene bienes suficientes para responder del pago de sus deudas, pero que los acreedores hereditarios deben cobrar sus deudas sin exceder el límite de responsabilidad del heredero beneficiario.

<sup>11</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, p. 78.

### III. EL DERECHO CONCURSAL COMO LA RESPUESTA IDÓNEA AL PROBLEMA DE LA HERENCIA INSOLVENTE

El derecho sucesorio carece de las reglas para satisfacer adecuadamente los intereses de los acreedores hereditarios en caso de ser insuficiente la herencia. Conforme con las reglas sucesorias antes examinadas, en caso de insolvencia de la herencia, los acreedores hereditarios deben ser pagados a medida que sean exigibles sus créditos, de modo que los primeros acreedores en cobrar podrán obtener el pago de su crédito, no así quienes lo hagan una vez agotados los recursos de la herencia (*prior in tempore, potior in iure*). La solución es manifiestamente insatisfactoria. La irracionalidad de la “solución” sucesoria al problema de la herencia insolvente surge a consecuencia de dejar esta de ser solo una cuestión de continuación de las relaciones jurídicas del causante, para transformarse principalmente en un conflicto entre acreedores (del causante). En este supuesto, el derecho concursal aparece como una mejor respuesta, según se explicará seguidamente.

Las ventajas de la solución concursal para los acreedores (hereditarios) frente a un patrimonio insolvente son bien conocidas. Desde una perspectiva económica, las dificultades entre los acreedores de un deudor insolvente suelen explicarse aludiendo al “dilema del prisionero” y a “la tragedia de los comunes”. Siguiendo el ya clásico trabajo de Jackson<sup>12</sup>, supóngase que A1 y A2 han prestado 1.000.000 a D, un modesto productor de hielo en cubos, para lo que cuenta con una máquina para producir cubos de hielo y empaquetarlos, un congelador industrial y una camioneta de reparto. Ambos acreedores saben del mal estado de los negocios de D, pero A1 demanda primero judicialmente el pago de su crédito (a un costo de 20.000) y lo obtiene en su totalidad, dejando solo 200.000 disponible para A2.

En este caso, la conducta de A1 es racional desde un punto de vista individual (logró pagarse), sin embargo, para el conjunto de acreedores, esta solución no es satisfactoria. Como lo muestra la teoría del dilema del prisionero, la conducta individual puede llevar a resultados subóptimos. En nuestro caso, si A1 y A2 actuaran coordinadamente, ambos acreedores podrían obtener 600.000 y ahorrarse el costo de litigar individualmente y de monitorear el comportamiento del otro acreedor, con el fin de asegurarse de ser el primero en demandar.

Adicionalmente, la ejecución de algunos bienes por parte de A1 para obtener el pago de su crédito (por ejemplo, el congelador industrial) puede afectar el valor de los activos de D. En efecto, considerados individualmente los activos necesarios para producir hielo tienen un valor inferior a todos ellos operando conjuntamente (*going concern value*). Desde un punto de vista económico, la ejecución individual de A1 es una conducta racional al permitirle obtener el pago íntegro de su crédito. Sin embargo, nuevamente, esa conducta es subóptima desde una perspectiva colectiva, pues genera una externalidad negativa (en nuestro caso, la pérdida del valor en marcha), cuyo costo debe soportar A2 (tragedia de los comunes).

<sup>12</sup> Seguimos en esta sección a JACKSON, 1982, pp. 860-868; *ibidem*, 1986, pp. 8-17.

Por último, A1 debe soportar enteramente el costo de 20.000 de llevar adelante una ejecución individual. Si los costos de la ejecución colectiva ascienden a 30.000 y A1 y A2 decidieran sustituir el ejercicio de sus acciones individuales por un procedimiento colectivo, ahorrarían 10.000, obteniendo, en conjunto, un mejor resultado.

Como se aprecia, la opción por un procedimiento de ejecución colectiva (y no individual) genera importantes ventajas para los acreedores, de modo que es posible afirmar que habrían llegado a un acuerdo como ese si A1 y A2 hubieran tenido la posibilidad de negociar *ex ante* saber de la insolvencia de D (*creditor's bargain*)<sup>13</sup>. Sin embargo, es improbable que los acreedores voluntariamente lleguen a un acuerdo de esa naturaleza por el significativo riesgo de comportamiento estratégico de algún acreedor. Así, de no existir un acuerdo entre todos ellos o una regulación para explotar el patrimonio del deudor de un modo eficiente, este desaparecerá sin obtener los acreedores el máximo pago proporcional de sus créditos. El derecho concursal ofrece un mecanismo de coordinación compulsivo de los acreedores mediante un único procedimiento colectivo, generando las condiciones para alcanzar una solución global capaz de maximizar las posibilidades de pago de cada uno de ellos<sup>14</sup>. El Derecho concursal es la tecnología jurídica actualmente disponible más apta para enfrentar la insolvencia de un patrimonio. Precisamente por esa razón, si un deudor insolvente está vivo, él o sus acreedores pueden iniciar un procedimiento concursal, aprovechando las ventajas del mismo respecto del derecho común. No se advierten razones de fondo para llegar a una conclusión distinta si esa insolvencia es conocida con posterioridad a la muerte del deudor<sup>15</sup>.

