



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

EL ARBITRAJE APLICADO A LOS PROCEDIMIENTOS CONCURSALES DE LA LEY N°20.720: UNA MIRADA PRIVATISTA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

MEMORISTA:

NICOLÁS ÁLVAREZ LETELIER

PROFESOR GUÍA:

DR. (C) CAROLINA SALINAS GARCÍA

VALPARAÍSO, CHILE

2016

A mi Lela, por su amor incondicional
A mi Tata, por las sonrisas diarias

ÍNDICE TEMÁTICO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA NOCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL CHILENO	4
1. Breve referencia a la finalidad del concurso.....	4
2. La lógica privatista de la Ley N°20.720	8
2.1. Legislaciones previas	8
2.2. Situación Actual en la Ley N°20.720.....	11
3. Manifestaciones de la visión privatista del Derecho Concursal	13
3.1. Visión General	14
3.1.1. Principio de Conservación de la Empresa	14
3.1.2. Par Condictio Creditorum.....	16
3.1.3. Principio de la protección adecuada del crédito	17
3.1.4. Principio de racionalidad económica.....	18
3.2. Acuerdo de Reorganización Extrajudicial.....	20
3.3. Arbitraje	23
CAPÍTULO II: LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LEY N° 20.720	24
1. Estado actual de la institución.....	24
2. La regulación del arbitraje en las leyes concursales chilenas	31
2.1. Situación previa a la actual legislación	31
2.2. Situación actual tras la entrada en vigencia de la Ley N°20.720.	33
2.2.1. Ubicación de la normas reguladoras.....	33
2.2.2. Ámbito de aplicación.....	34
2.2.3 Voluntariedad: fundamento de su establecimiento.....	36
2.2.4. El árbitro. Constitución y Competencia	37
2.2.5. Facultades generales y especiales otorgadas al árbitro.....	38
3. Arbitraje y Concursalidad: ¿El triunfo de la Visión privatista del Derecho Concursal chileno?	39
CAPÍTULO III: UNA REVISIÓN CRÍTICA Y NECESARIA DEL ARBITRAJE CONCURSAL.....	43
1. Reflexiones críticas sobre su implementación.....	43
1.1. Regulación deficiente e incompleta	44
1.2. carácter residual y subsidiario	45
1.3. Designación y carencia de árbitros.....	48
1.4. Los costos que implica el arbitraje.....	50
2. Una necesaria reformulación de la institución en el marco del concurso.....	51
2.1. La imperiosa necesidad de unificar su regulación	51
2.2. El arbitraje concursal como instancia previa a la intervención del Tribunal ordinario.	53
2.3. Disminución de costos	57

2.4. Sobre la persona del árbitro.....	58
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFÍA	60

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
C.Com	Código de Comercio
COT	Código Orgánico de Tribunales
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPR	Constitución Política de la República
DL	Decreto Ley
Inc. / Incs.	Inciso / Incisos
LA	Ley de Arbitraje española N°60/2003
LCE	Ley Concursal española N°22/2003
LACI	Ley N° 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional
LQ	Ley de Quiebras 1982
LRLEP	Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas Deudoras
LSA	Ley N°18.046 de Sociedades Anónimas
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RCEA	Revista de la Corte Española de Arbitraje
RChD	Revista Chilena de Derecho
RDPUCV	Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
REHJ	Revista de Estudios Histórico - Jurídicos
SIR	Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento
UNCITRAL	<i>United National Commission on International Trade Law</i>

INTRODUCCIÓN

El emprendimiento¹ en las actividades económicas por parte de los particulares es un aspecto central en el normal desarrollo de una sociedad moderna. En efecto, dicha labor no solo le otorga provechos a él, en cuanto a las utilidades que le reporte su ejercicio, sino que también beneficios para la sociedad en su conjunto, en la medida que su buena práctica fortalece y estabiliza el mercado y la economía.

Derivado de lo anterior, se produce también el fenómeno inverso, vale decir, el particular que se ve enfrentado a una crisis para hacer frente al cumplimiento normal de sus obligaciones, no solo perjudica a la sociedad, produciendo un eventual desequilibrio en la economía, sino que principalmente afectará los créditos comprometidos de sus acreedores. Por esta razón, estos últimos requieren tener a su disposición una gran cantidad de herramientas que les permitan alcanzar y sobrellevar de manera efectiva la situación de impotencia funcional y permanente del deudor. Este último, a su vez, requiere de parte del ordenamiento jurídico un reconocimiento tanto a su capacidad de emprendimiento, como a la adopción de medidas que le permitan reubicarse prontamente dentro del curso normal de la economía².

Para lograr lo anterior, es menester que, las normas jurídicas que regulen lo relativo al procedimiento concursal, aboguen no solo por una pronta solución del conflicto, sino que, además, dicha decisión sea tomada principalmente por los particulares, quienes, de forma voluntaria y deliberada, optaran por el mejor camino a seguir en la búsqueda de la maximización de sus intereses. El rol del Estado, bajo esta concepción, se limita, por un lado, a establecer de manera acabada dichos mecanismos, y, por otro, a ser un garante del debido respeto de los principales principios que emanan de la privatización del derecho concursal.

¹ De acuerdo a la RAE, emprendimiento es la acción de emprender, y ésta última consiste en “acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro”. Del punto de vista jurídico, una buena pauta la da SAIEH, para quien este se configura, positivamente, como una libertad asegurada por el artículo 19 N° 21 de la CPR, y negativamente, consiste en “impedir obstáculos y perturbaciones que interfieran arbitrariamente cualquier desarrollo empresarial, mientras éste se haga conforme a derecho y dentro de los parámetros que la propia Constitución señala”. SAIEH MENA, Cristián, *Derecho para el emprendimiento y los negocios. Los aspectos legales que un empresario debe conocer para generar ventajas competitivas*, Ediciones UC, Santiago, 2010, p. 39.

² TIRADO tratando la noción de “interés concursal” en la Ley Concursal española, lo expresa de la siguiente manera: “la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común”. Sin embargo, esta no sería la única finalidad, pues, en efecto, “la Ley Concursal incluye igualmente una serie de objetivos de orden público: la protección del tráfico, en general, y del mercado, en particular, cuando prevé la extinción de las personas jurídicas que hayan liquidado la totalidad de sus bienes, sin haber satisfecho con ello a todos los acreedores; y, sobre todo, la Ley persigue la defensa del interés público a través de la sanción de determinados comportamientos reprobables del deudor”. TIRADO MARTÍ, Ignacio, *Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal”: Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores*, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, n. 3, 2009, p. 1186-1187.

En nuestro país el camino no ha sido rápido y mucho menos completo. En particular, la Ley N°18.175 sobre Quiebras (D.O 28 de octubre de 1982, en adelante LQ) y sus modificaciones pertinentes (en lo pertinente, la Ley N°20.073, D.O 29 de noviembre de 2005), si bien innovaron y avanzaron en la búsqueda de soluciones particulares³, en el plano estructural mantenían en gran medida la concepción que atribuía, en lo sustancial, una especial relevancia a la quiebra como concurso exclusivo y predominante en el derecho concursal chileno.

Hoy, la Ley N° 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas (D.O 9 de enero de 2014, en adelante LRLEP) viene a transformar absolutamente la concepción imperante acerca del tratamiento a la empresa y/o persona deudora frente a un estado de insolvencia permanente. Así, lo reconoce la propia historia de la ley, particularmente el Mensaje Presidencial en cuanto señala que el objeto de la presente normativa es *“fomentar o estimular, en primer lugar, la reorganización efectiva de empresas viables, es decir, permitir que un emprendimiento dotado de posibilidades de subsistir y prosperar pueda superar las dificultades transitorias en que se encuentra, con ayuda de sus acreedores y con miras a permanecer como unidad productiva en el tiempo”*⁴.

En la práctica, y con el objeto de hacer efectivo el aumento de las posibilidades de solución privadas del concurso, el legislador a incluido de manera novedosa en el Capítulo VII de la LRLEP, arts. 295 a 298, una inédita regulación del Arbitraje Concursal, a fin de poner a disposición de acreedores y deudores una herramienta distinta al procedimiento llevado a cabo ante los Tribunales Ordinarios de Justicia⁵.

Su consagración es propia de la importancia que ha adquirido la institución arbitral, que en el siglo XXI principalmente, se ha alzado como una de las instituciones jurídicas que viven un proceso de modernización y aplicación sin precedentes. Así, aproximadamente diez años antes de la entrada en vigencia de la LRLEP, nuestra

³ En lo pertinente, SANDOVAL afirmaba que “la normativa concursal contenida en la Ley N°18.175, fuertemente inspirada en un criterio económico en cuanto a la finalidad de la quiebra, vuelve a otorgarle un papel protagónico a la junta de acreedores”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 164.

⁴ Mensaje Presidencial de 15 de mayo de 2013, en Historia de la Ley N°20.720, p. 7. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1058072>. Asimismo, cuando dicha situación no pueda ser viable, se transforma en deber del Estado: “hacerse cargo de las empresas que en algún momento dejan de ser viables, permitiendo que el emprendedor pueda rápidamente iniciar nuevos negocios, sin que el proyecto fallido signifique un lastre que le impida volver a ponerse de pie. Además, un procedimiento concursal más ágil y eficiente permite utilizar los recursos que quedan desaprovechados en esa empresa fallida en otras actividades, mejorando así la productividad, permitiendo generar nuevos puestos de trabajo y aportando al crecimiento económico del país”.

⁵ El artículo 3 de la Ley N°20.720 establece la regla general en materia de competencia para conocer de los procedimientos concursales destinados a organizar y/o liquidar los activos y pasivos de una Empresa o Persona Deudora, al disponer que estos “serán de competencia del juzgado de letras que corresponda al domicilio del Deudor”.

legislación subsana un vacío legal que requería un pronto tratamiento frente a la apertura comercial a nivel internacional que estaba teniendo nuestro país. Efectivamente, desde la entrada en vigencia de la Ley N°19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional (D.O 29 de noviembre de 2004, en adelante LACI), el desarrollo doctrinal y jurisprudencial del mismo, ha dado lugar a una rápida evolución de la institución y de su importancia en la resolución de conflictos jurídicos.

Sin embargo, este desarrollo doctrinal ha olvidado un análisis que, a nuestro juicio resulta del todo relevante, cuál es el determinar, analizar y precisar, desde la mirada privatista del proceso concursal, cómo el arbitraje se ha materializado formalmente en la LRLEP colocando, para ello, especial énfasis en la necesidad y fundamento de su establecimiento, sus ventajas y desventajas frente a la normal forma de substantación de la insolvencia llevada a cabo ante los tribunales ordinarios de justicia y la importancia práctica que éste ha tenido o no, transcurridos dos años desde su consagración positiva.

Para el logro de lo anterior, el CAPÍTULO I busca delimitar la noción privatista del derecho concursal, para lo cual es menester, analizar cuál ha sido históricamente la finalidad del concurso, de acuerdo a la naturaleza jurídica atribuida al mismo. Ello, nos dará el puntapié inicial para entender cómo la concepción de nuestro derecho concursal ha cambiado a lo largo del tiempo. En efecto, la noción privatista, fuertemente contenida en la LRLEP, ha incluido mecanismos que facilitan que sean las partes quienes tomen la última decisión a la hora de decidir qué hacer con el destino de los bienes del deudor en crisis, como lo son; el acuerdo de reorganización extrajudicial y el arbitraje concursal.

El CAPÍTULO II tiene por objeto analizar detenidamente cómo la LRLEP ha regulado la institución arbitral. Para ello, comenzaremos contextualizando la situación actual del arbitraje interno tras la dictación de la LACI, dando cuenta de las principales problemáticas que implica el dualismo existente de su conformación, y como éstas han impactado en la consagración del instituto en leyes especiales. Finalmente, veremos si la decisión legislativa de incluir el arbitraje concursal como mecanismo alternativo de resolución de controversias, implica el triunfo de la visión privatista del derecho concursal chileno.

El CAPÍTULO III tiene dos objetivos. En primer lugar, y tomando como base la arquitectura normativa explicada en el capítulo anterior, formula las principales críticas a la misma, a fin de dar a conocer la inadecuada y deficiente configuración que la LRLEP ha atribuido a la institución. En segundo lugar, se realizan propuestas personales que buscan contribuir a una mayor aplicación práctica del arbitraje concursal, que incluso, atendidas las características que lo rodean, podrían llevar a configurar su preeminencia como método de solución de controversias frente a la primacía del conocimiento jurisdiccional que la ley prevé.

Finalmente, en nuestro apartado CONCLUSIONES, daremos cuenta de los resultados de esta investigación.

CAPÍTULO I: LA NOCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL CHILENO

1. BREVE REFERENCIA A LA FINALIDAD DEL CONCURSO.

En sus orígenes, el proceso concursal ha sido objeto de una concepción que centra su preocupación en que el Estado por medio de sus órganos, debe asumir un rol activo y participativo en la búsqueda de la solución del conflicto derivado de un estado jurídico de incapacidad del deudor de cumplir con sus obligaciones.

Esta noción, es consecuencia de la concepción negativa que la bancarrota o quiebra tuvo en sus orígenes⁶, concebida como un castigo o sanción frente a la incapacidad económica del individuo de poder cumplir de manera normal y efectiva con sus obligaciones, razón por la cual, el Estado y sus órganos, debían proceder a exigir el cumplimiento de la obligación para con el acreedor por medio de la ejecución de los bienes del fallido.

Bajo este orden de ideas, la quiebra requiere y pone como elemento central la necesaria interferencia del órgano público, el cual, en atención al interés público comprometido, buscará otorgar una pronta solución al conflicto. Por lo mismo, el deudor, caracterizado como una persona digna de castigo, debía ser removido prontamente de la economía por los daños monetarios y sociales que producía a la misma⁷.

No se concebía justo ni necesario el establecimiento de mecanismos que permitieran a las partes adecuar y negociar la satisfacción de sus intereses, sino que las normas regulatorias de la quiebra, debían prevalecer a todo lugar. La quiebra se alzaba de esta manera como un procedimiento exclusivo y totalizador, que permitía, incluso, imponer la pena de muerte al fallido. La insolvencia, a menudo asociada al engaño, teniendo en cuenta la confianza públicamente escarnecida del acreedor, exigía una justicia implacable⁸.

No sería sino hasta el siglo XIX, en Francia, donde comienza a cambiar la perspectiva en torno a la finalidad del concurso, dando lugar a la llamada época clásica del

⁶ Para un análisis más detallado del origen negativo de la quiebra, Vid. PUELMA ACORSSI, Álvaro, *Curso de Derecho de Quiebras*, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985. El mismo autor es claro en señalar que las nociones de quiebra y bancarrota (*bankruptcy*, en inglés) son sinónimas y su origen se encuentra en la Edad Media; “los comerciantes, que ejercían su oficio principalmente en los mercados, acostumbraban a comerciar frente a un mueble de madera denominado banca. Cuando no pagaban a sus acreedores se les rompía o quebraba su banca, con el fin de que no siguieran comercializando” p. 6.

⁷ En este punto seguimos la concepción romana acerca del deudor insolvente, principalmente en su época arcaica, Vid. SOZA REID, María de los Ángeles, *El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico*, en *REHJ* n. 20, 1998. Disponible para su visualización en <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/276/264> [Fecha de consulta 4 de octubre de 2016]

⁸ DESUVIRE, Daniel, *La quiebra a través de los tiempos*, en Revista de Derecho Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, n. 199, año LXIV, 1996, p. 72. Disponible online para su visualización en pdf en: www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2558 [Fecha de consulta 4 de octubre de 2016].

derecho concursal. En efecto, el período de la codificación atenúa la concepción sancionadora inherente a la quiebra, modificándola por el modelo liquidatorio, en donde lo esencial pasa a ser la satisfacción de la acreencia mediante un procedimiento preestablecido.

De acuerdo a este modelo, el legislador debía establecer un sistema que permitiera a los tribunales de justicia asumir de forma activa y participativa la normal substantación del procedimiento, de modo que su actuación permitiera resguardar el funcionamiento y la estabilidad de la economía, uno de los principales motores de la vida social. De este modo, la concepción predominantemente publicista apuntaba a que la intervención drástica del Estado no busca sino remover el acto ilegítimo mediante la aplicación estricta del derecho preestablecido. El interés publicístico varía en grado e intensidad según la naturaleza del proceso; así en la ejecución colectiva supera de tal modo el interés privado, que fija las características primarias de la institución.⁹

Si bien la quiebra se estructura como un sistema que busca la satisfacción de los acreedores mediante la ejecución de los bienes del deudor, sigue existiendo detrás de esta concepción la necesidad de proteger preferentemente el interés público¹⁰. Así, el Estado asumiendo la protección de los acreedores que ven comprometidos sus créditos, busca subsanar el funcionamiento anormal de la economía. De este modo, aun cuando comienzan a configurarse mecanismos que permitan a las partes llegar a soluciones someramente negociadas, todo podía caer de un momento a otro ante la negativa de los tribunales de justicia, que veían que, en muchos casos, la solución privada no tomaba en cuenta los intereses públicos.

En la época postguerras, el modelo liquidatorio basado en la finalidad sancionatoria de la quiebra, comienza a desaparecer y a ser reemplazada por otro que centra su análisis en la finalidad conservativa que ha de tener el derecho concursal. Nos referimos, específicamente, al denominado derecho concursal contemporáneo o moderno.

Bajo este punto de vista, si bien se ocupa el postulado básico del modelo liquidatorio, según el cual frente a la declaración de quiebra del fallido la economía cae en un desequilibrio que afecta los intereses generales de la población, se toma conciencia que la sanción al deudor fallido, no responde a los intereses buscados e incluso, en ocasiones,

⁹ PROVINCIALI Renzo, *Tratado de Derecho de Quiebra* (trad. LUPÓ CANALETA, Andrés y ROMERO DE TEJADA, José), Editorial AHR, España, 1968 p. 37. El autor continúa profundizando en el sentido que la eficiencia del interés público respecto al privado está en función del hecho ilegítimo que da lugar a la apertura de la ejecución forzosa y que en la ejecución colectiva está constituido principalmente por la insolvencia.

¹⁰ Una buena explicación nos da sobre ello ALEGRÍA, en cuanto señala que “la unidad total del sistema se mantiene eliminando directamente las celular enfermas o muertas del complejo económico social. La tutela del crédito se obtiene con una operación de cirugía. Las empresas deficitarias o con problemas deben ser erradicadas, de manera que queden en el mercado sólo las fuertemente constituidas y sanas”. ALEGRÍA, Héctor, *Algunas cuestiones del Derecho concursal*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 53.

podría traer aparejadas consecuencias negativas mayores. De este modo, las empresas no se limitan ya, en razón de sus dimensiones, a arriesgar el capital de los socios, sino que, implicando la masa de los ahorradores o los entes que se ocupan de la intermediación del crédito, transmiten en ondas cada vez más anchas, los efectos perjudiciales de su insolvencia¹¹.

La concepción conservativa replantea la finalidad del concurso, pues, la quiebra en cuanto refleja, ipso facto, la desaparición de la empresa o persona deudora, no afectará únicamente a deudores y sus acreedores, sino que eventualmente a terceros que ven comprometido sus intereses. De esta manera, la tesis publicista que presupone la quiebra como el concurso de aplicación preferente y exclusivo frente al estado de insolvencia del particular pierde su sentido, pues no siempre y en todo momento, la eliminación del deudor en crisis implicará beneficios para los intereses comprometidos.

De esta manera, comienza a ingresar con fuerza la idea de la viabilidad de la empresa o persona en crisis. La legislación comienza a integrar mecanismos que permitan prevenir los efectos perjudiciales que conlleva la quiebra como solución exclusiva a un estado de insolvencia. Así, en muchos casos, puede ser conveniente para la masa que la empresa siga sus operaciones, ya sea transitoriamente, o mediante una continuidad efectiva del giro a largo plazo¹².

Pese a que del punto de vista económico resulta un tanto difusa la noción de viabilidad, lo cierto es que ella ha permitido introducir notables modificaciones en legislaciones comparadas, por ejemplo, a través de la figura de los convenios preventivos.

Lo característico de todas ellas, y que se transforman a su vez, en la parte negativa de este modelo, es que la decisión final continúa quedando en manos del tribunal. Por tanto, si bien se reconocía a las partes la posibilidad de negociar preventivamente la suerte que correrían los bienes del deudor y que configurarían la masa crediticia, lo cierto, es que bastaba que el tribunal se negará para que estos acuerdos no llegarán a buen puerto.

Para poner fin a estos problemas, surge, desligada de las visiones anteriores, la noción privatista del derecho concursal, que lo sitúa funcionalmente como una herramienta capaz de brindar a los particulares de la capacidad de decidir la suerte que correrá el estado

¹¹ SANTINI, Gerardo, *Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado*, en *La reforma del derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*, Editorial Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982, p. 39. cit. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *La visión privatista del Derecho concursal*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015, p. 31.

¹² CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Insolvencia y quiebra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, p. 292. El autor, da dos buenos ejemplos para entender la diferencia entre la continuidad transitoria de la empresa de una de mayor plazo. Así será transitoria, por ejemplo, la continuidad de un astillero a punto de terminar un barco o una fábrica de muebles a punto de entregar una gran partida de muebles para salas de clases que le ha encargado el Gobierno. Por su parte, la continuidad de largo plazo, la identifica con el hecho de haberse producido la quiebra de una empresa con mucho futuro, e intrínsecamente rentable, por situaciones financieras transitorias y/o solucionables.

de crisis económico del deudor. Así, aun cuando podamos reconocer la existencia de intereses supraindividuales comprometidos, éstos solo tienen el carácter de accesorios o convergentes a los intereses privados principales. El Estado de esta forma, representado por la actuación de los distintos órganos que intervendrán en la solución del conflicto, debe mantener una postura distante de la decisión final entregada a los acreedores organizados en las juntas de accionistas, resguardando en último término, el debido respeto sobre los principios básicos en que se estructura el derecho concursal. Éste, está al servicio de una finalidad primaria consistente en satisfacer a los acreedores de cara a la crítica situación patrimonial en que se encuentra el deudor¹³.

En definitiva, esta posición reconoce que si bien, algún interés de la sociedad puede estar comprometido con la eventual declaración de insolvencia del deudor, lo cierto, es que son principalmente los particulares quienes han de tomar la última decisión, atendiendo a que ellos poseen la información y herramientas principales para poner fin al concurso de manera más equitativa y acorde a sus propios intereses¹⁴.

Lo anterior se traduce, en términos simples, en la importancia indispensable y central del principio de autonomía de la voluntad propio del ámbito del derecho privado, pues la legislación debe otorgarles a ellos los espacios y herramientas necesarias para obtener la finalidad propia del concurso, cual es, la maximización de sus intereses involucrados. El propósito consiste en que el pago a los acreedores sea más eficiente, previa determinación del activo y pasivo, y ya sea mediante la realización de aquél o la rehabilitación del deudor.¹⁵

Nuestro país, de manera paulatina, comienza un cambio de enfoque respecto de las concepciones publicistas predominantes de antaño respecto de la quiebra, ya sea en su finalidad sancionatoria o conservativa. De acuerdo a la finalidad moderna y privatista, nuestro legislador se ha esforzado en establecer mecanismos que permitan a los principales involucrados una posibilidad real de llevar adelante soluciones heterocompositivas, integrales y negociadas por la preeminencia del interés privado por sobre uno público en la configuración y resolución del conflicto.

¹³ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, *El derecho de quiebras*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011. Compartimos parcialmente el planteamiento de los autores, pues a continuación señalan que la quiebra “tiene una evidente orientación de interés social y público. La quiebra, en definitiva, en cuanto afecta intereses como la circulación de la riqueza y el crédito público, interesa por sobre todo al Estado” p. 27. En el mismo sentido, SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho comercial*, 6ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 17

¹⁴ A nivel doctrinal, esta nueva visión de la finalidad del concurso se ha catalogado como el principio de la racionalidad económica que ha sido definido por WAGEMANN como “aquel que busca la más adecuada utilización de las instituciones existentes en el derecho concursal y que presenten la mejor oportunidad económica, a fin de obtener un óptimo aprovechamiento de los recursos del deudor o fallido”. WAGEMANN FARFÁN, Alex, *Salvamento de las empresas en crisis*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 104.

¹⁵ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, CARRASCO DELGADO, Nicolás, ORTIZ ROJO, Francisco, *Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos en la ley de quiebras chilenas*, en *Ius et Praxis*, Año 18, n. 1, 2012, p. 271.

De esta forma, los distintos ordenamientos han abogado por un retroceso más o menos acusado de la norma de solución de carácter imperativo para dar plena cabida a la decisión privada y a la dinámica de los acuerdos. En sistemas publicistas, al contrario, la idea de que el concurso tutele intereses extracrediticios no permitiría tal conclusión, en tanto no podría justificarse poner en cabeza de los acreedores una deliberación que toca aspectos tan sustanciales como el resguardo de intereses macroeconómicos, la supervivencia de la empresa para fines de mantención del empleo y el abastecimiento de la población o la dimensión sancionatoria del concurso¹⁶.

Sin embargo, el camino transcurrido en búsqueda de esta visión privatista no ha sido inmediato, y mucho menos completo, de manera que corresponde analizar sucintamente su evolución en el derecho nacional para, posteriormente, comenzar a desdibujar y materializar como ha influenciado en el desarrollo del derecho concursal chileno.

2. LA LÓGICA PRIVATISTA DE LA LEY N°20.720

2.1. LEGISLACIONES PREVIAS

En el origen de nuestras leyes concursales, se plasma de manera inequívoca la concepción publicista del derecho concursal. El C.Com de 1865¹⁷, en efecto, atribuía al juez una dirección casi absoluta en la substantación del procedimiento y en la designación¹⁸ y remoción¹⁹ de los órganos concursales que intervenían. La decisión final sobre el destino de la masa de bienes quedaba entregada casi de manera arbitraria y discrecional al tribunal comercial competente, sin perjuicio de algunos mecanismos de oposición del acreedor que permitían, someramente, una revisión de la resolución tomada.

¹⁶ Cfr. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *La lógica privatista y el conflicto de intereses de los acreedores en la regulación concursal*, en JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (ed.), *Estudios de Derecho Comercial, Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 521.

¹⁷ Dicha regulación no es la primera que existió en nuestro país, particularmente en lo respectivo a los convenios. En efecto, el Decreto Ley sobre juicio ejecutivo de 8 de febrero de 1837 (de las denominadas Leyes Marianas) que tuvo por objeto eliminar la normativa española vigente previo a la Independencia, señalaba en su artículo 121 “todo deudor, tenga o no tenga juicio pendiente con sus acreedores, o en cualquier estado que se hallare el concurso formado a sus bienes, puede hacerles las proposiciones de convenio que tuviere a bien”. Sin embargo, su consagración no implica, de modo alguno, un abandono del modelo publicístico en su vertiente sancionatoria y ello se puede apreciar en cuanto el artículo 149 establece que, “el deudor que solicitare convenio debe ser conducido a una prisión pública, durante el juicio de convenio, en los mismos casos que el deudor que hiciere cesión de bienes”. Para una visión más completa sobre este tema, vid. PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N°20.720*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago, 2014.

¹⁸ De acuerdo al art. 1412 son los acreedores en la primera junta quienes designarán, por mayoría, al síndico. “No concurriendo dicha mayoría, el juez decidirá cuál haya de ser el número de síndicos y la persona o personas que hubieren de desempeñar este cargo”.

¹⁹ El art. 1426 por ejemplo, señalaba que desde su designación el síndico debía presentar una memoria acerca del estado aparente de la quiebra. Si no lo hacía “el tribunal de comercio decretará la destitución de los síndicos, si el retardo proviniera, a su parecer, de negligencia o connivencia con el fallido”.

No existía, asimismo, una regulación de los convenios preventivos a la declaración de quiebra, sino que este, únicamente, podía llevarse a cabo una vez que esta última fuese declarada y se produjera la verificación de los créditos de los acreedores. Es más, dicho convenio solo podría ser llevado a cabo cuando no se tratara de la hipótesis de quiebra fraudulenta, y respecto de las demás (quiebra culpable o fortuita) su eficacia se sujetaba, en último término a la decisión del tribunal, en cuanto requería la aprobación del mismo (art. 1472), que se produciría siempre y cuando concurrieran los presupuestos previstos por la ley (art. 1475), sin perjuicio que su aprobación no obstaba para perseguir criminalmente al fallido culpable o fraudulento²⁰ (art. 1476). Como se puede apreciar, el modelo liquidatorio de la quiebra rige en todo lugar, y no se contemplan mecanismos eficaces que permitan, a los acreedores, tomar una decisión que maximice sus intereses.

La Ley N°4.558 de 4 de febrero de 1929 que tiene como principal función sistematizar la normativa de quiebras vigente y derogar el Capítulo IV del Código de Comercio de 1865, en lo que nos interesa, introdujo algunas modificaciones que no cambiaron sustancialmente la concepción predominante de la finalidad de la quiebra e incluso en algunos casos profundizaron la inexistente facultad decisoria de la junta de acreedores sobre el destino del concurso²¹. La satisfacción del crédito de los acreedores se mantenía de este modo como un propósito subsidiario a la debida y necesaria finalidad liquidatoria de la quiebra.

Las principales modificaciones de esta ley vienen de la mano del establecimiento de una diferenciación de causales de quiebra para el comerciante o el no comerciante,²² la creación de la Sindicatura General de Quiebras y la unificación en un solo cuerpo armónico y sistemático las disposiciones tanto substanciales como procesales de la quiebra.

De este modo, hasta 1982 no existía ninguna regulación positiva de mecanismos que permitieran que acreedores junto al deudor insolvente o en riesgo de insolvencia, extrajudicializar el proceso cuando ello pudiera ser más beneficioso conforme a sus necesidades, sobretodo, cuando el procedimiento de quiebras duraba en promedio ocho años y resultaba enormemente costoso para los fallidos²³.

²⁰ Para un análisis más detallado sobre los efectos penales de la declaración de quiebra, en su vertiente fraudulenta, culpable o fortuita, vid. PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho Concursal. Los delitos concursales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2016.

²¹ El Mensaje de la Ley N°4.558 señalaba en lo pertinente, que, “el estado del deudor, sea o no comerciante, cuyo patrimonio hace muestra de un evidente desequilibrio entre su activo y pasivo, no sólo perjudica el interés privado, sino que amenaza y compromete el interés público, el cual reclama la represión penal de todos aquellos que, culpable o dolosamente, dilapidan un mermado caudal, que es la única garantía de sus acreedores”

²² Al respecto, ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo, *Instituciones de Derecho Concursal: Las causales de quiebra y la sentencia de quiebra*, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004, pp. 38-47.

²³ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, op. cit. (n.13), p.14.

Lo anterior, también podía ser utilizado para propósitos de mala fe, principalmente respecto del deudor en cuanto este podía afectar la propia finalidad del concurso por medio de la amenaza de desarrollar actividades que condujeran inapelablemente a la liquidación de sus bienes perjudicando, mayoritariamente, a sus acreedores. Debido a que no existían preventivamente alternativas que permitieran anticipar los resultados, se podía manipular las normas en el caso concreto.

La LQ modifica este panorama. Si bien la quiebra se mantiene como concurso prevaleciente, asume una importancia fundamental la junta de acreedores en cuanto órgano que decidirá -en último término- el destino de los bienes del deudor. Los demás órganos concursales²⁴, si es que acaso intervienen se han transformado en entes funcionales para proteger sus intereses comunes, a efectos de asegurar que – al menos en teoría -obtengan colectivamente un mejor resultado en el cobro de sus créditos²⁵.

Sin embargo, pese a estos avances la ley sigue adoleciendo de la posibilidad de llevar el acuerdo a un ámbito extrajudicial, pues aun manteniéndose la imperativa necesidad de condenar al deudor fraudulento o culpable, no habría cabida para el arreglo privado puesto que este excluiría la reacción punitiva²⁶.

Las siguientes modificaciones de la ley, y particularmente, la Ley N°20.073 de 2005 que tiene por objeto *“reconocer a las partes, mayores alternativas para la solución extrajudicial del concurso mediante la regulación de los convenios concursales extrajudiciales, reconoce que su intención es la creación de una normativa que privilegie los acuerdos privados entre el deudor y sus acreedores por sobre la liquidación forzosa de la empresa que, muchas veces, en atención a su valor de liquidación, perjudica a los acreedores y que siempre perjudica a sus trabajadores y al sistema económico en general”*²⁷. Se materializa de este modo la concepción y finalidad conservativa del concurso, y se abandona, por consiguiente, la exclusividad de la quiebra como concurso previsto por la legislación que, en muchos casos, resulta ineficaz para dar lugar al cumplimiento de las finalidades del concurso.

Comienza a ser parte de la legislación concursal chilena, la concepción conservativa del concurso por sobre la preeminencia de la necesidad de castigar al culpable, intermedio

²⁴ Por ejemplo, en cuanto a los síndicos, el artículo 27 de la Ley N°18.175 establecía que su función, entre otras, es la de “representar los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representa también los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las facultades de aquéllos y de éste determinadas por la ley. [...] Le incumbe especialmente: 1.- Actuar en resguardo de dichos intereses y derechos, en juicio y fuera de él, con plena representación del fallido y de los acreedores”;

²⁵ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit. (n.11), p.4

²⁶ SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, op. cit. (n. 3), p. 183.

²⁷ Mensaje Presidencial de 10 de septiembre de 2014 en Historia de la Ley N°20.073. Disponible para su visualización en el link: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244392> [Fecha de consulta 4 de octubre de 2016].

del principio de conservación de la empresa, proveniente del derecho francés, basado en la lógica de la viabilidad de la empresa y/o persona deudora. Este principio, sitúa a la quiebra como un concurso excluyente, al que solo ha de llegarse, cuando la continuidad de la empresa no produzca beneficios para la economía o la satisfacción del crédito de los acreedores.

De este modo, el deudor, bajo ciertas limitaciones, podrá seguir desarrollando ciertas actuaciones tendientes a evitar su salida inminente del mercado y la reacción punitiva que ella traería aparejado. En consecuencia, el análisis conforme a este estándar tiene por objeto el examen minucioso de su capacidad futura para hacer frente a los diferentes compromisos de pagos por ellas asumidos²⁸. La consideración de nuevos intereses en el tratamiento de las crisis empresariales, especialmente el interés general en la preservación de la empresa como fuente de empleo y de producción de bienes y servicios, cuestiona el tradicional principio de la tutela preferente de los acreedores, propio del modelo de mercado²⁹.

Sin embargo, si bien dicho principio se ha mantenido en la actualidad, su forma de entenderlo a variado, particularmente basado en el principio de eficiencia económica. Como es de apreciar en las líneas anteriores, nuestra legislación concursal ha avanzado en el modo de entender la finalidad del concurso lo que ha favorecido el establecimiento de mecanismos negociados que permitan una resolución del conflicto que favorezca netamente los intereses privados, y si ello es posible y convergente, los intereses generales propios de la visión publicista³⁰.

2.2. SITUACIÓN ACTUAL EN LA LEY N°20.720

Con la nueva ley, las principales instituciones concursales han sufrido cambios sustanciales y estructurales en torno a adecuar la finalidad privada del proceso concursal. De este modo, se intenta pagar a los acreedores en forma conjunta con la liquidación del patrimonio del deudor o mediante un plan de insolvencia, y, en el caso del deudor honesto, brindarle la oportunidad de liberarse de su pasivo restante³¹.

²⁸ ROJO SUAREZ, Javier, *El análisis de viabilidad en el marco de concurso de acreedores: técnicas y modelos generalmente aceptados*, en ARIAS VARONA, Francisco (ed.), *Conservación de empresas en crisis, estudios jurídicos y económicos*, Editorial La Ley, España, 2013, p. 159.

²⁹ ZABALETA DÍAZ, Marta, *El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal*, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006 p. 29. La autora también realiza un análisis extenso de la normativa comparada, particularmente en Francia, con la finalidad conservativa de los institutos concursales del *redressement* y la *liquidation judiciaires des entreprises*; y en Italia con la institución de la *amministrazione straordinaria* de las grandes empresas.

³⁰ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit. (n. 11), p. 43.

³¹ PÉREZ RAGONE, Álvaro y MARTÍNEZ BENAVIDES, Patricio, *Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el Derecho Comparado Europeo*, en *RChD*, vol. 42, n. 1 2015, p. 94

Nuestra legislación, si bien se estructuró a lo largo del tiempo, mayoritariamente, en una finalidad liquidatoria y conservativa del concurso, comienza a profundizar en una concepción privatista del proceso concursal, al asumir que la capacidad negociadora de deudores y acreedores como principales y directos involucrados, son preferibles a la intervención de los tribunales de justicia.