#### IV. LA VIGENCIA DEL CONCURSO *POST MORTEM*

##### 1. *La herencia insolvente en nuestro ordenamiento concursal*

###### a) El régimen previo a la LRLEP

La regulación *expresa* del concurso *post mortem* fue una constante en nuestro ordenamiento mercantil, al menos, desde la entrada en vigencia de nuestro Código de Comercio inspirado en la ley concursal francesa de 1838<sup>16</sup>. Este texto sirvió de antecedente al recogido en la Ley 4558, idéntico al contenido más tarde en la Ley 18.175, publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1982, sobre Quiebras, que a su turno fue la

<sup>13</sup> JACKSON, 1982, p. 860. Para una visión crítica del modelo de *creditor's bargain*, entre muchos, FINCH, 1997, pp. 236-250.

<sup>14</sup> JACKSON, 1982, p. 867.

<sup>15</sup> Por todas esas razones el concurso *post mortem* es la tendencia en el Derecho comparado (entre otros, *Code de Commerce* francés (arts. L631-3; L640-3; L526-15), Ley 22/2003, de 9 de julio española (arts. 1,3 y 182); Ley 24522/1995 de Concursos argentina y Ley 18387/2008 de Declaración del concurso y reorganización empresarial uruguaya).

<sup>16</sup> LEÓN, 1950, p. 11.

fuente del artículo 50 del Libro IV del Código de Comercio, vigente hasta la dictación de la LRLEP en los términos siguientes:

*La sucesión del deudor podrá ser declarada en quiebra a petición de los herederos o de cualquier acreedor, siempre que la causa que la determine se hubiere producido antes de la muerte del deudor y que la solicitud se presente dentro del año siguiente al fallecimiento. La declaración de quiebra producirá de derecho el beneficio de separación a favor de los acreedores del difunto (...) Las disposiciones de la quiebra se aplicarán solo al patrimonio del causante.*

Quizás la diferencia más notable, a los efectos de esta investigación, entre la regla original de nuestro Código de Comercio y el texto vigente hasta el 2014 consiste en la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo del concurso *post mortem* desde un comerciante a toda persona natural, a partir, al menos, de la Ley 4558<sup>17</sup>. Durante este largo período, la doctrina mayoritaria se muestra favorable a la existencia de la figura en estudio y ofrece distintas explicaciones acerca de su naturaleza<sup>18</sup>. En cambio, otros autores la critican por no existir un sujeto pasivo del procedimiento concursal<sup>19</sup>. Sin embargo, existe unanimidad en que el concurso *post mortem* comprende exclusivamente los bienes del causante (no los de los herederos), con independencia de existir o no aceptación de la herencia por parte de uno o más de los herederos, según expresamente señalan los textos legales antes transcritos<sup>20</sup>.

Las notas elementales del régimen del concurso de la herencia en el período anterior a la LRLEP pueden resumirse de la forma siguiente: el concurso podía iniciarse, tanto respecto de un comerciante como un deudor civil, a petición de un heredero o de un acreedor, conforme con las causales, respectivamente, del concurso voluntario o involuntario<sup>21</sup>. Estas debían haberse producido antes de la muerte del deudor<sup>22</sup>. También

<sup>17</sup> PALMA, 1940, p. 25; LEÓN, 1950, p. 12. Aunque esa extensión subjetiva ya tuvo vigencia (efímera) en nuestro ordenamiento conforme con Decreto Ley de 8 de febrero de 1837, que regulaba el concurso de acreedores sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes (PUGA, 2004, p. 227; GOLDENBERG, 2018, Secc. IV).

<sup>18</sup> PALMA, 1940, p. 26, si bien sostiene ser “una quiebra sin fallido”, no es contrario al instituto (sigue este planteamiento, SANDOVAL, 2007, p. 118); LEÓN, 1950, p. 11, quien la califica de ficción; PUELMA, 1983, p. 27, sostiene es una “situación especialísima”; PUGA, 2004, p. 226, entiende que se trata de “una quiebra contra la universalidad jurídica contenida en el patrimonio de los herederos”.

<sup>19</sup> VARELA sostiene que la “quiebra póstuma va contra todos los principios jurídicos, pues, en efecto, en todo juicio es necesario que exista un sujeto pasivo de la acción, y en el caso en análisis el sujeto pasivo no es el difunto, tampoco los herederos, ya que se trata de la quiebra de la sucesión y por otra parte esta no es persona jurídica. // Se trata de una institución admitida por razones de orden práctico” (VARELA, 1962, p. 11). En igual sentido, GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, pp. 77-78.

<sup>20</sup> LEÓN, 1950, p. 8; PUELMA, 1983, p. 27; PUGA, 2004, p. 227; SANDOVAL, 2007, p. 120.

<sup>21</sup> LEÓN, 1950, p. 17 agrega al síndico como legitimado activo respecto de la causal de fuga.