En efecto, la declaración de quiebra de una empresa y/o persona deudora, no solamente trae aparejadas consecuencias desde el punto de vista económico o de mercado, sino además, - incluso por una cuestión cultural, si se quiere - producen una afectación en la confianza del deudor insolvente ante la sociedad, por un lado, por cuanto su prestigio y honorabilidad ante otros produce graves modificaciones, y por otro, para consigo mismo, en cuanto tendrá dudas e inseguridad a la hora de emprender un nuevo negocio.

De este modo, el procedimiento concursal vigente se estructura bajo una serie de principios que modifican y refuerzan la importancia que había comenzado a adquirir la autonomía de la voluntad no solo en lo referido a la forma de prevenir o los pasos a seguir frente a una insolvencia declarada, sino que también en la forma de llevar a cabo el concurso. La preeminencia del principio de la *pars condictio creditorum*, nos indica que el objetivo buscado a través de esta reforma es el tratamiento igualitario de los acreedores - salvo legítimas causas de prelación que el mismo establece -de modo que éstos, han de actuar en conjunto si quieren maximizar el pago de sus créditos.

Sin embargo, un análisis sistémico de la regulación actual de la LRLEP nos permite atenuar la anterior afirmación, por cuanto desde el punto de vista del Estado y su interés comprometido, el principio de la *pars condictio creditorum* también puede actuar como una limitación al principio de autonomía de voluntad. En efecto, el interés comprometido del Estado se materializa en la protección de la economía nacional en su conjunto, derivado de las posibles y eventuales fluctuaciones económicas que significa el inicio y la terminación de un procedimiento de insolvencia. Así, el resguardo que se pretende con su consagración, busca asegurar el correcto funcionamiento del mercado, y, por tanto, su protección excede al puro interés individual³².

Por lo anterior, si bien deudor y acreedores resultan ser personas con intereses divergentes y normalmente contrapuestos, no por ello, son incompatibles, y, al contrario, en muchos casos deberán actuar en conjunto para obtener la plena y máxima satisfacción de sus pretensiones. Desde este punto de vista, es más conveniente que la elección quede en manos de los acreedores, y que estos, en la correspondiente junta de accionistas que se llevará a efecto, decidan en última instancia, qué camino tomar. Asimismo, el deudor,

³² NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás, *Presente y futuro del Derecho Concursal Procesal Chileno. Una revisión desde el análisis económico del Derecho*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, p. 9

podrá seguir en el mercado a través de la continuación de su empresa y beneficiar con eso tanto a acreedores, como los intereses generales del Estado.

Este último jamás ha de tomar la decisión final. Su tarea ha de consistir en el establecimiento de estructuras que permitan a las partes una mayor coordinación de los créditos e incentivar los acuerdos. Se busca de este modo una protección debida del crédito comprometido, poniendo las herramientas necesarias para que los acreedores logren el cumplimiento de su acreencia.

De este modo, la LRLEP razona sobre un principio de neutralidad, en el que no corresponde a los órganos jurisdiccionales o administrativos la calificación de los acuerdos alcanzados por las partes a efectos de concederles efectos jurídicos³³. Para el logro de dicho objetivo, es innegable asumir como antecedente previo que, tanto el deudor (sea como empresa o persona deudora) como el acreedor son quienes tienen en sus manos la última decisión en torno a la satisfacción del interés privado comprometido en la relación jurídica, esto es, la maximización de las posibilidades de cobro.

Con ello, no queremos decir en modo alguno, que dentro del concurso no puedan comprometerse intereses generales, sino que ellos se verán satisfechos en la medida que la legislación en sí misma pueda generar mecanismos necesarios y efectivos que favorezcan una solución negociada e integral del estado de crisis del deudor³⁴.

Es menester, entonces, comenzar a delimitar de qué manera se ha construido la que denominamos noción privatista del Derecho Concursal, sus implicancias en el proceso y las principales consecuencias de su consagración en la legislación positiva a la hora de establecer distintos mecanismos de solución del proceso concursal que pretenden, en definitiva, optar por una salida alternativa y privada del conflicto.

3. MANIFESTACIONES DE LA VISIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL

Entendiendo que la noción privatista del derecho concursal nos conduce a señalar que la postura del Estado, en cuanto representante de los intereses de la sociedad, ha de ser subsidiaria e incluso accesoria, necesitamos centrar nuestro análisis en dos grandes manifestaciones de esta visión. En primer lugar, debemos analizar sucintamente la importancia predominante que la LRLEP concede a deudores y acreedores en la

³³ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit, (n.11), p. 17.

³⁴ En este sentido, ALEGRÍA quien sostenía que “los damnificados (acreedores) son, de por sí, los mejores administradores de sus propios intereses aun en condiciones de insuficiencia. Por ende, el Estado y sus jueces eran meros ordenadores del procedimiento, pero no actuaban la voluntad general a través de la aplicación de la ley. Esta operaba, por el contrario, por la acción de los mismos perjudicados”. ALEGRÍA, Héctor, op. cit, (n.10), p.82. En contra, PUGA VIAL, para quien “no es que el derecho concursal sólo sea una tutela del crédito y no de otras obligaciones patrimoniales; es tan sólo que la tutela concursal del crédito es lo que le confiere ciertos caracteres especialísimos que gestan la transformación de esta disciplina de base privatística, en un ordenamiento con marcados fines publicísticos”. PUGA VIAL, Juan Esteban, op. cit (n. 17), p. 50.

substantiación del proceso, relegando así, la postura de los Tribunales a funciones de verificación y de corrección de circunstancias que la misma ley prevé, y por otro lado, resulta necesario establecer qué mecanismos concede nuestra legislación a los particulares que permitan lograr la maximización de sus créditos e intereses involucrados.

3.1. VISIÓN GENERAL

La actual normativa de reorganización y liquidación contenido en la LRLEP (en adelante, la ley) se estructura sobre la base de una concepción principalmente dualista a la hora de regular la situación de crisis o insolvencia de un deudor. En efecto, el art. 1 de la ley señala que ésta tiene por objeto “reorganizar y/o liquidar los pasivos y activos de una Empresa Deudora, y a repactar los pasivos y/o liquidar los activos de una Persona Deudora”.

Para la concreción de dicho objetivo, la ley contempla dos procedimientos concursales con características y finalidades propias. En efecto, por un lado, se encuentra la reorganización o renegociación de empresas³⁵ y personas³⁶ deudoras, respectivamente, y, por otro lado, el procedimiento de liquidación común a ambas³⁷.

Así, la pérdida del carácter de concurso único y predominante de la quiebra se refleja, por un lado, en el establecimiento de nuevos principios que orientan los procedimientos actuales y, por otro lado, en la mantención de aquellos que tienen una importancia aun cuando la concepción del tratamiento del fallido y del proceso en general han cambiado radicalmente. Es menester que analicemos brevemente dichos principios.

3.1.1. PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

Es el principio concursal moderno que, sin lugar a dudas, introduce la nueva concepción de la quiebra basada en el principio de racionalidad económica. De acuerdo a este criterio, cuyos orígenes se remontan al derecho concursal francés, la ley concursal debe prever mecanismos suficientemente capaces de estimular una reorganización eficiente de aquellas empresas en crisis que guardan un cierto grado de viabilidad³⁸.

La nueva legislación ha sido respaldada y promovida en este sentido, por los más relevantes organismos a nivel mundial, tales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. La idea principal, es el salvamento de la empresa en crisis y no solo el

³⁵ Capítulo III de la Ley N°20.720, artículos 54 y ss.

³⁶ Capítulo V de la Ley N°20.720, artículos 260 y ss.

³⁷ Cuya regulación se encuentra en el Capítulo IV de la Ley N°20.720, artículo 115 y ss.

³⁸ En ese sentido, JACKSON señalaba “Bankruptcy law can and should help a firm stay in business when it is worth more to its owners alive than dead”. JACKSON, Thomas H, *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press by Beard Books, Washington, 1986, p.2.

pago a los acreedores, lo que se logra a través del establecimiento de normas reguladoras de la insolvencia que involucren el funcionamiento de los mercados globales³⁹.

Se trata en definitiva de provocar el resurgimiento del deudor y no su eliminación de la economía nacional ipso facto. Ambos objetivos, se vinculan directamente con la noción de viabilidad, en tanto por medio del desarrollo de un plan se persigue la continuidad de la actividad del deudor en el corto y mediano plazo, sin los costes económicos, temporales y reputacionales que conlleva la declaración de concurso⁴⁰. De esta manera, se permitiría que a través de la conservación y continuidad efectiva del giro de la empresa se pueda obtener la devolución de las deudas contraídas con los acreedores y, por qué no, su continuidad definitiva, cuando ello sea posible.

Pero no solo la continuidad efectiva del giro se estructura en esta materia, sino también podemos encuadrar aquí la venta de la unidad productiva⁴¹. En efecto, la transferencia del control de la empresa hacia un nuevo empresario, que aporte e incremente considerablemente las posibilidades de cobro del crédito para con los acreedores del deudor fallido, posibilita una solución prejudicial y conservativa de la empresa.

En nuestro país la regulación del procedimiento de reorganización de la empresa contemplado en la ley, alza como un objetivo de la normativa concursal la opción que se le entrega a los órganos concursales de optar por el camino que quieren seguir, vale decir, en aquellos casos que puedan y sean capaces de generar beneficios económicos para todos seguir continuando sus labores, con las limitaciones que la misma ley establece, o en caso contrario, dar paso al procedimiento liquidatorio. La capacidad de decidir apunta a hacer efectiva las propias finalidades del concurso; vale decir, la opción será tomada si ello es, por un lado, provechoso para el conjunto de acreedores, y por otro lado, para la economía de la sociedad en su conjunto⁴².

³⁹ Así puede visualizarse del estudio previo a la LRLEP en BONILLA CLAUDIO Y GUTIÉRREZ ELIZABETH, *Los costos de Quiebras en Chile en Estudios de información y control de gestión*, Universidad de Chile, Santiago, 2001, pp. 41 y ss.

⁴⁰ Cfr. ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, *El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos*, en ARIAS VARONA, Francisco (ed.), op. cit. (n. 28), p. 111.

⁴¹ LLORET y VAN HEMMEN señalan que constituye una unidad productiva el “conjunto de activos (tangibles e intangibles) y de relaciones contractuales entre agentes económicos (trabajadores, clientes, proveedores comerciales, financiadores externos [...]) cuya complementariedad posibilita a un empresario único aportar mayor valor que si se administra de forma separada en virtud de su transmisión a diversos agentes”. LLORET VILLOTA, Juan y VAN HEMMEN, Stefan, *Conservación de actividad empresarial en liquidación concursal: Parametros económicos*, en LLORET VILLOTA, Juan y MARQUÉS VILALLONGA, José María (coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Editorial Bosch, Madrid, 2015, p. 19.

⁴² Existen autores que, refiriéndose a este punto, y muy adecuadamente, contemplan la entrada de variables económicas que en definitiva llevan a optar por el camino a elegir. Vid. NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás, op. cit. (n. 31).

3.1.2. PAR CONDUCTIO CREDITORUM

Este principio, cuyos orígenes pueden contextualizarse en el derecho romano,⁴³ y que ha llegado hasta nuestros días, se traduce en el trato igualitario que han de recibir los acreedores en cuanto a las condiciones en que se desarrolla el proceso concursal y la satisfacción de su acreencia. De este modo, su centro de atención se centra en la justicia distributiva y en la igualdad que han de recibir los créditos involucrados en el estado de crisis de insolvencia, salvo, las legítimas causas de prelación⁴⁴.

Con todo, la formulación clásica de este principio plantea que la igualdad de trato de los acreedores se ha de apreciar también en la propia carga que se transforma para ellos soportar de forma igualitaria las pérdidas, observando las reglas de igualdad y equivalencia.⁴⁵ De esta forma, dicho principio que ha estado presente de manera continua a lo largo de la historia del derecho concursal chileno, se constituye como una garantía y carga para los acreedores respecto del crédito comprometido. La actuación en conjunto de los mismos, posibilitará una mejor y mayor distribución del producto obtenido de la liquidación de los bienes del deudor.

La normativa vigente contenida en la LRLEP es respetuosa de la consagración histórica de este principio, y por lo mismo, no es de extrañar que existan numerosas disposiciones⁴⁶ que ubican el principio de la *par conductio creditorum* como orientador e inspirador de toda la normativa concursal.

Creemos que, en lo que interesa principalmente a efectos de esta investigación, una representación fiel de la privatización del derecho concursal la encontramos en la suspensión del derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al deudor, de acuerdo al art. 135 de la ley.

Efectivamente dicho artículo tiene por objeto resguardar la igualdad de las condiciones al no permitir llevar a cabo una ejecución individual de liquidación -salvo excepciones contempladas en el inciso segundo- a efectos de no vulnerar la disponibilidad

⁴³ LAZO GONZÁLEZ, Patricio, *El contexto dogmático de la Par Conditio Creditorum en el Derecho Romano*, en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (dir.), *Estudios de Derecho Comercial*, Editorial LegalPublishing, 2011, p. 453-472.

⁴⁴ En este sentido, SANDOVAL para quien la finalidad primaria de este concurso es dar satisfacción a los acreedores frente a la situación patrimonial del deudor. Así, “el objetivo se busca distribuyendo el producto de la realización de los bienes bajo una ley de igualdad, principio denominado *par conductio creditorum* y en función del cual giran los fines de las normas concursales para lograr el cumplimiento armónico del crédito en forma igualitaria”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal*, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014, p. 37.

⁴⁵ Cfr. BAEZA OVALLE, José Gonzalo, *Derecho Concursal. Procedimiento de liquidación de bienes. La quiebra*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011, p. 195.

⁴⁶ Ejemplo de ello es el establecimiento de las acciones de revocabilidad objetiva y subjetiva previstas en los artículos 288 y 289; la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores que establece el artículo 134; la regulación de la protección financiera concursal dispuesta en el artículo 57 N°1, entre otros.

crediticia y contribuir a la maximización de los intereses conjuntos. Si la ley permitiera la solución contraria, se transformaría en una carrera entre los mismos acreedores a fin de determinar, cuál de ellos consigue primero ejecutar el patrimonio del deudor en mejores condiciones, vulnerando el crédito de aquellos que lo hacen en un momento posterior⁴⁷.

De este modo, en conformidad a este principio, asume absoluta relevancia la junta de acreedores como el principal órgano concursal a la hora de la toma de decisiones respecto del destino de los bienes del deudor. Nuestra actual legislación, intenta que, a través de la junta y con los quórum que ella establece, los acreedores puedan tomar una postura consensuada que beneficie a todos y cada uno de ellos.

3.1.3. PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN ADECUADA DEL CRÉDITO

Es, a nuestro juicio, el principio donde mayoritariamente se manifiesta la visión privada del concurso a la que hacíamos relación en el punto anterior, por cuanto, en virtud del mismo, el Estado debe colocar medios eficaces que permitan a los acreedores lograr la maximización de su acreencia. De este modo, el legislador debe establecer mecanismos que permitan a los acreedores reunidos en la junta respectiva, la toma de la decisión final sobre la suerte que han de correr los bienes del fallido.

Por consiguiente, si los mecanismos previstos, que buscan otorgar una adecuada tutela del crédito de los acreedores fracasan, al verse imposibilitados estos últimos de una satisfacción completa, es menester que en ese momento comience a llevarse a cabo el juicio concursal y la realización de los bienes del deudor⁴⁸.

Pese a que la intención subyacente a la legislación es que el conflicto sea solucionado en sede jurisdiccional, nuestra normativa actual amplía el abanico de soluciones concursales que ponen término al estado de crisis del deudor, a los que haremos referencia en breve.

⁴⁷ Tal lógica, según GOLDENBERG, puede resumirse del siguiente modo: “si los acreedores actuaran de manera separada, la ineficiencia no solo se verifica por la existencia de una reiteración de costos de supervisión, sino principalmente porque –tratando el patrimonio del deudor como un bien escaso que no tiene asignado a ninguno de los acreedores como único y exclusivo titular– cada uno de ellos actuará sin considerar los intereses de los demás acreedores”. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la par condicio creditorum*, en RChD [online], vol.37, n.1, 2010 [Fecha de consulta: 30 de octubre de 2016], p. 83. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071834372010000100004&lng=es&nrm=iso>.

⁴⁸ Cfr. GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, op. cit. (n. 13), p 28-29.

3.1.4. PRINCIPIO DE RACIONALIDAD ECONÓMICA

Propio del derecho concursal moderno⁴⁹ nace este principio cuyo propósito consiste en que el pago a los acreedores ha de ser de la forma más eficiente posible, previa determinación del activo y pasivo, intentando en lo posible la reorganización y reemprendimiento de los negocios comerciales, o en caso contrario, procediendo rápidamente a la verificación de créditos y al pago del producto obtenido de la liquidación de los bienes del deudor.

En efecto, como ya ha sido tratado en los principios anteriores, las decisiones más importantes del concurso son tomadas por la junta de acreedores, las que han de inspirarse, principalmente en razones de carácter económico, de cuyos resultados los propios acreedores habrán de supeditar el beneficio que aguardan para satisfacer las deudas involucradas en el concurso.⁵⁰

De este modo, creemos que en el principio de racionalidad económica convergen tantos intereses públicos como privados. Públicos, por un lado, al poner en práctica el principio de conservación de la empresa cuando la continuación efectiva del giro de la empresa en crisis produzca beneficios económicos y laborales.⁵¹ Y privados, por otro lado, al materializarse como fundamento de la noción privada del concurso, por cuanto, el principal órgano decisorio del destino de los bienes del fallido – la junta de acreedores – privilegiará llevar a cabo aquellas medidas que favorezcan la satisfacción de sus créditos, mediante el desarrollo de buenas políticas económicas.

De este modo, las decisiones adoptadas por la colectividad, conforme a los intereses colectivos compartidos y basados en la búsqueda de la mejor utilidad para ellos, se

⁴⁹ Sobre el particular, NÚÑEZ Y CARRASCO señalan que, en nuestro país, “La necesidad de modernizar la ley de quiebras surge de la constatación de que la modernización económica de Chile debe provenir de normativas que faciliten y promuevan la eficiencia económica y el buen desempeño del mercado. Entonces se hace imperiosa la adecuación de la ley de quiebras a dichos principios, de manera que se permita una reorganización de las empresas en crisis en casos que sean viables financieramente, o en caso contrario, favorecer una liquidación rápida de los activos, permitir la disponibilidad de créditos, la disminución de los costos de transacción que impiden el desenvolvimiento económico, acrecentar los espacios de transparencia y reducir los incentivos jurídicos y económicos para entrar a un procedimiento de quiebra”. NÚÑEZ OJEDA y CARRASCO DELGADO, Nicolás, *La quiebra sin bienes: Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, en *Ius et Praxis* [online], vol.17, n.1, 2011 [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2016], p. 144. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v17n1/art07.pdf>

⁵⁰ GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, op. cit (n.13), p.35

⁵¹ Por cuestiones de espacio, no hemos tratado otro de los principios importantes que inspiran la normativa concursal vigente, cuál es el de la tutela laboral. Por sobre todos, vid. SANDOVAL, para quien “la empresa tiene un fin económico cuya protección está prevista por el ordenamiento jurídico, y dentro de ella el elemento humano representa un aspecto cuyo amparado debe ser primordial para las legislaciones concursales”. SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, op. cit (n. 44), p. 44. En efecto, la insolvencia es un problema que afecta la marcha normal de una empresa, que, por lo mismo, afectará a quienes tienen una relación laboral con la empresa. Sobre las implicancias del punto de vista del derecho del trabajo, vid. CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *El destino de los contratos de trabajo frente a la empresa en crisis: Reorganización-Liquidación frente a la estabilidad laboral*, en RDPUCV, N°XL, Valparaíso, 2013, pp. 185-212.

enfrentarán con los deseos propios de los individuos singularmente considerados⁵². La idea, bajo el principio de racionalidad económica es que los acreedores, reunidos y actuando de manera colectiva, puedan disponer de herramientas que favorezcan el cobro de sus créditos.

Analizados los principios presentes en nuestra actual normativa concursal, es menester, efectuar una breve explicación acerca de cómo estos se conjugan con la visión privatista del derecho concursal.

En efecto, la LRLEP pretende la maximización del beneficio de los acreedores que, en términos prácticos, se traduce en una mayor tasa de posibilidad de recuperación de sus créditos⁵³. De este modo, se protege la igualdad de condiciones en la tutela del crédito por medio del establecimiento de mecanismos protectores sobre los bienes del fallido y dejando, principalmente a las partes, la decisión de fondo sobre los mismos, conforme lo exige el principio de la protección adecuada del crédito.

Como consecuencia de lo anterior, la concepción de la quiebra como mecanismo sancionador del fallido, no encuentra actualmente un correlato y desarrollo en la normativa concursal vigente, por cuanto su tratamiento ha quedado circunscrito a las leyes penales, tipificadas como delitos⁵⁴. De esta manera, el deudor no siempre deberá responder penalmente, favoreciendo la posibilidad de intentar llevar a cabo nuevos negocios o iniciativas económicas, cuando ello sea más provechoso conforme a sus intereses y a los de sus acreedores.

La carga aflictiva, emocional y social que conllevaba la quiebra de antaño ha sido eliminada, prevaleciendo un régimen de salvataje institucional. Se pasa, de este modo, de una extinción empresarial a una eficiente reorganización basada en el principio de la *pars condictio creditorum* y en la conservación de la empresa en crisis.

Así, teóricamente, el eje y fundamento del derecho concursal se centra principalmente en la satisfacción del crédito de los acreedores por sobre los intereses estatales comprometidos. De este modo, si bien es innegable la existencia de estos últimos intereses, los primeros, que durante muchos habían quedado en un segundo plano, han adquirido una relevancia importantísima, razón por la cual, nuestra legislación ha debido innovar y concentrar su preocupación en el establecimiento de mecanismos negociados que

⁵² LEVATI, María, SUTTER, Matthias y VAN DER HEIJDEN, Eline, *Leading by Example in a Public Goods Experiment with Heterogeneity and Incomplete Information*, Journal of Conflict Resolution, vol. 51, n. 5, 2007, p. 793. Disponible en <http://jcr.sagepub.com/content/51/5/c793.full.pdf> [Fecha de consulta: 1 de noviembre de 2016]

⁵³ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, CARRASCO DELGADO, Nicolás, ORTIZ ROJO, op. cit. (n.15), p. 271.

⁵⁴ No es nuestra intención referirnos particularmente a la regulación prevista en nuestro Código Penal para los delitos concursales pues ello excedería el ámbito de investigación de este trabajo. Con lo dicho, solo hemos querido reflejar el profundo cambio acerca de la noción y finalidad de la quiebra de antaño. Para un tratamiento completo de la materia, recomendamos a PUGA VIAL, Juan Esteban, *Derecho Concursal: Los delitos concursales*, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2016.

le concedan a las partes la posibilidad cierta, concreta y completa de llevar su conflicto a una sede distinta de la judicial.

Una vez delimitadas las implicancias de la visión privatista del derecho concursal chileno establecidas en la LRLEP y su relación con los principios inspiradores de la normativa vigente, conviene centrar nuestra investigación en un análisis en torno a la puesta en práctica de la misma por medio de los mecanismos que la ley prevé. Tal como señala GOLDENBERG “no es de extrañar que, basados en los fundamentos de la autonomía privada, se estime que son los particulares, especialmente los acreedores reunidos en las juntas, quienes deben determinar la solución concursal más eficiente en tanto se entiende que son éstos los primeros interesados en la protección de sus propios derechos”.⁵⁵

Esta posición no debe resultarnos ajena considerando que el ordenamiento jurídico civil y comercial han estado fundados inequívocamente en la idea de la autonomía privada y libertad de contratación. En efecto, son los particulares quienes conocen y manejan de mejor manera la información sobre sus intereses y pueden de esta manera negociar libremente la salida del concurso.

Para el logro del objetivo propuesto, comenzaremos analizando brevemente los acuerdos de reorganización extrajudicial, y finalmente, por constituir el centro de nuestra investigación, haremos un análisis minucioso de la regulación del arbitraje concursal.

3.2. ACUERDO DE REORGANIZACIÓN EXTRAJUDICIAL⁵⁶

Con el propósito de hacer efectiva la inclusión legal de una mayor gama de mecanismos de solución de la vía concursal, la ley ha regulado el acuerdo de reorganización extrajudicial. La visión privatista del concurso decantará en la posibilidad de que sean los propios individuos quienes puedan intentar llegar a un acuerdo lícito que resuelva la incidencia de la crisis en sus pretensiones de cobro⁵⁷.

El acuerdo de reorganización extrajudicial o también llamado acuerdo simplificado, tiene lugar entre la empresa deudora y sus acreedores y su finalidad es -al igual que el acuerdo en sede judicial⁵⁸-reestructurar los activos y pasivos de la primera. Su principal

⁵⁵ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit (n. 11), p. 43.

⁵⁶ Históricamente, el convenio extrajudicial tuvo su primer reconocimiento en la Ley N°4.558 de 1929 tal como da cuenta RONDANELLI R, Luis, *Del convenio judicial de acreedores*, Editorial Lathrop, Santiago, 1933, p. 58-59, continuando su tratamiento sistemático en la Ley N°18.175. Sin embargo, la Ley N°20.073 eliminó la normativa sobre el particular, permitiendo únicamente la celebración de convenios parciales entre el deudor y uno o más acreedores. Sobre la historia de la institución hasta la Ley N°20.720 recomendamos a PUGA VIAL, Juan Esteban, *Del convenio judicial de acreedores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 427-428.

⁵⁷ CONCHA GUTIERREZ, Carlos, *El proceso de quiebras. Su naturaleza jurídica*, Editores López-Viancos, Santiago, 1971, p. 17.

⁵⁸ En general y por expresa disposición de lo señalado en el artículo 106, se aplican las mismas normas previstas para los acuerdos judiciales, lo que incluye: condonación o remisión de créditos, nombramiento de

característica es que ella se lleva a cabo de manera privada entre acreedor y deudor, para finalmente someterse a la aprobación del juez civil competente. Sin embargo, en atención a la manera en que se lleva a cabo la forma de alcanzar estos objetivos y propósitos es deficiente.

En términos generales, su regulación es casi idéntica a la del acuerdo de reorganización en sede judicial. En efecto, se lleva a cabo la presentación del acuerdo ante el tribunal junto a los requisitos señalados en el artículo 107. Luego, se dicta la Resolución de Reorganización simplificada, que contempla, además, una pequeña pero adecuada protección financiera concursal.⁵⁹ A continuación, dicha resolución es publicada en el Boletín Concursal por parte del Veedor y comenzará la fase de impugnación, la que se tramitará incidentalmente y será resuelta en audiencia única.

Sin embargo, lo interesante viene al final, pues pese a que sustancialmente la adopción del acuerdo se lleva a cabo libremente entre las partes, de manera negociada, con un adecuado respeto al principio civil de la autonomía de la voluntad, resulta extraño que sea la propia ley la que lo califique como “extrajudicial” cuando el mismo art. 112 señala que deberá ser sometido a aprobación judicial⁶⁰ dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo, para lo cual el tribunal citará a todos los acreedores a quienes afecte el acuerdo para su aceptación ante él.

De este modo, si bien la ley reconoce en cuanto a su formulación, la preeminencia de la privatización o desjudicialización del proceso concursal, apartándose de la visión publicista que centra su atención en la imposibilidad de llevar a sede extrajudicial materias que comprenden cabalmente asuntos de interés general, pierde el horizonte cuando introduce finalmente su revisión a la decisión del tribunal.

Así, el que podríamos denominar mal llamado acuerdo de reorganización “extrajudicial”, sigue siendo respetuoso de la normativa de antaño que privilegia la intervención del órgano jurisdiccional por la desconfianza sobre la capacidad de acuerdo a que pueden llegar las partes de manera privada. Un

interventor, constitución de garantías, posibilidad del deudor de efectuar proposiciones alternativas, clases de acreedores, diferencias entre acreedores de una misma clase, cláusulas de arbitraje, entre otros.

⁵⁹ Entre otras, y conforme al artículo 108 esta comprende: la prohibición de solicitar la Liquidación forzosa del deudor e iniciar juicios ejecutivos en su contra; la suspensión de dichos procedimientos, si se hubieren iniciado y la prohibición del Deudor de enajenar o gravar sus bienes, salvo los necesarios para la continuación del giro.

⁶⁰ También da cuenta de esta situación, SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, op. cit. (n. 44), p. 103.

verdadero acuerdo de reorganización extrajudicial debería ser respetuoso de la lógica privatista, asumiendo la total independencia de cualquier clase de intervención del tribunal⁶¹.

Otra cuestión negativa del acuerdo simplificado, está configurado por el hecho que el cambio o la alteración imprevista de las circunstancias pactadas sobre la capacidad patrimonial del deudor, o bien, un incumplimiento de las condiciones previstas por el legislador, determinan categóricamente el término del procedimiento negociador y el paso a la liquidación⁶². De este modo, se manifiesta nuevamente la desconfianza en la solución negociada, que parece no encontrar en la práctica, una efectiva oportunidad privada de terminación.

A nuestro juicio, esta concepción privatista que intenta plasmar la ley y que se ve sujeta a una gran cantidad de limitaciones- todas las cuales, sin su debido cumplimiento conducen al intervencionismo estatal- es acertada, pero deficiente. Y lo es, porque la ley falla en establecer mecanismos concretos en que las partes puedan alcanzar acuerdos, de manera efectiva, libre y negociada.

Solo a modo de ejemplo, la ley no contempla una instancia legal en que se establezca imperativamente una serie de deberes específicos para las partes⁶³, de la oferta y de la demanda, normas de protección al acuerdo alcanzado, entre otras, que favorezcan el debido respeto en torno a la autonomía de la voluntad en todas sus etapas pre o extra concursales. Esta situación, nos lleva a finalmente a señalar que, si bien la decisión de introducir esta clase de acuerdos de reorganización es positiva, su tratamiento sigue siendo deficiente. La ley ha dado un paso adelantado, innovador, y vigente con las teorías modernas, pero ha equivocado en su debida implementación.

⁶¹ Terminológicamente, el acuerdo de reorganización extrajudicial viene en reemplazo del Convenio extrajudicial previsto en el artículo 169 de la LQ, sin embargo, este último si era verdaderamente extrajudicial, pues aun cuando tenía eficacia entre las partes que lo suscribían, no requería la aprobación del tribunal, sino que solo una homologación judicial.

⁶² Como da cuenta PULGAR, en el ámbito del concurso español sucede una cuestión similar, haciendo referencia a los arts. 1171, 1113.1, 1125 del Código Civil español, lo que determina que el concurso, que en principio, solo debería operar una vez que los mecanismos de renegociación-voluntaria, revisión o resolución-judicial hubieran fracasado, constituya sin embargo en la práctica el modo primario a través del que se abordan[...] las alteraciones extraordinarias e imprevistas en las circunstancias originarias del contrato. PULGAR ESQUERRA, Juana, *Refinanciación de la deuda: Un enfoque contractualista versus un concursalista de la insolvencia*, en ARIAS VARONA, Francisco (dir.) op. cit. (n. 28), p.5

⁶³ De esta forma, bastaría con que un acreedor a través de negociaciones externas quisiese perjudicar la celebración del acuerdo mediante la falta del quórum requerido, o en caso contrario, que mediante la falta de diligencia del deudor en la entrega de información veraz y cierta se forme un problema de selección adversa. Sobre el particular, vid. GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, *Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal*, en RDPUCV, n.42, 2014, p. 190-194.

3.3. ARBITRAJE

Por constituir la principal institución objeto de la presente memoria es que dejamos el análisis particularizado de su regulación en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO II: LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA LEY N° 20.720

1. ESTADO ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN

El origen del arbitraje, desde un punto de vista estrictamente jurídico, se encuentra en el Derecho Romano⁶⁴, particularmente en el marco del procedimiento de la *cognitio extra ordinem*, en virtud del cual aquellas personas que no deseaban que sus conflictos fueran resueltos por la justicia ordinaria, podían, acordar libremente la designación de un tercero denominado *arbiter* y dar solución por esta vía al conflicto jurídico, evitando de este modo, la intervención judicial.

No es de extrañar, entonces, que en nuestro país -fiel seguidor de la cultura romanística- la institución arbitral haya sido un común denominador presente y reconocido durante mucho tiempo, incluso, a nivel constitucional.⁶⁵ Sin embargo, su tratamiento a nivel interno se ha mantenido incólume desde la entrada en vigencia de la *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*⁶⁶ de 1875, cuyo sucesor directo es nuestro actual Código Orgánico de Tribunales del año 1943, que lo regula orgánica y estructuralmente en su Título IX, artículos 222 al 243.

Pero el COT no es el único cuerpo legal que regula la institución. Desde el punto de vista procedimental, la reglamentación quedó en manos del Código de Procedimiento Civil, específicamente en el Título VIII del Libro III, artículos 628 al 644.

Pese a ello, lo cierto es que la ley no se encarga de definir que ha entenderse por arbitraje⁶⁷, y ha sido la doctrina quien ha cumplido dicha tarea. Desde un punto de vista clásico, AYLWIN AZOCAR señala que el juicio arbitral es “aquel en el que las partes

⁶⁴ Sobre los orígenes del arbitraje de un punto de vista histórico, recomendamos, entre todos, DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, *Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile* en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (ed.), *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014, p 27-52

⁶⁵ Según da cuenta JEQUIER, el instituto arbitral ha estado presente durante toda la historia de nuestro derecho, aunque con diferente intensidad, según sea el caso. En efecto, lo estuvo en el Derecho Indiano, mediante su consagración en el Código de las Siete Partidas, en la Nueva y Novísima Compilación, y posteriormente fue tomado por las principales Constituciones hasta la de 1833, donde la misma releva la regulación de la institución a una ley especial, que sería en la sucesivo la *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile*, antecesor directo del Código Orgánico de Tribunales de 1943. Cfr. JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable*, en *Ius et Praxis*, Año 21, n. 2, 2015, p. 215-218.

⁶⁶ Un buen análisis sobre la historia del arbitraje en esta ley es la que realiza BIGGS, Gonzalo, *Evolución y singularidad de la institución arbitral en Chile* en VELASCO SANTELICES, Rodrigo y MORALES ANDRADE, Marcos (coord.), *Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. Colección de trabajos en homenaje a Arturo Alessandri Besa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 59-82.

⁶⁷ La gran mayoría doctrinal reconduce la definición legal al artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, que señala, “se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”.

concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante Tribunales Especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”.⁶⁸ ROMERO SEGUEL y DÍAZ VILLALOBOS, modernamente y complementado la anterior definición consideran que “por medio del arbitraje y a través de una convención, las partes deciden sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción estatal, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público por otro privado”.⁶⁹

En conformidad a lo señalado, lo que justifica su inclusión como mecanismo de solución de controversias es clara: la autonomía de la voluntad, principio orientador e inspirador del derecho privado, y cuya presencia se manifiesta -en mayor o menor medida- tanto en el origen como en la configuración de los elementos que rodean a la justicia arbitral.

Respecto del primero de ellos, nos referimos específicamente, a la regla general de nuestro derecho materializada por el arbitraje voluntario, conforme al cual, en principio, serán los particulares quienes decidirán qué conflicto jurídico someterán al conocimiento del árbitro para que éste ponga fin al mismo mediante la dictación de una sentencia que recibe el nombre de laudo arbitral. De este modo, como señala VÁSQUEZ, “partiendo de la tesis de que los ciudadanos en cuanto titulares de derechos subjetivos privados amparados por el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en cuanto elemento integrante de las relaciones jurídicas entre los mismos, nada puede impedir que sean ellos quienes decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción estatal”⁷⁰.

Sin perjuicio de ello, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad no es absoluto, pues nuestra legislación se encarga de establecer limitaciones a la misma. Por un lado, existen asuntos que en atención a la materia regulada y el interés estatal comprometido no pueden ser objeto de arbitraje, en cuyo caso nos referimos al arbitraje prohibido⁷¹, y, por otro lado, existen materias y conflictos jurídicos que, por expresa disposición legal, necesariamente deben ser resueltos en sede arbitral, caracterizando dicha figura como el arbitraje forzoso.

En efecto, existen materias que por su especificidad y complejidad no pueden ser llevadas y conocidas por tribunales ordinarios de justicia, sino que necesariamente se

⁶⁸ AYLWIN AZOCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953, p. 21.

⁶⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, *El arbitraje interno y comercial internacional*, 2ª edición, Ediciones UC, Santiago, 2016, p.2.

⁷⁰ Cfr. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *La autonomía de la voluntad en el instituto arbitral chileno*, en *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), p 249.

⁷¹ Más adelante nos referiremos a esta figura y su relación con el concurso.

requiere una cierta especialización y conocimientos técnicos por parte de quienes son los llamados a resolver el asunto controvertido. El arbitraje forzoso se constituiría, de este modo, como la única vía que la ley consagra para resolver conflictos, cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de detalles minuciosos⁷².