<sup>22</sup> PALMA, 1940, p. 25; LEÓN, 1950, pp. 12; 16 y 17, quien informa que se eliminó del proyecto del Poder Ejecutivo la producción de la causal después del fallecimiento del causante (LEÓN, 1950, pp. 20 y 21); GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, p. 77; SANDOVAL, 2007, 119. En contra, PUGA, 2004, p. 228. La jurisprudencia no fue uniforme (LEÓN, 1950, p. 21).

mayoritariamente se estimaba que la solicitud de quiebra debía presentarse (no declararse la quiebra) dentro del año siguiente al fallecimiento del deudor<sup>23</sup>. Finalmente, el concurso *post mortem* solo producía efectos patrimoniales. En concordancia con esta idea, León sostiene que no es posible calificar penalmente el concurso *post mortem* debido a que la calidad de comerciante no se transmite a los herederos, lo que no impide seguir adelante las acciones contra quienes sean cómplices o encubridores<sup>24</sup>.

b) El silencio de la LRLEP sobre el concurso *post mortem*

La LRLEP omite mencionar el concurso *post mortem*. Ni en el Mensaje contenido en el proyecto de ley, ni durante su tramitación legislativa se hace referencia alguna a esta figura, no obstante tratarse de una regla concursal de antigua tradición en nuestro ordenamiento concursal, según ya ha quedado dicho<sup>25</sup>. Precisamente por lo anterior, Corral ha calificado esta situación como una decisión “irreflexiva”<sup>26</sup>. Ante este escenario, desde la entrada en vigencia de la LRLEP, la doctrina afirma unánimemente la imposibilidad de iniciar, tras la muerte de un deudor, un procedimiento concursal de liquidación respecto de una sucesión insolvente<sup>27</sup>. El raciocinio para arribar a esa conclusión es el siguiente: i) el régimen concursal previo establecía expresamente el concurso *post mortem*; ii) la LRLEP omite el concurso *post mortem* y circunscribe el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales a personas jurídicas de Derecho privado y a personas naturales; iii) la herencia no es una persona; y iv) la LRLEP no permite el concurso *post mortem*<sup>28</sup>.

Como corolario de lo anterior, si el patrimonio hereditario es insolvente, los acreedores solo podrán iniciar un procedimiento concursal de liquidación si un heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente y a su respecto concurre alguna de las causas legales para iniciar un procedimiento concursal de liquidación<sup>29</sup>. Además, si el procedimiento concursal de liquidación se ha iniciado en vida del deudor y este fallece durante la secuela del mismo (concurso *ante mortem*), la doctrina sostiene que el procedimiento concursal debe continuar contra los herederos<sup>30</sup>.

Como ya ha quedado indicado, no existen antecedentes en el proceso de formación de la LRLEP para explicar la ausencia de regulación del concurso *post mortem*. Sin embargo, la doctrina ha propuesto algunas. Puga justifica la omisión del concurso *post*

<sup>23</sup> PALMA, 1940, p. 26; LEÓN, 1950, p. 18; PUELMA, 1983, p. 27; SANDOVAL, 2007, p. 119; GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, p. 78. En contra, PUGA, 2004, p. 228.

<sup>24</sup> PALMA, 1940, p. 26; LEÓN, 1950, pp. 28, 31 y 32.

<sup>25</sup> BCN, s.f., *passim*.

<sup>26</sup> CORRAL, 2014, p. 1.

<sup>27</sup> PUGA, 2014, p. 214; CORRAL, 2014, p. 1; SANDOVAL, 2016, p. 146; RUZ, 2017, p. 754; JEQUIER, 2019, p. 181.

<sup>28</sup> Por todos, CORRAL, 2015, pp. 17-18.

<sup>29</sup> CORRAL, 2015, p. 18.

<sup>30</sup> CORRAL, 2015, p. 18; RUZ, 2017, pp. 754-755.

*mortem* al tratarse de una figura en desuso<sup>31</sup>. Sin embargo, los datos recolectados refutan esta afirmación: se trata de un supuesto de ocurrencia esporádica, pero no inexistente<sup>32</sup>. No obstante, la utilidad de una regla no debe medirse por la frecuencia de su uso; basta un caso para justificar la vigencia de la misma<sup>33</sup>.

Tampoco es convincente justificar la omisión del concurso *post mortem* debido a la inexistencia de un sujeto pasivo. Conviene recordar que esta antigua crítica –formulada por la doctrina francesa tras la entrada en vigencia del Code de Commerce de 1807, a propósito del reconocimiento jurisprudencial de la figura y más tarde recogida por parte de la doctrina nacional– se vinculaba al carácter delictual de la bancarota: si la muerte del deudor extinguía la responsabilidad penal del concursado, carecía de sentido permitir un procedimiento concursal *post mortem*<sup>34</sup>. Este predicamento no puede prosperar en la actualidad, al ser una de las ideas matrices de la LRLEP la despenalización y la superación del carácter infamante del concurso<sup>35</sup>. La función actual del derecho concursal es, principalmente, satisfacer de la mejor forma el interés de todos los acreedores<sup>36</sup>. Y es precisamente en atención del interés de los acreedores hereditarios que el concurso *post mortem* prescinde del elemento personal –como lo venía sosteniendo la doctrina mayoritariamente<sup>37</sup>– y se centra en la existencia de un patrimonio insolvente, en concordancia con la textura abierta del sujeto pasivo del procedimiento concursal<sup>38</sup>.

Por su parte, Ruz hace presente que, desde un punto de vista procedimental, carece la figura de utilidad práctica ante la necesidad de notificar a todos los herederos<sup>39</sup>. Ciertamente los gastos asociados al ejercicio de un derecho pueden inhibir al titular de ejecutarlo, pero ello no es *per se* un argumento para eliminar ese derecho. Por lo demás,

<sup>31</sup> PUGA, 2014, p. 214.

<sup>32</sup> No obstante, la escasísima jurisprudencia y la ausencia de datos oficiales, hemos encontrado varios casos de concurso *post mortem*: Sucesión Julio Rigaud; Sucesión Orlando Concha Cerda (citados por LEÓN, 1950, p. 21); Sucesión de Ricardo Dallserra Zadra; Sucesión Alberto Germany Germany (citados por ORTEGA, 2012, pp. 712 y 810) y Sucesión Carlos Recabarren Beysan (SIR, 2014, p. 1). La escasez de concursos *post mortem* contrasta con otros países donde es posible acceder a fuentes oficiales. Así, en España, se informa de la existencia de 21 concursos *post mortem* vigentes al 15 de julio de 2017 (CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, p. 21).

<sup>33</sup> Hart que afirma que no hay una necesaria conexión entre la validez de una regla particular y su eficacia, salvo que se incluya expresamente la regla del desuso en el sistema (HART, 1963, pp. 77-82 y 129). Kelsen destaca que solo en los ordenamientos donde las costumbre en general sea un hecho productor de derecho, el derecho escrito podría llegar a ser derogado por un derecho consuetudinario (pérdida de eficacia/validez por *desuetudo*) (KELSEN, 2000, p. 224).

<sup>34</sup> GADRAT, 1841, p. 30.

<sup>35</sup> BCN, s.f., pp. 9; 10 y 208.

<sup>36</sup> Aunque no el único fin (CABALLERO, 2018, p. 147).

<sup>37</sup> PALMA, 1940, p. 26; SANDOVAL, 2007, p. 118; LEÓN, 1950, p. 11; PUGA, 2004, p. 226; PUELMA, 1983, p. 27.

<sup>38</sup> Se ha sostenido que la determinación del sujeto pasivo bajo la LRLEP es una controversia abierta, como, por ejemplo, respecto de los Fondos de Inversión Privada, carentes de personalidad jurídica (CONTADOR y PALACIOS, 2015, p. 16).

<sup>39</sup> RUZ, 2017, p. 760,

se trata de un problema común a todos los casos de pluralidad de obligados (por ejemplo, una comunidad), sin que hasta ahora se haya propuesto la eliminación de las mismas.

## 2. *La vigencia del concurso post mortem*

El concurso *post mortem* pone en contacto dos sistemas de normas: el derecho sucesorio y el derecho concursal. Desde la entrada en vigencia de la LRLEP, se ha tratado la procedencia del concurso *post mortem* desde una perspectiva exclusivamente concursal, dejando en un segundo plano la faz sucesoria. Se ha atendido principalmente a las reglas determinantes del ámbito de aplicación de la LRLEP con el fin de responder (negativamente) a la cuestión de si nuestro ordenamiento contempla el concurso *post mortem*. En nuestra opinión, esa aproximación no es correcta, pues desatiende el reenvío a las reglas concursales previsto en el artículo 1374 CC para el caso de una herencia insolvente.

Frente a este planteamiento, podría rebatirse que nos encontramos ante un caso de derogación tácita del artículo 1374 CC. En nuestra opinión, el antagonismo normativo necesario para que dicha derogación se produzca no existe<sup>40</sup>. La aplicación de las reglas concursales al supuesto de hecho complementario establecido en el Código Civil es coincidente con el fin perseguido por la LRLEP de crear un régimen concursal especialmente adecuado para las personas naturales<sup>41</sup>. Adicionalmente, ya ha quedado demostrado que las reglas sucesorias suponen la suficiencia de bienes del causante para responder del pago de sus deudas y, por consiguiente, el reenvío que el artículo 1374 CC realiza al régimen concursal no puede ser suprimido sin afectar la coherencia interna de nuestro ordenamiento de derecho privado patrimonial (*supra* 1.2.).

La “omisión irreflexiva” de los legisladores de la LRLEP no constituye un silencio elocuente normativo capaz de derogar o modificar el sentido del artículo 1374 CC, sino una manifestación de la idea de eliminar del texto concursal la repetición de ciertas normas del derecho común, como lo demuestra la desaparición simultánea tanto de la regla del artículo 50 sobre el concurso *post mortem*, como de las reglas sobre el concurso de la mujer casada en sociedad conyugal o del menor adulto y otros incapaces (artículos 48 y 49 del Libro IV del Código de Comercio)<sup>42</sup>.