En cuanto a la segunda materialización de la autonomía de la voluntad, esto es, la configuración del arbitraje, debemos referirnos particularmente a la naturaleza del arbitraje interno, por cuanto ella determina la incidencia e importancia que se le reconoce al principio.

En un primer estadio, encontramos la denominada tesis jurisdiccional, en virtud de la cual el arbitraje es considerado una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios⁷³, cuya fuente siempre vendrá determinada por la ley y, por el hecho que el laudo arbitral generaría iguales consecuencias, desde un punto de vista procesal, que la sentencia dictada por un órgano jurisdiccional estatal, esto es, ser título ejecutivo para una posterior ejecución y producir el efecto de cosa juzgada⁷⁴.

De este modo, dado que la función jurisdiccional es una función soberana ejercida por el Estado a través de los órganos jurisdiccionales que la misma ley indica, es éste quien, en último término, confiaría y dotaría a la institución arbitral de las facultades que le son propias, esto es, conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 76 CPR). La autonomía de la voluntad de este modo, no existiría⁷⁵ en el ámbito del arbitraje, salvo en aquellos casos que

⁷² Seguimos en este punto a EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 54 y ss.

⁷³ GUZMÁN JORDAN, Julio, *Arbitraje y medidas precautorias* en Cámara de Arbitraje y Mediación de Santiago, 2014, p. 2. Disponible en: www.camsantiago.cl [Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2016]. Similar opinión sostiene AYLWIN, según quien “El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administración de justicia; la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público”. AYLWIN AZOCAR, Patricio, op. cit. (n.68), p.53.

⁷⁴ En este sentido, PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *Curso de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1993, p. 242.

⁷⁵ Una opinión incluso extremista es la propuesta por COLOMBO, de acuerdo a quien “en materia procesal el principio de la autonomía de la voluntad no tiene aplicación y tiene importantes limitaciones, ya que los sujetos para hacer uso de los derechos procesales deben sujetarse estrictamente a la ley que fija en cada caso el procedimiento que deben seguir. O sea, deben ejecutar sus actos de acuerdo a la ley y su autonomía sólo les servirá para decidir si los ejecutan o no”. COLOMBO CAMPBELL, Juan, *Los principios informativos del proceso arbitral en Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64) p. 114. Bajo nuestro punto de vista, el hecho que la ley supla el silencio o las diferencias que tienen las partes en la configuración de la institución, no sería una verdadera limitante de la autonomía de la voluntad, sino que un elemento integrador de la misma. En este último sentido, MALLANDRICH MIRET, Núria, *Los principios rectores del arbitraje: Manifestaciones y límites de la autonomía de la voluntad*, en PICÓ, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales*, Editorial JyC, Madrid, 2013, p. 430.

la ley, expresamente se remite a ella. Esta es la tesis que sostiene la mayoría de la doctrina nacional y también la jurisprudencia⁷⁶.

En contra de esta tesis, se postula la denominada tesis contractualista o privatista del arbitraje, conforme a la cual, tanto el origen como la configuración del arbitraje se basa en el carácter negociado y convencional que rodea la institución.

Por lo anterior, la misma ley, reconociendo su autonomía se ha encargado de establecer normas específicas que regulan su tramitación diferenciada de aquellas que rigen las actuaciones de los órganos estatales encargados de impartir justicia. Por esta razón, el arbitraje no tendría las características propias de cualquier juicio seguido ante los órganos jurisdiccionales.

La intervención del Estado en el arbitraje se justifica sólo cuando razones poderosas así lo aconsejan, como es la revisión del cumplimiento de los principios básicos del proceso.⁷⁷ Su actuación, por tanto, ha de ser subsidiaria a la capacidad negociadora de las partes, quienes determinarán la materia, las facultades del árbitro, el procedimiento a seguir, e incluso el modo de poner término al mismo.⁷⁸

Finalmente, ante la imposibilidad de dar cabida a ambos extremos, surge la denominada teoría ecléctica o mixta del arbitraje, conforme a la cual, la institución en sus orígenes sería contractual, mientras que en atención a los efectos que produce, sería de carácter jurisdiccional.

En efecto, el arbitraje surge a través del concurso de voluntades de las partes, quienes determinarán, en principio, el procedimiento a seguir y las bases sobre las cuales deberá el árbitro emitir su decisión, la que producirá los mismos efectos que la ley le reconoce a la sentencia dictada por un órgano estatal, siendo, en este caso, una función de carácter jurisdiccional.

Lo cierto es que, sea cual sea la tesis mantenida, la institución arbitral a nivel interno durante el siglo XX no sufrió mayores transformaciones, ni en lo sustancial ni en lo estructural. Por lo anterior, es que durante mucho tiempo ha funcionado de manera estable, configurándose como un mecanismo idóneo en ámbitos propios de lo privado, particularmente en materias civiles y comerciales. De este modo, lo común en estos

⁷⁶ La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 29 de agosto de 1986, caratulados “Urrutia con De la Maza”, señala en su considerando 3 que [...] “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se les otorga con el carácter de extraordinaria”.

⁷⁷ Cfr. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, op. cit. (n. 70), pp. 259-261.

⁷⁸ Esta tesis se encuentra íntegramente aceptada en España, por cuanto el artículo 25 de la Ley de Arbitraje (LA) dispone en cuanto a la determinación del procedimiento que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones, y solo a falta de acuerdo, podrán decidirlo los árbitros del modo que consideren más apropiado.

ámbitos, es que los contratos contengan compromisos o cláusulas compromisorias, en virtud de los cuales, los particulares acuerdan someter el conocimiento y fallo de cualquier controversia futura relacionada con el mismo al arbitraje.⁷⁹

Sin embargo, el estancamiento del arbitraje interno se contraviene con lo que sucedía en materia internacional. En efecto, paralelamente y como consecuencia de la modernización que viven las relaciones mercantiles y económicas, los mercados nacionales que, en sus orígenes se caracterizaban por su simpleza y concentración territorial, fueron evolucionando a un complejo campo de relaciones jurídicas involucrando elementos internacionales que no encontraban una regulación completa en el plano nacional. El comercio moderno, requería la superación de leyes imperativas que se convirtieran en un obstáculo para la contratación internacional⁸⁰.

En efecto, históricamente el comercio, se ha desarrollado de manera rápida por lo que son cada vez más recurrentes conflictos que se suscitan en materia procesal por el hecho de existir algún factor de conexión⁸¹ que rodea la relación jurídica comercial internacional. La actividad económica global reflejada en un movimiento transfronterizo de personas, capitales y bienes como nunca antes se había producido, coexiste así con una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales, independientes y desconectados entre sí⁸². De este modo, no solamente se presenta una mayor clase de controversias, sino que estas últimas, normalmente involucran una mayor complejidad y diversidad, donde el arbitraje se convertiría en la piedra angular para dar solución a los mismos.

Así, la creciente necesidad de cubrir la apertura económica que nuestro país había sostenido en los últimos años, forzaron la creación de un proyecto de ley con dos objetivos claros: modernizar el arbitraje internacional y convertir a Chile en una sede arbitral relevante en la región⁸³.

Para alcanzar el objetivo propuesto, se tomó como base el texto de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o UNCITRAL, por sus siglas en inglés) de 1985 que daría

⁷⁹ Cfr. HELMLINGER CASANOVA, Karin y CRUZ TAMBURRINO, Javier, *Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile* en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GOMEZ, Francisco Javier (coord.), *Arbitraje y Mediación en las Américas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, 2006, p. 116.

⁸⁰ Cfr. AGUIRREZÁBAL, Maite, PÉREZ RAGONE, Álvaro y ROMERO SEGUEL, Alejandro, *Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: Un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el derecho positivo chileno*, en RDPUCV, n. 36, 2011, p. 433.

⁸¹ Ídem.

⁸² ESPUGLES MOTA, Carlos, *Aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento de resoluciones*, en RDPUCV, Año XLIII, 2014, p. 298.

⁸³ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Recepcion del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible*, en RChD, vol. 38, N°2, p. 350.

lugar finalmente, en el año 2004 a la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (LACI)⁸⁴.

La LACI en efecto, significó, dignificó y realzó la importancia de la institución arbitral, en torno a la necesidad de especializar aquellos asuntos que atendidas ciertas características, requieren de un conocimiento de experto, una disminución de tiempos y de apartar a la jurisdicción ordinaria cuando carezca de las herramientas y conocimientos necesarios que implica la resolución del mismo. De este modo, en la actualidad, la regulación de la institución arbitral en nuestro país es dualista, independiente la una de la otra y, en ciertos casos, con marcados puntos de desencuentro. Analicemos algunos de ellos a continuación⁸⁵:

- a) En cuanto a su naturaleza: En nuestra doctrina, como vimos, existe discusión sobre la naturaleza del arbitraje interno y cuya respuesta determinará la importancia que se le otorgue a la autonomía de la voluntad. En el ámbito internacional, en cambio, la institución se concibe como un verdadero mecanismo alternativo de resolución de conflictos de carácter contractual y de libre negociación entre las partes, quienes determinan tanto el origen como la configuración del mismo.
- b) En cuanto a la relación con la justicia ordinaria: El arbitraje interno se sostiene sobre un rol directo, participativo e incluso proteccionista de los tribunales ordinarios tanto sobre el procedimiento, como a las posibilidades de revisión sobre el laudo arbitral. En materia internacional, al contrario, rige el principio de la intervención mínima, que sostiene que no han de existir interferencias o intromisiones inusitadas e intervencionistas por parte de los tribunales estatales⁸⁶.
- c) En cuanto a la fijación de las reglas del procedimiento: Conforme al art. 19 de la LACI, son las partes quienes gozan de libertad para decidir el procedimiento al cual deberá sujetarse el tribunal arbitral en sus actuaciones y, a falta de acuerdo, decidirá este último. Nuevamente vemos cómo en esta materia rige de modo absolutista el principio de la autonomía de la voluntad. En cuanto al arbitraje interno, debemos distinguir; tratándose de árbitros de derecho se aplicarán las normas contenidas en

⁸⁴ Para un análisis particular tanto de la historia de la Ley Modelo de la CNUDMI como de la Ley N°19.971, recomendamos, entre todos a SATELER, Ricardo, *Historia de la Ley N°19.971 sobre Arbitraje comercial Internacional en Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), pp. 523-539.

⁸⁵ Solo analizaremos los más importantes de ellos, y que importarán para el desarrollo de nuestra investigación, sin perjuicio de lo cual, existen -e incluso más importantes- muchas diferencias entre una y otra institución.

⁸⁶ En opinión de VÁSQUEZ, “el principio pretende respetar la autonomía del instituto arbitral, reconociendo -de paso- que esta no es autónoma totalmente, sino que requiere de la colaboración de los tribunales estatales para el éxito y eficacia del arbitraje, pero las mismas no pueden extenderse más allá de ciertas actuaciones precisas que poseen una finalidad perfectamente definida y coherente con la arquitectura de la institución”. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, op. cit (n. 83), p. 351.

los artículos 628 a 635 del CPC, mientras que tratándose de juicios seguidos ante árbitros arbitradores se aplicará lo dispuesto en los artículos 636 a 643 del mismo cuerpo legal. De este modo, no se admite que la voluntad de las partes pueda crear un arbitraje al margen de la legalidad.⁸⁷

Con lo dicho hasta el momento, hemos querido dar a conocer la situación actual del arbitraje en nuestro derecho, poniendo énfasis en la importancia que ha tenido el avance económico y comercial en la configuración moderna de la institución por medio de la LACI, y a su vez, dar cuenta del *status quo* existente a nivel interno que no cumple las exigencias propias de una justicia negociada, independiente y eficaz.

Asimismo, hemos analizado que nuestra regulación arbitral es dualista. En efecto, por un lado, encontramos una regulación anacrónica, conservadora, que dota a la institución arbitral como una extensión de la jurisdicción ordinaria, y, por otro lado, una regulación moderna, actual, liberal que coloca verdaderamente a la justicia arbitral como un mecanismo heterocompositivo de aplicación eficaz, favoreciendo con ello, una experticia y rapidez en la resolución del conflicto.

Esta problemática, sin embargo, indirectamente ha tenido repercusiones en aquellas materias de carácter comercial que no quedan comprendidas en la regulación de la LACI por cuanto falta en ella el elemento internacional que determina la aplicación de la misma, quedando sometidas por tanto a la regulación comprendida en leyes particulares y, en subsidio, a lo establecido en el CPC y COT. Ello ocurre, por ejemplo, en materia societaria, seguros y desde el año 2014 en materia concursal.

La procedencia del arbitraje en estas materias, no es un tema pacífico a nivel doctrinal, por cuanto normalmente se ha señalado que ellas involucran no solo cuestiones de naturaleza patrimonial y, por ende, privadas, sino que detrás y de manera preferente existe un interés estatal comprometido, por lo que su aplicación ha de tener las características de subsidiario y residual de la jurisdicción ordinaria.

Conviene, a continuación, centrar nuestra investigación en la columna vertebral de la regulación positiva del arbitraje concursal. Para ello, comenzaremos revisando, brevemente la implementación de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos a lo largo de las normativas que han regulado el procedimiento concursal de liquidación, y acto seguido, analizaremos, desde el punto de vista de la noción privatista del concurso, si su consagración se conviene a los principios modernos que rigen en materia concursal.

⁸⁷ Cfr. ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, op. cit. (n. 69), p.136

2. LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE EN LAS LEYES CONCURSALES CHILENAS

2.1. SITUACIÓN PREVIA A LA ACTUAL LEGISLACIÓN

En estricto rigor, la Ley N°20.720 no es la primera en que nuestra legislación hace alusión al arbitraje en materia concursal. En efecto, la Ley N°20.073⁸⁸, introdujo en la LQ la posibilidad de intervención de la justicia arbitral en el marco del convenio judicial de carácter preventivo.⁸⁹

Sin embargo, no lo hizo de la mejor manera. En efecto, la regulación del instituto arbitral era disímil y principalmente dualista, en cuanto si se trataba de un convenio aplicable a sociedades sujetas al control de la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS), o bien, si se trata de cualquier otra clase de convenios propuestos por un deudor.

En cuanto al primero de ellos, se establece la obligatoriedad -con excepción de las compañías de seguro- de que la proposición del convenio judicial deba ser presentada ante un juez árbitro que será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al domicilio de la sociedad (arts.180 y 181 de la LQ). Se trataría, por tanto, de otro supuesto especial de arbitraje forzoso contemplado en nuestra legislación.

Por su parte, tratándose de la proposición de convenios de otras clases de deudor, éstos también “podrán” ser sometidos a arbitraje, para lo cual, el deudor deberá contar con el apoyo de acreedores que representen, a lo menos, el 66% del total del pasivo (art. 184 LQ). De este modo, las partes podrán pactar en el convenio que las diferencias que surjan con motivo del mismo, particularmente en lo referido a su aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración puedan o deban ser sometidas al conocimiento o resolución de un juez árbitro y determinar la naturaleza del mismo.

Sin embargo, en ambos casos la ley señala que se tratará de un arbitraje de derecho (art. 181 inc. 3 LQ) salvo que las partes acuerden otorgarle el carácter de mixto, con el consentimiento de los acreedores que representen más del 50% del activo en el caso de las sociedades sujetas al control de la SVS o, en los demás casos, de un 75%. En tales situaciones, el árbitro será designado por la junta de acreedores (art. 183 LQ).

⁸⁸ Colocamos a esta ley en particular, pues es la primera que se encarga de establecer la procedencia del arbitraje en materia concursal. En efecto, la LQ de 1875 no hacía referencia a la posibilidad de pactar una cláusula arbitral, ni tampoco la prohibía, aun cuando en la práctica se usaban, lo que generaba la problemática de determinar que sucedía con el procedimiento arbitral en tanto hubiese sido dictada la declaración de quiebra, y, viceversa. Sobre el particular, véase a BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo, *Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una relación imposible?*, en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (coord.), *Estudios de Derecho Comercial*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, pp. 513-540.

⁸⁹ En la actualidad, dichos convenios corresponderían -salvo algunas notas distintivas- al acuerdo de reorganización judicial que regula la Ley N°20.720. El artículo 171 de la LQ define al convenio judicial preventivo como “aquel que el deudor propone, con anterioridad a la declaración de quiebra”. Para ello, citará a sus acreedores a celebrar ese contrato que podrá versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de quiebra.

Llamará la atención que este arbitraje no tenga lugar en el marco del procedimiento de quiebras propiamente tal, sino que ante cualquier contravención a lo establecido en el convenio, el árbitro debía remitir inmediatamente los antecedentes a la Corte de Apelaciones, para que ésta designará el tribunal ordinario competente que daría curso al procedimiento destinado a declarar la quiebra.

De esta forma la LQ restringe la figura del árbitro más bien a una función de mediador que de solucionador de controversias⁹⁰ ya que su misión consiste básicamente en acercar a las partes, para que éstas, puedan prever una eventual e inminente declaración de quiebra del deudor. Ante la negativa o contravención de lo suscrito en dicho convenio⁹¹, termina la participación del juez árbitro, dando lugar, nuevamente, a la judicialización del procedimiento.

Por lo demás, la normativa no respetaba las principales manifestaciones de la autonomía de la voluntad en materia arbitral. Expresión de esta afirmación es el hecho que existan reglas distintas según los sujetos que intervienen; un arbitraje de carácter forzoso frente a un arbitraje voluntario con reglas imperativas; el ámbito de aplicación de la institución, la cual solo procede en el marco de la celebración de convenios judiciales; la designación del juez árbitro que recae en la propia autoridad judicial, entre otras⁹².

Una vez que hemos analizado la figura arbitral que fue agregada a la LQ no queda sino confirmar que la legislación concursal, busca avanzar a pasos pequeños en la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de controversias distintos de la sede jurisdiccional, aun cuando sus soluciones sean deficientes y no se corresponden con los principios que reflejan a la institución arbitral.

En efecto, pese a que su establecimiento implica un avance impensado que favorece la visión privatista del concurso, su carácter publicista seguía estando profundamente marcado. Conforme a ello, la LRLEP debía seguir avanzando en ese camino, adoptando la idea establecida, pero modificándola en dirección a ampliar su ámbito de aplicación y, dotando a las partes de la debida autonomía de la voluntad que permitiera la configuración de un arbitraje como mecanismo eficaz, rápido y flexible.

⁹⁰ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *El arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, p.516.