Por nuestra parte consideramos que el artículo 1374 CC está vigente y que hoy es posible declarar un concurso *post mortem*. El régimen del concurso *post mortem* tiene como fuente inicial el derecho sucesorio y como destino las reglas de la LRLEP. El referido punto de partida viene dado por el artículo 1374 CC, que, en su primer segmento, reenvía a las reglas de derecho concursal en caso de existir “concurso de acreedores”. Conviene insistir en que esta no es una norma sucesoria aislada, sino parte de un conjunto de reglas previstas en el Código Civil para el caso de una herencia insolvente, como se desprende de la calificación como créditos de primera clase de las expensas funerales necesarias del

<sup>40</sup> BASCUÑÁN, 2000, p. 236.

<sup>41</sup> BCN, s.f., pp. 7 y 10.

<sup>42</sup> PUGA, 2014, p. 233.

deudor difunto y de los gastos de enfermedad del deudor, todas estas adquieren pleno sentido precisamente en el supuesto de una herencia insolvente (arts. 2472 N° 1 y 2 y 2487 CC y 4° Ley 16.271).

Teniendo en consideración que la LRLEP es el punto de llegada (y no la fuente), carece de sentido resolver la procedencia del concurso *post mortem* siguiendo una interpretación literal de los preceptos concursales sobre la noción de “deudor” de la LRLEP. El concurso *post mortem* constituye un supuesto de hecho adicional al que se extiende la aplicación de la LRLEP por mandato –vale la pena insistir– del Código Civil.

A esta interpretación sistemática de las reglas civiles y concursales vigentes –ya suficiente para dar cabida entre nosotros al concurso *post mortem*– puede sumarse un argumento histórico: la coincidencia del régimen actual con aquel contemporáneo a la dictación de nuestro Código Civil en cuanto a que, en ambos casos, la fuente del concurso *post mortem* es el Código Civil y no la ley concursal. Para ello es menester recordar que a la época de entrada en vigor del Código Civil regía el Decreto Ley de 8 de febrero de 1837, que establecía que, compareciendo más de dos acreedores opositores, con títulos distintos, alegando prelación, “el juez por el mismo auto en que ordene la citación prevenida en el artículo 72, o por otro posterior, decretará llanamente que se forme concurso a los bienes del deudor” (art. 82)<sup>43</sup>. De modo que cuando Bello alude al “concurso de acreedores” tiene en mente el concurso regulado en el referido Decreto Ley, aplicable tanto a deudores civiles como comerciantes. Así, nuestro Código Civil fue y es la fuente del concurso *post mortem* en nuestro ordenamiento.

Por todo lo anterior, no concordamos con la interpretación ofrecida por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la LRLEP ha limitado “ahora” el ámbito de aplicación del artículo 1374 CC, circunscribiéndolo solamente al concurso *ante mortem*<sup>44</sup>. Desde el punto de vista de los acreedores, antes y después de la muerte del deudor, el problema es el mismo: la insolvencia. El reenvío (expreso) a las reglas concursales en caso de una herencia insolvente establecido en el Código Civil es enteramente coherente con el diseño del régimen sucesorio bajo el supuesto (implícito) de un patrimonio solvente. Restringir “ahora” el ámbito de aplicación del artículo 1374 (2472 N° 1 y 2 y 2487) CC solo al concurso *ante mortem* incurre en una petición de principio, pues da por resuelto el problema sustancial: ¿Basta el silencio de la LRLEP para eliminar el concurso *post mortem*?

En nuestra opinión, la respuesta es, como ya indicamos, negativa. A los argumentos antes ofrecidos, ahora podemos agregar que para arribar a esa conclusión basta dar a las reglas sucesorias el mismo trato dispensado por la referida doctrina a las reglas civiles y

---

<sup>43</sup> Podría objetarse a lo expuesto la imposibilidad de concurrencia del supuesto de hecho (dos acreedores opositores, con títulos distintos, alegando prelación) tras la muerte del causante al operar la subrogación personal de éste en los herederos. A ello puede rebatirse, dada las limitaciones editoriales, atendiendo al caso más simple: tratándose de una herencia yacente el referido supuesto de hecho puede concurrir, pues en ese caso las ejecuciones se seguirán en contra del curador de bienes, según afirma la doctrina (SANTA CRUZ, 1913, pp. 122-127) y la jurisprudencia (Corte Suprema, 3.4.2000, rol 4237-1999).

<sup>44</sup> CORRAL, 2015, p. 18; RUZ, 2017, p. 755; JEQUIER, 2019, p. 181. Manifiesta sus dudas ELORRIAGA, 2015, pp. 685-686.

procesales. Quienes afirman la sola vigencia del concurso *ante mortem* buscan su fuente fuera de la LRLEP (arts. 1377 CC y 5 CPC.). La misma operación se debe realizar respecto del concurso *post mortem*: su fuente también está fuera de la legislación concursal, en el Código Civil, cuya vigencia y alcance no son alterados por el silencio de la LRLEP. Por el contrario, vincular la posibilidad de aplicación del régimen concursal al hecho de haberse este iniciado o no en vida del deudor, implica un imperio de la sucesión procesal por sobre criterios sustantivos. Si el derecho a iniciar un procedimiento concursal se extingue por la muerte del deudor según la nueva ley concursal, debería proceder dicha extinción con independencia de si se inició o no el concurso en vida del deudor.

### 3. Descripción elemental del régimen actual del concurso *post mortem*

Comprobada la admisibilidad del concurso *post mortem* en el estado actual de nuestro ordenamiento es conveniente describir las notas elementales del régimen vigente, distinguiendo las de aplicación general (1), de aquellas propias del concurso, según se trate de una herencia aceptada (2) o yacente (3).

#### 1) Normas comunes

El concurso de una herencia yacente procede respecto de una persona natural, con independencia de su calificación como empresa deudora o como persona deudora, aunque ello tendrá relevancia con el fin de determinar el procedimiento concursal aplicable. No existe un plazo especial para la presentación de la solicitud de inicio de un concurso *post mortem*, como sucede sin dificultad en otros ordenamientos<sup>45</sup>. Los bienes objeto de concurso *post mortem* presentan ciertas particularidades. De acuerdo con las reglas generales deben excluirse del procedimiento concursal de liquidación los bienes no afectos al concurso; esto es, los bienes inembargables (arts. 1618 CC y 445 CPC) y los beneficios líquidos de aquellos adquiridos a títulos onerosos con posterioridad a la dictación de la resolución de liquidación (art. 133 LRLEP). En cambio, en el caso del concurso *post mortem* la noción de bien inembargable debe ser interpretada restrictivamente en atención al hecho de la muerte del deudor y, por consiguiente, la carencia de sentido de excluir los bienes vinculados a su profesión.

Finalmente, el concurso *post mortem* solo producirá efectos patrimoniales (pues, por ejemplo, carece de sentido inhabilitar al deudor fallecido para ciertos cargos). Asimismo, si bien la responsabilidad penal del deudor derivada de la comisión de un delito concursal se extingue con la muerte, ello no impide perseguir la responsabilidad penal contra quienes hayan participado en la comisión de los mismos (arts. 93 N° 1, 463 quater y 464 ter CP).

<sup>45</sup> Así en el ordenamiento español (CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, pp. 96-97).

## 2) El concurso de la herencia aceptada

Los herederos pueden aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario (*supra* I.1.2), aunque esa distinción tiene un impacto reducido en el régimen del concurso *post mortem*.

### i. Legitimación para solicitar el concurso

En todos los casos de aceptación de un heredero, este (aun cuando sean varios) está legitimado para solicitar el inicio de un procedimiento concursal en su calidad de continuador de la persona del deudor. Esta legitimación es coherente con la supresión de las prohibiciones de solicitar el concurso entre cónyuges y entre padres e hijos (art. 46 del Libro IV del Código de Comercio)<sup>46</sup>. Este procedimiento concursal tiene naturaleza voluntaria y, por consiguiente, entre otros efectos, el heredero solicitante no debe acompañar a la demanda una boleta de garantía<sup>47</sup>.

### ii. Continuidad versus separación de patrimonios

Ruz sostiene la incompatibilidad entre la ficción de continuidad de la persona del causante en los herederos aceptantes de una herencia y la aplicación del concurso *post mortem*<sup>48</sup>. En nuestra opinión, si el causante era insolvente, la continuidad de la persona del causante perdura, tanto si los herederos aceptan a beneficio de inventario, como si lo hacen pura y simplemente. La principal disonancia entre las reglas sucesorias y las concursales tiene que ver con la necesaria separación de patrimonios derivada de la resolución de liquidación, según se explicará en los apartados siguientes. No cabe duda de que si el heredero acepta pura y simplemente una herencia –conforme con las reglas sucesorias– se confunde su patrimonio con el hereditario y deberá responder con todos sus bienes (presentes y futuros) de las deudas propias, pero también de las que hubiera contraído el causante (art. 951 y 1097 CC). Si el heredero acepta pura y simplemente y la suma del patrimonio hereditario y propio no alcanza para cubrir sus deudas (propias y hereditarias), puede iniciarse en su contra un procedimiento concursal de liquidación, de acuerdo con la LRLEP<sup>49</sup>.

Supongamos ahora que el patrimonio hereditario alcanzaba para pagar 90% de las deudas hereditarias, pero tras la aceptación de la herencia de forma pura y simple, el patrimonio total del heredero solo alcanza para pagar 40% de las deudas (propias y hereditarias). La cuestión relevante a este estudio es si en este caso es posible iniciar

<sup>46</sup> Aunque ya la doctrina entendía la legitimación de los herederos como una excepción a esta prohibición (LEÓN, 1950, p. 16).

<sup>47</sup> Ruz, 2017, p. 756, afirma que el derecho a solicitar el concurso es “transmitido, en principio, *mortis causa*”.

<sup>48</sup> Ruz, 2017, p. 753.

<sup>49</sup> Ruz, 2017, p. 755.

simultáneamente un procedimiento concursal *post mortem*, con el fin de conservar la preeminencia de los acreedores hereditarios sobre los bienes del causante (*supra* II). En nuestra opinión, la respuesta es favorable, teniendo lugar dos procedimientos concursales, uno respecto de la herencia y otro respecto del heredero<sup>50</sup>. En este caso, la declaración de concurso *post mortem* implica volver a separar el patrimonio hereditario del patrimonio propio del heredero. Esto se debe a que la remisión del Código Civil a las reglas especiales del concurso para determinar el acervo líquido o partible significa que la regla concursal por su especialidad es la que determina la manera de hacer frente al pago de deudas en situaciones de insolvencia, tutelando la preeminencia de los acreedores hereditarios respecto de los bienes de la herencia; es decir, determina la forma de cálculo para pasar del acervo ilíquido al líquido o partible. La (nueva) separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio propio del heredero es consecuencia inmediata de la resolución de liquidación del concurso *post mortem*, en cuanto ordena el desasimio de los bienes hereditarios por parte de los herederos y la incautación de los mismos por parte del liquidador (arts. 130 Nº 1 y 163 LRLEP).