⁹¹ La Superintendencia de Quiebras, hoy Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR), realizó un estudio sobre la cantidad de convenios judiciales preventivos tramitados entre los años 2010 a 2014, que demostró la poca aplicación práctica de dicho mecanismo. En concreto, a junio de 2014 se habían realizado solo 53 convenios preventivos, sin perjuicio de que algunos, a la fecha, terminaron en la declaración de quiebra. <http://datos.gob.cl/dataset/30324/resource/a595cb18-876b-45f8-a98b-da5c56b99187> [Fecha de consulta, 3 de octubre de 2016].

⁹² Volveremos sobre este punto en el Capítulo III de la presente investigación, pues muchas de estas críticas siguen ocurriendo en el ámbito de la Ley N°20.720.

El legislador debía reconocer finalmente, que el Estado, si bien es un titular de derechos comprometidos, debía quedar relegado como mero espectador, y conforme al principio de satisfacción adecuada del crédito, establecer mecanismos que permitieran a los particulares la búsqueda de una solución equitativa, negociada y autosatisfactiva. De este modo, el propio ente estatal vería también satisfechos sus intereses, tal como ocurre, en sede ordinaria.

2.2. SITUACIÓN ACTUAL TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N°20.720.

Nuestra actual legislación en el Capítulo VII de la ley -artículos 295 a 298 - nuevamente vuelve a regular el arbitraje. Sin embargo, esta vez, de manera distinta.

En un intento por cambiar la concepción imperante y pasar a una en donde las partes asumen -idealmente- una importancia central en la decisión definitiva del concurso, es que ha vuelto a contemplar este mecanismo de resolución de conflictos como una salida alternativa a la que pueden optar acreedores y deudores. Mediante el arbitraje entonces, podrán extrapolar el conflicto de la jurisdicción ordinaria, por una en donde regirán otras reglas y mecanismos que favorecerán, como veremos, la denominada visión privatista del Derecho Concursal.

Es menester, entonces, explicar de qué manera se ha estructurado la institución arbitral, poniendo hincapié en cuestiones como su ubicación dentro de la ley; su ámbito de aplicación; el fundamento de su establecimiento; las facultades especiales otorgadas al tribunal, y de qué manera su regulación beneficia y antepone la importancia que las partes deben asumir en el concurso.

2.2.1. UBICACIÓN DE LA NORMAS REGULADORAS

La LRLEP ha decidido regular en el Capítulo VII de manera especial, aparte e independiente el ARBITRAJE CONCURSAL, lo que demuestra una vez más la importancia que la institución ha adquirido en el tiempo.

En efecto, puesto que en la LQ tenía un ámbito de aplicación restringido, su ubicación también tenía dicha característica, pues se concentraba en breves disposiciones relativas a la celebración de convenios judiciales. Como veremos más adelante, en la actualidad y como consecuencia que las materias sobre las cuales puede recaer el arbitraje concursal se ampliaron, el legislador ha acertado en incluir su regulación en un acápite breve pero especial que da cuenta de una nueva visión sobre el mismo.

Sin embargo, si colocamos atención a otras disposiciones de la LRLEP, particularmente dentro de los procedimientos concursales en sí, no existe ninguna referencia o remisión a la posibilidad de conducir los concursos a arbitraje. A nuestro juicio, nuevamente se busca mantener la hegemonía del Estado en torno al conocimiento de

estos asuntos, relegando el conocimiento del asunto casi como una cuestión excepcionalísima y subsidiaria.

No existen mecanismos publicistas que den a conocer a los particulares la posibilidad cierta de llevar sus conflictos concursales a sede distinta a la jurisdiccional, generando confusiones y temores que no tienen una rápida solución.

Creemos que lo ideal hubiera sido que su ubicación se encontrara inmediatamente a continuación de la regulación de los procedimientos concursales, y que en el mismo articulado de estos últimos se hiciera una mención o remisión a la posibilidad de celebrar arbitraje, ampliando su conocimiento no solo hacia los particulares, sino que también para los propios operadores jurídicos.

2.2.2. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

La LRLEP, adecuadamente en nuestra opinión, amplía el ámbito de aplicación del arbitraje concursal, en cuanto éste puede tener lugar tanto en el procedimiento concursal de reorganización de empresas y personas naturales como en el procedimiento concursal de liquidación⁹³. Esto, conforme a lo señalado en capítulos anteriores, es la principal modificación que ampara, según nuestro juicio, la visión privatista del derecho concursal.

En cuanto al procedimiento concursal de reorganización, es el deudor quien manifestará su voluntad de someterse al arbitraje, acompañando al tribunal competente, junto a los antecedentes previstos en el artículo 56⁹⁴ de la ley, cartas de apoyo suscritas por acreedores que representen a lo menos la mayoría absoluta del pasivo del deudor, las cuales indicarán el nombre de los árbitros titular y suplente designados por los acreedores y sus honorarios.

En esta materia la ley vuelve a innovar, pues si bien se mantiene el hecho de que sólo el deudor podrá proponer la celebración del arbitraje, los quóruns establecidos son mucho menores en comparación a lo que ocurría en materia de convenios preventivos que sólo venían a restringir la posibilidad de que el procedimiento fuera objeto de conocimiento por un tribunal arbitral.

⁹³ El Mensaje Presidencial de la Ley N°20.720 señala que: “este capítulo establece las reglas aplicables al arbitraje concursal, el cual podrá ser aplicable tanto para los procedimientos concursales de liquidación como de reorganización, En el primer caso, la decisión de someterse a este sistema será tomada por la junta de acreedores, mientras que en el segundo caso será el deudor quien debe manifestar dicha voluntad”. p.13.

⁹⁴ Estos antecedentes son: 1° Relación de todos sus bienes señalando aquellos que tienen el carácter de esenciales, los que pertenecen a terceros y los que se encuentren a su poder en calidad distinta de dueño; 2° Certificado en que consta el estado de sus deudas, el nombre y domicilio de los acreedores, naturaleza de los créditos; 3° Balance completo correspondiente a su último ejercicio y balance provisorio al ejercicio actual.

Incluso, la LRLEP prevé en el artículo 69, adecuadamente según nuestra opinión, la posibilidad que las mismas partes introduzcan una cláusula especial en materia de acuerdos de reorganización judicial; en dicho caso las diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre éstos, con motivo de la aplicación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento del Acuerdo, se someterán a arbitraje, el cual será obligatorio para todos los acreedores a quienes afecte el Acuerdo. Dicha norma es replicada de la anterior legislación.

A continuación, se señala que, si el árbitro declara la terminación o el incumplimiento del Acuerdo, remitirá de inmediato el expediente al tribunal competente para que éste dicte la Resolución de Liquidación en conformidad a esta ley.

Creemos, que en esta última parte la ley vuelve a cometer un error. En efecto, si existe una cláusula arbitral que las partes libremente han introducido, es porque han manifestado su voluntad de que el asunto siga siendo conocido por el tribunal arbitral, aun cuando se trate de la liquidación correspondiente. Contrariando dicha interpretación, la ley ha dispuesto que el árbitro deberá remitir inmediatamente el expediente al tribunal ordinario competente.

Se aprecia, nuevamente la intención del legislador en torno a la preeminencia en el control y substantación del procedimiento concursal que ha de tener el Juez de Letras civil correspondiente, en cuanto nuevamente las partes, para dar curso a una liquidación en el ámbito del arbitraje, deberán manifestar su voluntad.

Con todo, la principal innovación viene ligada al procedimiento de liquidación donde, será la junta constitutiva o cualquier junta posterior la que podrá acordar, con quórum especial, someter el procedimiento a arbitraje, indicando en ese preciso momento, quienes deberán asumir el rol de árbitro titular y suplente, fijando, además, sus honorarios.

En efecto, el procedimiento de liquidación -columna vertebral sobre la que históricamente se estructura el concurso- normalmente era excluido de la posibilidad de conocimiento por un juez árbitro por considerarse que el asunto revestía un interés público comprometido que impedía actuar de ese modo, y, en consecuencia, solo el tribunal ordinario podía conocer del mismo.

En conclusión, nuestra ley incluye dentro del ámbito de competencia de la justicia arbitral a ambos tipos de procedimientos -previo cumplimiento de una serie de requisitos- que tienen en común la necesidad de contar con el consentimiento de los acreedores, reunidos en la respectiva junta de accionistas. De esta manera, son estos últimos, quienes, optando por una salida extrajudicial del procedimiento concursal, decidirán -al menos en lo referente a esta situación- extrapolar el conocimiento del concurso del órgano jurisdiccional ordinario.

A nivel de arbitraje internacional, si bien la legislación no prevé explícitamente la posibilidad que una contienda pueda ser objeto de conocimiento de un juez árbitro en el extranjero, tratándose de la insolvencia transfronteriza⁹⁵, la definición de “tribunal extranjero”⁹⁶, prevista en el art. 301 letra f, es amplia, por lo que también podría ser objeto del mismo. Distinto es el caso, en que corresponda a un tribunal arbitral chileno el conocimiento del asunto, pues la ley ha previsto ese caso en el artículo 303 de la LRLEP⁹⁷.

2.2.3 VOLUNTARIEDAD: FUNDAMENTO DE SU ESTABLECIMIENTO

De conformidad al art. 3 de la LRLEP los procedimientos concursales contemplados en esta ley serán de competencia del Juzgado de Letras que corresponda al domicilio del deudor. De acuerdo a dicha disposición, nuestra legislación ha privilegiado el conocimiento del concurso a tribunales ordinarios, en específico el Juez Civil de Letras, manteniendo con ello el principio general del artículo 154 del Código Orgánico de Tribunales⁹⁸.

Llama la atención que sea un juez ordinario quien está llamado a conocer este tipo de procedimientos, que definitivamente, son especiales atendiendo las circunstancias que rodean la materia regulada. A ello se suma, además, la problemática de la gran cantidad de carga de trabajo a la que se ven expuestos dichos tribunales, que dificultarán el conocimiento cabal de una normativa legal como la concursal que, en muchos aspectos, se aparta de aquellas que normalmente se insertan en el ámbito de competencia de estos tribunales.

Idealmente la reforma al sistema concursal no solamente tendría que haber ido en dirección al cambio de las normas sustantivas y procedimentales, sino que estructurales en torno al conocimiento del conflicto, a la creación de una justicia especializada.

Pese a que volveremos sobre este punto en el Capítulo III, bastará por el momento señalar, que nuestra ley, para solucionar este problema, ha dispuesto en el inciso 3 del mismo artículo que “*Los jueces titulares y secretarios de los juzgados de letras que*

⁹⁵ Conforme a PUGA, la insolvencia transfronteriza se refiere, en general a: “coordinar procedimientos concursales abiertos en el extranjero que han de tener efecto en Chile, esto es, sobre bienes o acreedores del deudor concursado. También se aplicará para eventos en que concursos abiertos en Chile hayan de tener efectos en el extranjero” o bien cuando “existen varios procedimientos concursales en dos o más países a fin de coordinar dichos procedimientos como si se tratara de uno, todo en aplicación del principio del tratamiento igualitario de los acreedores”. PUGA VIAL, Juan Esteban, op. cit. (n. 17), p. 653.

⁹⁶ Art. 301: Definiciones. Para los fines de este Capítulo, se entenderá: e): Por “tribunal extranjero”, la autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control, tramitación o supervisión de un procedimiento concursal extranjero.

⁹⁷ Art. 303. Tribunal o autoridad competente. Las funciones a las que se refiere el presente Capítulo relativas al reconocimiento de procedimientos concursales extranjeros serán ejercidas por los tribunales ordinarios de justicia, los tribunales arbitrales cuando les correspondiere intervenir y por la Superintendencia cuando se hubiese iniciado un Procedimiento Concursal de Renegociación de la Empresa Deudora...”

⁹⁸ Art. 154 COT. “Será juez competente en materia de procedimientos concursales entre deudores y acreedores el del lugar en que el deudor tuviere su domicilio”.

conozcan preferentemente de asuntos concursales deberán estar capacitados en derecho concursal, en especial, sobre las disposiciones de esta ley y de las leyes especiales que rijan estas materias”.

Así, la intención de la ley es dotar a la justicia arbitral de un carácter residual y subsidiario, en la medida que se llega a él sólo si el deudor presenta un Acuerdo de Reorganización con apoyo de la mayoría de los acreedores para que sea conocido y tramitado ante un juez arbitro concursal, y lo propio en el caso del procedimiento de liquidación, cuando así lo acuerde la Junta de Acreedores⁹⁹.

El arbitraje concursal se alza de este modo como una institución de marcado carácter facultativo o voluntario, sujeto a la manifestación de voluntad de las partes que, en nuestra opinión, atendiendo a la carencia de una justicia especializada en nuestro país, y en conformidad a la rapidez que se busca terminar y tramitar el concurso, debieron ser la regla general en nuestro derecho.

La voluntariedad, y más precisamente, el principio de autonomía propio del arbitraje se ve restringido, cuando la misma ley respecto a la naturaleza del arbitraje, elimina la posibilidad a las partes de elegir entre un arbitraje de derecho, un arbitraje de equidad o mixto, estableciendo imperativamente que deberá tratarse del primero de ellos. Por lo anterior, dicho árbitro deberá fallar con arreglo a la ley, y someter tanto la tramitación como el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas establecidas para los jueces ordinarios (art. 223 COT).

2.2.4. EL ÁRBITRO. CONSTITUCIÓN Y COMPETENCIA

En ambos tipos de procedimientos, el nombramiento de los árbitros titular y suplente no es de manera deliberada por la junta de accionistas en cuanto a la persona que actuará como tal, sino que la misma ley señala que esta designación solo podrá recaer en un árbitro que esté vigente en la Nómina de Árbitros Concurales¹⁰⁰, que para estos efectos llevará la Superintendencia (en adelante, SIR), y, que en caso de reemplazo, solo podrá escogerse otro árbitro de la referida Nómina, con el consentimiento del deudor.

Respecto a su constitución, ésta se producirá tan pronto como la persona designada por la junta respectiva, manifieste su aceptación y preste juramento ante el secretario del tribunal que hubiere conocido del asunto. En ese mismo acto, el árbitro deberá fijar su domicilio, el que deberá ubicarse en la misma jurisdicción del tribunal anteriormente señalado y, además, nombrará un secretario, que ha de ostentar la profesión de abogado (arts. 296 incisos 2 y 3).

⁹⁹ TORRES ZAGAL, Óscar, *El arbitraje concursal en la nueva Ley N°20.720*, en *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), p. 447.

¹⁰⁰Disponible en: http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/nominas/ley20720/nomina_de_arbitros_concursales.pdf.

En cuanto al tiempo de duración del cargo, se siguen las reglas generales, por lo que el árbitro deberá terminar sus funciones en el plazo de dos años salvo que las partes le otorguen un tiempo mayor. Esto es absolutamente beneficioso tratándose de un conflicto que requiere una actuación rápida y eficaz. En efecto, por los intereses privados y públicos comprometidos, los procedimientos concursales requieren un tratamiento y tomas de decisiones expeditas que favorezca a los mismos.

En el marco de los tribunales ordinarios de justicia, que de por sí, conocen una cantidad desmesurada de causas, sobre todo en lo que se refiere al juez de letras civil - donde incluso el trabajo se incrementa- no existe un plazo máximo de tiempo, salvo los que establece la ley, que en la práctica, difícilmente se respetan. El destino y la eficacia del concurso, en cuanto a su terminación, necesariamente vendrá determinado por la insostenible carga de trabajo a lo que estos se ven sujetos.

En cuanto a la competencia del árbitro, ésta se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los procedimientos concursales y a los incidentes que se promuevan entre ellos (art. 296 inciso 4). De esta forma, la ley le concede una competencia amplia, sin limitaciones de ningún tipo. Sin embargo, el inciso siguiente señala que en caso de que el Acuerdo hubiere sido rechazado¹⁰¹, el árbitro deberá remitir el expediente al tribunal competente, disposición sobre las que repetimos las críticas realizadas en el marco del ámbito de aplicación de la LQ.

2.2.5. FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES OTORGADAS AL ÁRBITRO

En cuanto a las facultades generales, pese a no existir disposición que así lo establezca, debemos hacer aplicación supletoria de lo establecido en las “Disposiciones generales” reguladas en el Capítulo I de la ley. En efecto, en este apartado se tratan todas aquellas cuestiones de aplicación común no solo en el marco de los principales procedimientos concursales, sino que también, debemos incluir al arbitraje.

Es así como, por expresa disposición legal, y atendiendo a que la ley dispone que se tratará de un arbitraje de derecho, cuestiones tan relevantes como notificaciones (art. 6); recursos (art. 4); incidentes (art. 5) y el cómputo de plazos (art. 7) se extienden a la regulación del procedimiento arbitral.

¹⁰¹ Las causales de rechazo del Acuerdo están contempladas en el artículo 96 de la ley, y son: No haberse alcanzado el quórum de aprobación necesario o porque el Deudor no otorga su consentimiento. Acto seguido el tribunal dictará la Resolución de Liquidación, salvo que la misma Junta de Acreedores disponga lo contrario por Quórum Especial. En este último caso, el Deudor nuevamente deberá publicar una propuesta de Acuerdo, para someterla a la aprobación de la Junta. Si no lo hace, o la Junta vuelve a rechazar la propuesta, el tribunal de oficio, dictará la Resolución de Reorganización.

Sin embargo, la propia ley atendiendo a la especialidad del procedimiento le entrega al árbitro ciertas facultades especiales de las cuales podrá hacer uso durante la tramitación del procedimiento (art. 298):

- a) En primer lugar, la LRLEP señala que, además de los medios probatorios regulados en el Código de Procedimiento Civil, el árbitro podrá admitir cualquier otra clase de pruebas y decretar de oficio diligencias probatorias que estime convenientes. Junto con ello, tendrá libre acceso a libros y documentos donde consten operaciones, actos y contratos del deudor.
- b) En segundo lugar, y más que facultad, se le ordena apreciar las pruebas de acuerdo a las normas de la sana crítica y consignar los fundamentos de dicha apreciación en la resolución.

En este apartado hemos querido dar a conocer la regulación histórica y actual que la institución arbitral ha tenido en el derecho concursal chileno. En efecto, sin lugar a dudas, el avance más importante que la LRLEP introduce, es la posibilidad que el arbitraje tenga lugar dentro del procedimiento de liquidación de empresas y personas deudoras, situación que durante mucho tiempo fue impensada en nuestro derecho.

En cuanto al procedimiento de reorganización nuestra ley también avanza en relación a la normativa anterior: no existen actualmente las infundadas e injustificadas diferencias en atención al tipo de deudor que podía extrajudicializar su estado de crisis y se han coordinado y disminuido sistemáticamente los quórums exigidos para optar por este mecanismo heterocompositivo de resolución de conflictos. En definitiva, se extiende el ámbito de aplicación de la institución.

Hemos querido, asimismo, comenzar a denotar indicios críticos en torno a las principales problemáticas que rodean su escueta regulación en la LRLEP, contenida en tan solo cuatro disposiciones y que analizaremos particularmente en el próximo capítulo. La pregunta ahora, se centra en conjugar las dos grandes cuestiones que han sido objeto de esta investigación.

3. ARBITRAJE Y CONCURSALIDAD: ¿EL TRIUNFO DE LA VISIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL CHILENO?

Cuando concluimos el Capítulo I relativo a la búsqueda de la noción privada del concurso, sostuvimos que éste situaba como eje central del concurso a la autonomía de la voluntad, a través de elementos que permitan -en último término- que sean las partes, en cuanto titulares de los intereses directamente comprometidos por un estado de crisis económico del deudor, las que tomen la decisión final sobre el proceso mismo y sobre la suerte que correrán los bienes del deudor, reunidos en la junta de acreedores.

Para ello, hemos analizado cómo y de qué modo, en la actualidad nuestra LRLEP regula en su Capítulo VII el denominado “Arbitraje Concursal”, como un mecanismo alternativo al que libremente pueden optar las partes para una pronta, mejor e ideal solución de su conflicto.

Con todo, la relación entre arbitraje y concurso no es una cuestión pacífica, particularmente en una cultura que tradicionalmente ha visto en este último una herramienta sancionatoria de los deudores incapaces de cumplir con sus obligaciones. En efecto, la existencia de intereses públicos que implica el concurso, hicieron impensada la posibilidad que las partes pudieran acordar que el procedimiento liquidatorio fuera materia objeto de disposición de ellas, en sede jurisdiccional distinta a la ordinaria.

La limitación del orden público, prevista intrínsecamente en aquellas materias que nuestra ley considera de arbitraje prohibido¹⁰², eliminaba esta posibilidad aun cuando no existía norma en particular que así lo estableciera. Sin embargo, paulatinamente dicha noción fue retrocediendo, predominando como regla general en nuestro derecho, el de la arbitrabilidad¹⁰³.

En efecto, la inclusión del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos vendrá determinado por la posición liberal o conservativa que implícitamente acompaña la conformación del sistema jurídico¹⁰⁴. La posición liberal, inexorablemente se une a nuestra visión privatista, en cuanto reconoce la procedencia del arbitraje en aquellas materias en que normalmente debía intervenir el Estado, pero que, en atención a la especialización, y la imposibilidad de los tribunales arbitrales de dar abasto -en términos humanos e intelectuales-¹⁰⁵ requerían de una desjudicialización de las mismas. Ello, ocurre en la actualidad no solo en el ámbito concursal, sino que también, por ejemplo, respecto del arbitraje de sociedades y en el ámbito de los seguros.

Consideramos que la inclusión actual de la institución responde a cuatro cuestiones, que podemos esbozar por medio de un paralelo entre la situación actual del concurso con aquellas que rigen al arbitraje, y que ya hemos tenido la oportunidad de analizar por separado:

¹⁰² Consagradas en el artículo 229 y 230 del COT.

¹⁰³ El concepto de arbitrabilidad puede ser visto en dos sentidos. Por un lado, dice relación con la posibilidad de una persona de someterse al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva), y, por otro, designa la posibilidad de someter la materia a arbitraje (arbitrabilidad objetiva). Vid. RAVILLON LAURANCE, *¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?*, en LOQUIN, Eric y MANCIAUX, Sébastien (dirs.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 57.

¹⁰⁴ Cfr. BORDACHAR URRUTÍA, op. cit. (n.88), p. 514.

¹⁰⁵ Sobre el particular, ROMERO y DÍAZ señalaban que la “relevancia de la institución es indiscutida si se considera que la formación del derecho privado ha estado encomendada, durante siglos, a las soluciones heterocompositivas privadas. Sólo en una época tardía, con la aparición del Estado moderno, ha ido surgiendo una visión predominantemente estatal de la justicia”. ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio op. cit (n. 69), p.1

- a) En primer lugar, de manera progresiva, nuestra legislación actual ha optado por anteponer los intereses de las partes tanto en la determinación del procedimiento a seguir, como en la decisión final sobre el destino de los bienes del deudor fallido. De esta manera la autonomía de la voluntad adquiere un rol central dentro del concurso: la junta de acreedores se alza como el órgano concursal más importante de él. Misma situación, ocurre en el marco de la institución arbitral que, tanto en su origen como en su configuración, se estructura sobre el principio de la autonomía de la voluntad.
- b) En segundo lugar, la inclusión de los principios modernos que inspiran la normativa concursal, representados principalmente por el principio de conservación de la empresa o persona deudora, el de racionalidad económica, y, en una nueva interpretación del antiguo principio de la protección adecuada del crédito han contribuido a favorecer y adecuar el rol del Estado. De esta forma, se impone al Estado la necesidad de establecer mecanismos eficaces que logren dar solución a un conflicto que amerita rapidez, negociación y confianza en un marco de relaciones privadas, que se logra también, con la regulación del instituto arbitral.
- c) La importancia que últimamente la institución arbitral adquiere en aquellas materias civiles y comerciales que requieren una cierta especialización propia de su naturaleza, y que, por lo mismo, no debieran ser objeto del conocimiento de la justicia ordinaria. En efecto, en el ámbito comercial, al cual pertenece el concurso, se requiere una cierta experticia técnica, de la cual, el tribunal ordinario carecerá. La nueva concepción e importancia que el arbitraje internacional ha tenido en los últimos años, ha repercutido también en la configuración y modo de entender el arbitraje a nivel interno.
- d) Los requerimientos teóricos que exige el desarrollo y conclusión del procedimiento concursal se corresponden a los beneficios¹⁰⁶ que entrega el arbitraje; la confidencialidad; discreción y reserva en el debate; su flexibilidad en cuanto posee una capacidad intrínseca para ser organizado con el objeto de dar una respuesta rápida a los conflictos jurídicos; la posibilidad de designar como árbitros a personas que cuentan con una mayor experiencia o conocimiento, sobre todo considerando que el concurso de una materia de alta complejidad técnica.

Previo a la dictación de la ley, el objetivo era la creación de un sistema que incorpore mecanismos de tipo mercado donde los acreedores decidieran el futuro de la empresa en quiebra, permitiendo la asignación del control de la empresa a los mismos,

¹⁰⁶ Ídem, p. 2-3.

respetando sus preferencias y buscando minimizar los costos de la reorganización¹⁰⁷. En palabras simples, la intención de modificar la regulación concursal debía apuntar a la configuración de procedimientos concursales judiciales y extrajudiciales que volviera a situar como indispensable a deudores y acreedores en la solución de los mismos.

Es precisamente eso lo que intenta hacer la LRLEP, pues en un primer lugar se encarga de regular sistemáticamente -aunque no exento de las críticas que ya hemos realizado- los acuerdos de reorganización extrajudicial y, finalmente, reconoce la posibilidad de abstraer el conocimiento del estado de insolvencia del deudor para entregárselo a la justicia arbitral. De este modo, debían ser los otros órganos concursales quienes cedían alguna de sus facultades y/o poderes, colocándolos ahora, en directo beneficio de los particulares quienes adoptaría uno u otro camino según fuera su voluntad.

Es indudable entonces, al menos en el plano teórico, que la ley avanza por medio de la procedencia del arbitraje concursal a hacer efectiva la visión privatista del derecho concursal, que les permita a los particulares -idealmente- una solución negociada, consensuada y voluntaria a los particulares, mediante la intervención de un tercero. Sin perjuicio de ello, aun cuando este reconocimiento pudiera sustentar y favorecer nuestra tesis propuesta, lo cierto es que la regulación actual de la justicia arbitral no es la más adecuada.

Y no lo es, por cuanto no ha eliminado del todo el germen propio de la noción publicista del derecho concursal, cuál es la preeminencia de los intereses generales involucrados y que se traducen en la decidida intervención de los órganos públicos, al punto de imponerse o restringiendo las soluciones privadas, en cuanto lógicamente no pueden ser los particulares quienes, sin mediar la dirección de la autoridad, garanticen debidamente la tutela de dichos intereses generales¹⁰⁸.

La LRLEP innegablemente da un giro importante en torno a la privatización del concurso, sin embargo, la falencia ocurre al momento de configurar los mecanismos de solución -donde se encuentra el arbitraje- que justifiquen la visión en torno a configurar una regulación eficiente que se transforme en un verdadero camino a seguir y que posibilite a los particulares, en último término, la obtención de los mayores beneficios económicos posibles. A fin de cuentas, en el marco del arbitraje, el triunfo de la visión privatista sólo queda en el plano teórico.

¹⁰⁷ BONILLA, Claudio, et alii, *Análisis y recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras*, Centro de economía aplicada, Universidad de Chile, Santiago, 2004, p.2.

¹⁰⁸ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit (n. 11) p. 12.

CAPÍTULO III: UNA REVISIÓN CRÍTICA Y NECESARIA DEL ARBITRAJE CONCURSAL

1. REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU IMPLEMENTACIÓN

Analizados los principales temas que configuran esta investigación y establecido el nexo de causalidad entre ellos, conviene centrar este capítulo, en una mirada crítica sobre la deficiente regulación y configuración que la LRLEP contempla sobre el arbitraje, de manera tal, que nos permita precisar con claridad las razones que nos llevan a afirmar tan sólo el triunfo teórico de la visión privatista del derecho concursal¹⁰⁹.

A continuación, y tomando en cuenta las críticas formuladas, que en un principio sólo enunciaremos, procederemos a exponer nuestras propuestas en relación a la figura, que intentarán en la medida de lo posible, favorecer el desarrollo y aplicación práctica del instituto arbitral dentro de un procedimiento que, ante todo, se corresponde a él tanto en su fundamento, como en las características que lo rodean.

Bajo nuestro punto de vista, como toda institución ajena que irrumpe en un marco jurídico que anteriormente no existía, o bien, era estrictamente limitado, el arbitraje concursal contenido en la LRLEP adolece de críticas que merecen una necesaria revisión.

El legislador, como suele ser habitual y entendible -al momento de regular una institución nueva- suele cometer errores, tanto formales y sustanciales que afectarán, en último término, la debida implementación y objetivos que se tuvieron a la vista a la hora de su establecimiento. Es esto, precisamente lo que ha ocurrido con el arbitraje concursal.

Nuestra intención no es condenar estos errores, sino que abrir un marco de discusión e interrogantes que permitan, en un futuro cercano, hacer aquellas correcciones que nos merece la regulación positiva de la materia, permitiendo así, idealmente, que el arbitraje concursal se posicione -por qué no- como una pieza central y fundamental dentro de los procedimientos concursales.

Para el cumplimiento de este objetivo, indisolublemente, debemos relacionar las críticas específicas con aquellas apreciaciones negativas que nos merece y que giran sobre la regulación general de la figura en nuestra legislación. En efecto, consideramos que ambas cuestiones deben verse de manera conjunta, por cuanto la regulación general repercutirá negativamente en la configuración otorgada a la institución en leyes especiales, donde se encuentra nuestro derecho concursal. Sólo a partir de este análisis, podremos entender y comprender el sustento básico de nuestras opiniones.

¹⁰⁹ Al decir esto, no queremos ser extremistas en decir que la visión privatista no tengo un reconocimiento en general en la LRLEP, pues en efecto, lo tiene y se contempla a lo largo de las disposiciones de la misma ley. Con esta afirmación solo queremos circunscribirlo al ámbito propio de esta investigación, cuál es, el de arbitraje.

Sin embargo, atendiendo a la gran amplitud que podría significar una investigación de este tipo, propondremos sólo aquellas críticas que, a nuestro juicio, repercuten más en la visión privada del concurso.

1.1. REGULACIÓN DEFICIENTE E INCOMPLETA

Como dijimos anteriormente, la regulación general del arbitraje en nuestro país se caracteriza por estar contenida en Códigos de la República (CPC y COT), es decir, en leyes generales junto a sinnúmero de otras materias. Por esta razón, su regulación adolece de insuficiencias y falencias que son entendibles atendiendo la época de dictación de dichas normativas, y a la imposibilidad de presagiar la importancia que la institución tendría en los tiempos modernos.

El arbitraje, en efecto, se ha expandido a materias especialísimas que requieren a su vez una nueva regulación, principalmente en el ámbito comercial. La tarea en el plano internacional, en buena o menor medida según sea la opinión que se sostenga, ha sido abarcada mediante la dictación de la LACI, algo que aún no ocurre a nivel interno y que amerita una pronta solución¹¹⁰.

Por esta razón, la reforma de la justicia civil exige revisar el sistema de resolución alternativa de conflictos. Así lo impone la necesidad de descongestionar el trabajo jurisdiccional, de potenciar las garantías de los justiciables en la substantación de las causas y de obtener decisiones que puedan ser efectivamente cumplidas dentro de un plazo razonable¹¹¹.

La tendencia comparada, sin embargo, es otra. La importancia que el arbitraje ha tenido, particularmente en materia internacional, ha contribuido a reflexionar sobre este punto, prefiriéndose su regulación en normas especiales que favorecen su autonomía y su ámbito de aplicación. Es lo que sucede en países como España¹¹², Alemania¹¹³ que han

¹¹⁰ Actualmente, en el marco de la reforma a la justicia civil en nuestro país, se ha comenzado a discutir esta situación mediante el Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Arbitraje Interno enviado por el Ejecutivo. En efecto, el Mensaje N°432-359 con el que se inicia el proyecto de ley que establece un nuevo Código Procesal Civil, señala, en lo que nos interesa: “deberán impulsarse, como complemento esencial de este Proyecto, normas orgánicas, adecuatorias, leyes complementarias para el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de conflictos, una nueva ley de arbitraje interno y, entre otros, una ley relativa a los asuntos voluntarios o no contenciosos. Tanto nuestra experiencia como la de otros países, revelan que sólo una visión modernizadora e integral de nuestro sistema de justicia civil, puede instalar, con éxito, cambios duraderos y eficientes.

¹¹¹ ABUAUAD DAGACH, Ricardo, *Notas sobre una reforma al arbitraje comercial interno*, en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo*, Universidad de Valparaíso, n.4, 2012, p.45.

¹¹² Ley 60/2003, de 23 de diciembre cuya entrada en vigencia data desde el 26 de marzo de 2014.

¹¹³ Ley de Arbitraje alemán de 22 de diciembre de 1997 que modifica la regulación contenida en el Libro X del Código Procesal Civil alemán (ZPO). Artículos 1025 a 1066. Disponible para su visualización en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf. [Fecha de consulta 27 de noviembre de 2016]

anticipado esta situación mediante la creación de leyes de arbitraje basadas en la Ley Modelo UNCITRAL.

El logro de este objetivo en nuestro país está pendiente, y sólo podrá ser materia de estudio luego de su necesaria modificación.

En el plano del arbitraje concursal, la situación no es muy diferente. Si bien podemos celebrar su inclusión y su ubicación especial e independiente, lo cierto es que la regulación solo se contempla en cuatro artículos, que como vimos, hacen referencia exclusivamente a cuestiones de derecho adjetivo. En cuanto al derecho sustantivo, se sigue a falta de remisión expresa de la ley, con las disposiciones relativas tanto al procedimiento concursal de reorganización como al de liquidación.

La intención de la ley, por tanto, es que el árbitro actúe tal y como lo haría el juez civil competente, predominando nuevamente en este caso, la teoría publicista del concurso y la teoría jurisdiccional de la naturaleza jurídica del arbitraje, que como ya tuvimos la oportunidad de revisar, no se adecua a las modernas premisas sobre las que se configura la institución arbitral.

De la lectura del articulado, puede desprenderse que hasta último momento el legislador titubeo en la inclusión de la institución, lo que derivó, a fin de cuentas, en una regulación deficiente e incompleta que intenta teóricamente ser beneficiosa para el destino del concurso pero que no lo conseguirá por las razones prácticas recién indicadas.

1.2. CARÁCTER RESIDUAL Y SUBSIDIARIO

Como consecuencia directa de la crítica anterior, e incluso si se quiere, como causa-efecto de ella, la relación entre la institución arbitral y la justicia ordinaria en el marco del procedimiento concursal de liquidación no es la óptima. Esta problemática, sin embargo, es necesaria reconducirla a otra sistémica, cuál es la ausencia en nuestro país de Tribunales de Comercio¹¹⁴.

Como tuvimos oportunidad de revisar, el desmesurado avance del comercio; la especialidad de las materias reguladas; la rapidez en la resolución de los conflictos, entre otras, constituyen argumentos de sobra para que nuestra legislación comience a cuestionar este vacío existente y avance hacia la creación de los mismos.

Pero ante la ausencia, son necesarias técnicas que permitan resolver la problemática en materia concursal. En efecto, los estudios preparatorios de LRLEP ya transitaban por dos opciones: la primera alternativa sería la creación de Tribunales Económicos, y la segunda, la especialización de algunos juzgados civiles existentes, cuyo conocimiento de

¹¹⁴ Sobre la historia de los Tribunales de Comercio en nuestro país, véase SOTOMAYOR, Pablo, *Tribunales de Comercio* en *RChD*, vol. 5, n.1-6, 1978, pp. 442-450.

asuntos se vea restringido a materias económicas¹¹⁵. Nuestra legislación optó, lamentablemente, por la segunda alternativa, con algunos matices desfavorables.

En efecto, el conocimiento de los procedimientos concursales, sean de reorganización o de liquidación, han quedado bajo la competencia de nuestros tribunales civiles, que carecen de las herramientas técnicas y expertas que exige la adecuada resolución del concurso y el predominio de aquellos intereses privados, atendiendo los principios y mecanismos sobre los cuales se estructura la normativa.

A nuestro juicio, la solución -absolutamente criticable- de nuestra ley, es la de capacitar, al menos una vez al año¹¹⁶, a los jueces titulares y secretarios de los juzgados de letras, a través de cursos que coordinará la Academia Judicial. No obstante, la exagerada carga de trabajo atendiendo la gran cantidad de materias que conocen estos tribunales, imposibilitará un debido conocimiento de la normativa concursal, con las exigencias técnicas, eficaces y de rapidez que a ella le hemos atribuido.