La regla sucesoria de la continuidad de la persona del causante en los herederos perdura, pero modulada por el régimen concursal: si bien la regla concursal revierte la regla sucesoria de la confusión de patrimonios, dando lugar en este caso a dos concursos (el de la herencia y el personal del heredero), la continuidad de la persona del causante en los herederos sigue vigente en cuanto que los acreedores hereditarios insatisfechos en el proceso concursal de la herencia podrán concurrir al proceso concursal del heredero que ha aceptado pura y simplemente. Esto último implica negar la procedencia del beneficio de la exoneración legal de los saldos insolutos en el caso del concurso *post mortem* no solo por aplicación de la regla de continuidad, sino también por una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del *discharge*<sup>51</sup>. La *ratio* de esta limitación descansa sobre la incompatibilidad de la finalidad de la norma con el supuesto de hecho en estudio: el causante no está agobiado por sus deudas ni puede iniciar nuevamente una actividad productiva y generar ingresos suficientes para cubrir los gastos personales y familiares, libre de las cargas crediticias excesivas previas al inicio del procedimiento concursal<sup>52</sup>. Podría objetarse que los interesados en el *discharge* sean los herederos, pues de esa forma verán extinguidas las deudas hereditarias. Sin embargo, esa argumentación no es convincente. La exoneración legal de los saldos insolutos de una persona natural constituye una profunda alteración del Derecho común justificada en una situación de necesidad personalísima, intransmisible a los herederos. Lo anterior, por cierto, no impide que un heredero sobreendeudado pueda obtener el *discharge* a consecuencia del término de su propio concurso.

<sup>50</sup> La fracción de masas concursales separadas también sucede en el caso del peculio profesional del menor adulto (PUGA, 2014, p. 233).

<sup>51</sup> A favor de concederlo, RUZ, 2017, p. 761.

<sup>52</sup> CABALLERO, 2018, p. 148.

Si el heredero acepta a beneficio de inventario se sigue un régimen similar al descrito para el caso de la aceptación pura y simple, salvo que, una vez agotado el valor de los bienes de la herencia, de existir acreedores hereditarios insatisfechos, estos no van a poder acudir al patrimonio personal de los herederos beneficiados.

### 3) El concurso de la herencia yacente

La solicitud de inicio de un procedimiento concursal involuntario de liquidación de una herencia yacente puede ser presentada por un acreedor hereditario (arts. 117 y 282 LRLEP). Esta legitimación podría parecer menos clara tratándose del curador y el albacea de conformidad con las causales del concurso voluntario. Sin embargo, respecto del curador, la regla general del artículo 487 CC, permite afirmar que dicho curador de la herencia yacente cuenta entre sus facultades legales administrativas la de pagar las deudas hereditarias, por lo que si para que esto se produzca es preciso iniciar un concurso, lo entendemos legitimado para solicitarlo, concurriendo los requisitos establecidos en la LRLEP. Por idéntico argumento podrá solicitarlo el albacea, con o sin tenencia de bienes, en virtud de los artículos 1286 y 1288 CC, al ser una de sus facultades legales la de pagar las deudas hereditarias.

En nuestra opinión, si bien el concurso *post mortem* tiene lugar al haberse producido la insolvencia antes de la muerte del deudor, en el caso de la herencia yacente también esa insolvencia puede concurrir con posterioridad a la muerte del causante, por ejemplo, debido a un hecho que afecta el activo hereditario (pérdida de un bien valioso). No se advierte razón para impedir el ingreso de una herencia yacente al procedimiento concursal si la insolvencia concurre una vez fallecido el deudor y, en cambio, son manifiestas las ventajas, según esperamos haber demostrado.

## V. CONCLUSIONES

La doctrina mayoritaria niega la procedencia del concurso *post mortem* en razón de la ausencia de una regla concursal expresa y del ámbito subjetivo de la LRLEP. Esta opinión deja sin solución el conflicto real entre acreedores derivado de la existencia de un patrimonio (hereditario) insolvente tras el fallecimiento.