El insuficiente remedio legal, no sería tal si la ley hubiera contemplado una reforma orgánica estructural, en el sentido de dotar, a las materias comerciales de una jurisdicción propia de sus características. En efecto, la tendencia comparada en este punto vuelve a ser contraria al camino elegido. Solo a modo de ejemplo, en España¹¹⁷ la dictación de la Ley Concursal Española (LCE) coincidió con una reforma orgánica que incluye la creación de los Juzgados en lo Mercantil que conforme artículo 86 ter de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (similar a nuestro COT) le otorga jurisdicción exclusiva y excluyente en el conocimiento de las materias concursales¹¹⁸.

En nuestro país, esta problemática orgánica y estructural, repercutirá en la configuración que se le otorgue al arbitraje interno. El predominio de otorgar la competencia a los tribunales ordinarios, sigue respondiendo a la tradicional raíz de la visión publicista del concurso estructurada bajo el argumento de la incapacidad de los particulares, principalmente de los acreedores, de garantizar debidamente la tutela de los intereses

¹¹⁵ BONILLA, Claudio, op. cit. (n.107), p 12.

¹¹⁶ Según consta en la Historia de la Ley N°20.720, en un principio la intención fue que estos cursos se realizarán dos veces al año. Inexplicablemente, sin argumentos lógicos y de peso, se redujo esa cantidad a tan solo uno, según consta en el art. 3 inc.

¹¹⁷ Para un análisis detallado de la regulación del arbitraje en la LCE y LAE, véase, MARTÍN MORAL, María Flora, *El concurso de acreedores y el arbitraje*, Editorial la Ley, España, 2014.

¹¹⁸ No debemos pensar con esto que se excluye la posibilidad de someter el conocimiento del concurso en el marco de un arbitraje, sino que, siguiendo a PERALES, la interpretación correcta de esta declaración se efectúa en relación “a los jueces del orden jurisdiccional, esto es, los órganos que forman parte del organigrama previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, entre los que no se encuentra evidentemente la institución del arbitraje. PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, *Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia*, en *Foro de Derecho Mercantil*, Legis Editores, 2004, pp.14-15.

generales comprometidos en el concurso¹¹⁹. Esta posición es compartida por la jurisprudencia en el marco del antiguo procedimiento de quiebras¹²⁰.

De este modo, la regulación del arbitraje planteada por la ley, queda remitida a una posición excluyente y subsidiaria que no podría en caso alguno, restringir al tribunal ordinario del conocimiento de un procedimiento de liquidación, aun cuando los beneficios que otorga su conocimiento, tanto en cuestiones formales como sustanciales, se corresponden mayoritariamente con los objetivos buscados por la LRLEP en torno la resolución del concurso, y que extrañamente, no encuentran su correlación en la justicia civil.

A mayor abundamiento, este carácter residual se sigue manifestando en aquellos casos en que los particulares en uso de su autonomía voluntad decidan sustraer el conocimiento del conflicto de sede jurisdiccional ordinaria y otorgársela al árbitro, la ley continúa restringiendo su aplicación, pues ante cualquier tipo de contravención o rechazo al procedimiento que se sigue ante él, deberá enviar todos los documentos de manera inmediata al tribunal civil dando paso al procedimiento de liquidación, que, nuevamente vuelve a ser competente aun cuando las partes nada han dicho.

Los principales perjudicados de esta deficiente estructura orgánica indudablemente serán acreedores y deudores, quienes muchas veces, verán incumplidos el logro de los objetivos planteados en un marco privado de negociaciones, ante la gran cantidad de posibilidades existentes de control jurisdiccional.

Se trata, al fin y al cabo, como venía ocurriendo en la LQ luego de su modificación por la Ley N°20.073, de una derogación al reconocimiento de la autonomía privada cuando los particulares han decidido sustraer el conflicto de sede jurisdiccional. En efecto, la misma LRLEP se contradice cuando estipula en el inciso cuarto del art. 296 que la competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los procedimientos. En definitiva, la lógica de la ley podemos resumirla de la siguiente manera: “te entrego facultades, pero cuando quiero, te las restrinjo”.

Para terminar este punto, bastará decir que la LRLEP no fue consciente de la solución dada en materia internacional (LACI), donde frente a la imposibilidad de establecer un tribunal supranacional que se encargara de resolver conflictos contractuales comerciales de carácter internacional, se optó como solución la procedencia del arbitraje,

¹¹⁹ GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, op. cit. (n.11), p.12.

¹²⁰ La Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia de 28 de noviembre de 2002, caratulada “Inversiones Quinto Centenario Ltda”, señaló que “La especial naturaleza del procedimiento concursal, en el que la usual controversialidad inter partes da paso al sustrato de interés público y económico que lo mueve, a una representación de intereses de la masa de los acreedores por intermedio de la institución denominada sindicatura de quiebras, determinándose, consecuentemente, una intervención jurisdiccional que más que servir a los intereses subjetivos de los individuos, irá a la justa regulación de las acreencias pendientes”. Disponible en *Gaceta Jurídica*, n. 258, pp. 83 y ss.

como la figura que podría dar una mejor respuesta frente a la especialidad y características propias que acompañan el desarrollo del comercio. Ya nos referiremos a las posibles soluciones de estas problemáticas en el apartado de propuestas.

1.3. DESIGNACIÓN Y CARENCIA DE ÁRBITROS

El origen del arbitraje concursal encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, al ser éstas quienes podrán acordar la desjudicialización del concurso y promover el mecanismo alternativo de resolución de controversias que ha reconocido la LRLEP. Sin embargo, trasladándonos al ámbito de su configuración, el panorama para la autonomía privada no es el mejor si centramos la mirada en cuestiones tales como la elección de la persona del árbitro, los requisitos para actuar como tal, e incluso, la ubicación geográfica de los mismos.

En primer lugar, se afecta la autonomía de la voluntad en torno a la elección de la persona en que recaerá el conocimiento del concurso, por cuanto las partes deberán designar obligatoriamente alguna de las personas que incluya la nómina de árbitros que tendrá a disposición la Superintendencia.

De la visualización de esta lista¹²¹, constatamos que existen 73 eventuales abogados capaces de actuar como jueces árbitros. Sin embargo, de entre todos ellos, el 85% (62) tienen su domicilio en la ciudad de Santiago. Como podrá deducirse, existen regiones de nuestro país que no tienen posibilidad alguna de llevar sus procedimientos ante la justicia arbitral, sino es centralizando territorialmente el conflicto, porque efectivamente se carece de árbitros con domicilio en ellas.

Lo anterior resulta extraño, cuando es la misma ley la que intenta descentralizar a otros órganos concursales, como ocurre, con el Veedor, en tanto el art. 12 de la LRLEP señala que la correspondiente nómina de Veedores, *“contendrá las siguientes menciones: 1) Nombre completo, profesión, domicilio, datos de contacto y regiones en que se ejercerá sus funciones”*.

Por ello, indudablemente, en aquellas ubicaciones territoriales que carecen de árbitros domiciliados en ellas, la aplicación práctica y la posibilidad eficaz de desarrollar adecuadamente el mecanismo alternativo previsto se ve absolutamente limitado ante la carencia de profesionales que puedan actuar como tales. Se desprende, asimismo, que la intención de la ley fue la de otorgar a los árbitros competencia territorial a nivel nacional, con los detrimentos tanto económicos, comunicacionales y de celeridad que implica en el debido cumplimiento de sus funciones.

¹²¹ Disponible para su visualización en: http://www.superir.gob.cl/wp-content/document/nominas/ley20720/nomina_de_arbitros_concursales.pdf. Se contemplan en ella los árbitros concursales vigentes al 9 de octubre de 2016. [Fecha de consulta 30 de noviembre de 2016]

En segundo lugar, si bien celebramos la inclusión de requisitos para formar parte de la nómina de árbitros concursales, como el hecho de contar con título de abogado y experiencia no inferior a diez años de ejercicio de la profesión, consideramos que las exigencias debieron ser aún mayores, en la búsqueda de favorecer las exigencias técnicas y de experticia que rodean a la materia y que ya hemos tenido oportunidad de analizar.

Sin embargo, al igual como acontecía en la preparación y capacitación del juez y secretario del tribunal civil, la ley en los incs. segundo y tercero del art. 297 dispone que la SIR dictará los cursos de especialización necesarios para los árbitros que formen parte de la nómina, al menos una vez al año. La norma involucra realizar dos comentarios al respecto.

Por un lado, llama la atención el hecho que sea la SIR y no la Academia Judicial la que estará a cargo de los cursos de capacitación, como ocurre con la jurisdicción ordinaria. La crítica va ligada a la forma de organización que imperativamente dispone la ley, cuál es la de un arbitraje de derecho, equiparando tanto en la tramitación, como en las reglas sobre el fallo, a las actuaciones propias de la jurisdicción ordinaria. En este sentido, resulta extraño que sea un órgano de carácter administrativo a quien se encargue la tarea, cuando doctrinal y jurisprudencialmente la naturaleza jurídica atribuida al arbitraje en nuestro país se ha decantado por la tesis jurisdiccional.

Por otro lado, la disposición no viene sino a confirmar lo inadecuado que resulta que el concurso quede sujeto a la jurisdicción ordinaria común. En efecto, al disponer la misma cantidad de cursos de capacitación anuales, tanto para jueces como para árbitros, la disposición desconoce aquella característica propia de estos últimos, cuál es su especialidad y conocimientos técnicos en las materias llamadas a dar solución.

En tercer y último lugar, en materia de acuerdos de reorganización, la redacción del art. 68 de la LRLEP es confusa, en cuanto autoriza la estipulación de la cláusula arbitral para el conocimiento, interpretación, cumplimiento, terminación de los mismos, en cuyo caso dichas diferencia se someterán a “arbitraje”, sin aludir al tipo de arbitraje, calidad del árbitro y mucho menos si debe o no tratarse de un árbitro que forme parte de la nómina de árbitros que lleva la SIR.

Nuevamente se muestra la deficiente regulación del arbitraje en la LRLEP, particularmente en aquellas disposiciones en que se hace mención a la institución y que están fuera de la normativa especial contenida en el Capítulo VII. La solución a nuestro juicio, haciendo una interpretación sistemática de la disposición con las normas especiales, es que la intención del legislador decanta en el sentido que este árbitro también formare parte de la referida nómina, falle conforme a derecho y sea de carácter unipersonal¹²².

¹²² En este mismo sentido, TORRES ZAGAL, Óscar, op. cit (n.99), p. 455.

1.4. LOS COSTOS QUE IMPLICA EL ARBITRAJE

Indudablemente, un elemento importante a considerar por las partes al momento de optar por someter el conflicto a la decisión del árbitro, vendrá determinado por las características que el arbitraje implica desde un punto de vista económico y los costos que envuelve para los particulares tal opción. Esto se incrementa en el concurso, en cuanto implica regularmente, la existencia de un particular -deudor- que no puede cumplir de manera normal y permanente con sus obligaciones, y otro particular -acreedor-, que ve comprometido el cumplimiento de su acreencia ante esa situación de incapacidad económica.

Considerando lo anterior, en este punto podemos encontrar una fuerte ventaja de la jurisdicción ordinaria frente al instituto arbitral, cuál es la de gratuidad en el desarrollo del juicio, razón por la cual, los particulares ante la posibilidad de maximizar sus intereses preferirán naturalmente aquellas que les permita dar solución a la controversia implicando el menor costo monetario posible.

Sin embargo, esta gratuidad viene acompañada de otro problema. Los estudios previos a la dictación de la LRLEP en torno a las deficiencias del procedimiento de quiebra contenidos en la LQ, mostraban que el proceso de quiebras en nuestro país duraba en promedio 3,2 años, costaban un 14,5% de patrimonio y tenían una tasa de recuperación del 30%¹²³

Es por esta mínima capacidad de recuperación, que llama la atención la decisión legislativa de estipular que los honorarios de los árbitros deberán ser de cargo del deudor sobre el monto pactado con la junta de accionistas. Incuestionablemente, esta disposición vuelve a entorpecer la aplicación práctica de la figura, atendido el estado de crisis financiera y económica en que se encuentra el deudor, y al hecho que difícilmente contará con la solvencia monetaria necesaria para dar curso a un proceso concursal seguido en sede arbitral.

Estas razones, requieren de un pronto replanteamiento que favorezca tanto la celebración de convenios arbitrales como las posibilidades de recuperación de los particulares en atención a los intereses comprometidos. En efecto, debería esperarse un arbitraje cuando las partes puedan ganar riquezas a través de él, esto es, cuando, y sólo

¹²³ Estas estadísticas fueron recopiladas por el Ministerio de Economía y se encuentran disponible en: <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2015/06/Insolvencia-y-Quiebra-en-Chile.pdf>. Nuestro país comparado a los demás países que pertenecen a la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) se encontraba en una clara desventaja, cuando estos últimos, demuestran, en promedio, que los tiempos de duración de los procedimientos de quiebra son de 1,7 años y la tasa de recuperación, que se calcula en cuántos dólares recuperan los particulares al término del mismo, es la de un 71,9%.

cuando, los tribunales ordinarios sean relativamente ineficientes¹²⁴, tal y como ocurre dentro de nuestro actual proceso concursal.

A nuestro juicio, la capacidad de las partes de evaluar las ventajas de especialidad del árbitro y de los conocimientos que tenga acerca de la materia disputada, la rapidez del procedimiento y la personalización que se pueden alcanzar en él, no debieran llegar a compararse, con la onerosidad que implica el juicio arbitral¹²⁵.

2. UNA NECESARIA REFORMULACIÓN DE LA INSTITUCIÓN EN EL MARCO DEL CONCURSO

Realizadas las principales críticas que, a nuestro juicio, revisten la regulación del arbitraje en la ley concursal, queremos terminar nuestra investigación de manera propositiva, con el fin de poder dar pautas que permitan en el futuro configurar y reformular una institución que no ha tenido un adecuado tratamiento, y mucho menos aplicación práctica¹²⁶.

Para ello, pretendemos tomar en cuenta las principales apreciaciones negativas a que nos hemos referido en el apartado anterior y vincularlas, tanto con la visión privatista del concurso como con la evolución que ha tenido el arbitraje en nuestro país. Ambas cuestiones absolutamente vinculables entre sí, dan cuenta de la necesidad de consagrar mecanismos alternativos eficaces, privados y negociados que favorezcan la maximización de las pretensiones privadas y preferentes que el concurso involucra.

2.1. LA IMPERIOSA NECESIDAD DE UNIFICAR SU REGULACIÓN

Habida consideración del dualismo existente en la materia, consideramos absolutamente necesario adecuar la normativa interna en conformidad con aquellos avances que la institución ha tenido en el plano internacional.

En efecto, esta realidad trae consigo numerosas problemáticas que afectan la forma de constituir y configurar la institución en aquellas normativas especiales, que, en lo no regulado por ellas, se regirán subsidiariamente por las normas establecidas en el COT y CPC. De este modo, si establecemos un paralelo entre ambas, por un lado, las instituciones que dan lugar al arbitraje reciben soluciones diversas; y por otro, cada sistema se comporta

¹²⁴ HYLTON, Keith, *Agreements to waive or to arbitrate legal claims. An Economic Analysis*, Supreme Court Economic Review, 2000, p. 226 cit. por CAREY TAGLE, Jorge y FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo, *Los costos en el arbitraje*, en *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), p 165.

¹²⁵ De la misma opinión es FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, *El arbitraje interno como regla general de resolución de conflictos en los contratos*, en *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), p. 7.

¹²⁶ Según datos conferidos al autor de esta investigación por la Superintendencia de Reorganización y Liquidación por medio del Buzón Virtual al cual puede accederse en el siguiente link: <http://www.superir.gob.cl/contactenos/> “hasta el 22 de noviembre de 2016 no existe registro alguno de un arbitraje concursal”

en forma autónoma, sin un parámetro común y sin que las reglas de uno puedan aplicarse supletoriamente al otro¹²⁷.

Para alcanzar este logro y dar solución al problema, a nuestro juicio existen, dos posibles caminos. El primero de ellos, es el seguido a nivel comparado¹²⁸, donde junto con la promulgación de las normativas que regirán lo relativo al arbitraje internacional se optó por consagrar en las mismas, todas aquellas cuestiones referidas al ámbito interno. La reforma, por tanto, consideró la adecuación del arbitraje interno e internacional.

El segundo camino posible, a nuestro juicio, aplica a aquellos países que, tras la dictación de leyes especiales en materias de arbitraje comercial internacional con base a las reglas de la Ley Modelo de UNCITRAL, no modificaron, sustancial ni estructuralmente, la regulación del arbitraje a nivel interno. En estos países, donde se encuentra Chile, se requiere con prontitud una normativa especial, separada de la LACI, que adecue la regulación interna en torno a los avances y reconocimientos que la misma institución ha sufrido en los últimos años.

Celebramos por ello que, en el marco de una nueva justicia civil para nuestro país, el Ejecutivo haya puesto en discusión a través del documento denominado Borrador de Anteproyecto de Ley sobre Arbitraje Interno¹²⁹ una modificación a la regulación actual de la institución, siguiendo como punto de partida las principales directrices de la LACI¹³⁰.

Esta tarea, exige revisar cuál es la posición que debe ocupar el arbitraje en el cuadro de métodos de resolución de conflicto, y, asimismo, establecer aquellas medidas que deben complementarlo para que cumpla con eficacia y eficiencia su función.

En ese sentido, creemos que la regulación debe terminar con el marcado carácter jurisdiccional del arbitraje que predomina en nuestra legislación y que es poco respetuoso del principio de la autonomía de la voluntad sobre el cual se fundamenta no solo su origen, sino que su también las reglas asociadas a su configuración. Ello, implicará, la eliminación de aquellas materias de arbitraje forzoso, que, ante la configuración de un mecanismo de solución de controversias eficaz, carecerán de sustento alguno.

¹²⁷ ROMERO SEGUEL y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, op. cit. (n. 69) p.11. En este mismo sentido, FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “*Tópicos de la Ley N°19.971, sobre arbitraje comercial internacional*”, en *Estudios de Arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, op. cit. (n. 64), pp. 404-406.

¹²⁸ Como ya lo hemos dicho, encontramos aquí la LAE que incluye disposiciones comunes ya sea para el arbitraje interno como internacional. En particular, el artículo 1.1 dispone que: “Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional” (...), y el artículo 1.3 señala además que: “Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes” dentro de las cuales se encuentra el arbitraje concursal previsto en la LCE N°22/2003.

¹²