El presente artículo plantea un giro en la perspectiva de análisis desde el artículo 1374 CC. Este precepto asume que las reglas sucesorias civiles parten de la solvencia del patrimonio del causante y, por ello, reenvían a las reglas concursales en caso de una herencia insolvente, pues dichas reglas son la mejor herramienta disponible para solucionar los conflictos entre los acreedores en esos casos. Esta tesis ofrece una solución al problema del concurso *post mortem* de la herencia y armoniza, a su vez, los dos sistemas reglas involucrados, respetando tanto la lógicas civil de la liquidación hereditaria como las reglas de la liquidación concursal para resolver supuestos de insolvencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN, Antonio, 2000: "Sobre la distinción entre derogación expresa y tácita", *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Valparaíso, EDEVAL, pp. 227-261.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [BCN]: *Historia de la Ley N° 20.720*. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de consulta: 22.11.2018]
- CABALLERO, Guillermo, 2018: "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3, pp. 133-172.
- CARMONA, León, 2018: "La hijuela pagadora de deudas y la responsabilidad por las deudas hereditarias", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 1, pp. 693-724.
- CLARO, Luis, 2013: *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago Editorial Jurídica, tomo XVII.
- CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristián, 2015: *Procedimientos concursales*, Santiago, Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán, 2015: "El nuevo régimen concursal: Nota sobre su impacto en materias de Derecho Civil", *Gaceta Jurídica*, N° 425, pp. 17-19.
- CORRAL, Hernán, 2014: *La irreflexiva supresión de la quiebra de la sucesión hereditaria*, Derecho y Academia. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/10/27/> [Fecha de consulta: 7.11.2018].
- CUQUERELLA I MIRALLES, Pau, 2018: *La herencia en el laberinto concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch privado, N° 122.
- DOMÍNGUEZ, Ramón y DOMÍNGUEZ, Ramón, 2011: *Derecho Sucesorio*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica.
- ELORRIAGA, Fabián, 2015: *Derecho Sucesorio*, Santiago, Legal Publishing.
- FINCH, Vanessa, 1997: "The Measures of Insolvency Law", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 17 N° 2, pp. 227-251.
- GADRAT, Jean-Paul-Vincent, 1841: *Traité des faillites et banqueroutes d'après la loi du 28 mai 1838*, Imprimerie de Delsol, Toulouse; Paris Librairie de Thorel.
- GERBAUDO, Germán, 2017: "Concurso de la herencia en el Derecho Concursal Argentino. Discordancias entre el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Concursos y Quiebras", *Revista Lex Mercatoria*, N° 7, pp. 49-54.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2018: "La evolución del Derecho concursal chileno», en Jaime Alcalde Silva y José Miguel Embid Irujo (Dir.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, Madrid, Marcial Pons, pp. 591-606 (en prensa).
- GÓMEZ, Rafael y EYZAGUIRRE, Gonzalo, 2011: *El Derecho de quiebras*, Santiago, Editorial Jurídica.
- HART, Herbert, 1963: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- JACKSON, Thomas, 1982: "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain", *Yale Law Journal*, N° 91, pp. 857-907.
- JACKSON, Thomas, 1986: *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Washington, D.C., BearBooks.
- JEQUIER, Eduardo, 2019: *Curso de Derecho Comercial*, tomo III, Vol. 1, Santiago, Thomson Reuters.
- KELSEN, Hans, 2000: *Teoría pura del Derecho*, 11 ed., México, Porrúa.
- LEÓN, Carlos, 1950: *La quiebra de la sucesión del deudor*, Valparaíso, Imprenta Diario El Heraldo.
- ORTEGA, Hermes, 2012: Sistematización de jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, respecto de la ley de quiebras, entre los años 1982 y 2011. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114715> [Fecha de consulta: 11.12.2018]
- PALMA, Gabriel, 1940: *Legislación de quiebras*, Santiago. Talleres Gráficos "Samaniego".

- PUELMA, Álvaro, 1983: *Curso de Derecho de quiebras*, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- PUGA, Juan Esteban, 2004: *Derecho concursal El juicio de quiebras*, tomo 1, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- PUGA, Juan Esteban, 2014: *El procedimiento concursal de liquidación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ROCA, Encarna, 2005: “L’herència insolvent”, *InDret*, 2/2005.
- RUZ, Gonzalo, 2017: *Nuevo Derecho concursal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, 2013: “Décès du débiteur et procédure collective”, *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, N° 1, Janvier-Février, pp. 81-85.
- SANDOVAL, Ricardo, 2007: *Derecho Comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho de quiebras. Cesión de bienes*, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- SANDOVAL, Ricardo, 2016: *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- SANTA CRUZ, Gonzalo, 1913: *El problema jurídico de la herencia yacente*, Santiago, Imprenta Barcelona.
- SOMARRIVA, Manuel, 2003: *Derecho sucesorio*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica.
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO [SIR], 2014: *Convenios simplemente judiciales publicados en el Diario Oficial período 29.01.2006 y el 30.08.2014*. Disponible en [http://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/2014\\_AGO\\_CONVENIOS\\_SIMPLEMENTE.pdf](http://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/2014_AGO_CONVENIOS_SIMPLEMENTE.pdf) [Fecha de consulta: 11.12.2018]
- VARELA, Raúl, 1962: *Curso de Derecho comercial. Quiebras*, Santiago, Editorial Universitaria.
- YAÑEZ, Fátima, 2011: “El fallimento *post mortem* y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 728, pp. 3337-3366.

*Jurisprudencia citada:*

- CORTE SUPREMA, rol 4237-2000, *Banco Santiago con Sucesión Bernardino Gallegos Mellado*, sentencia de 3 de abril de 2000.

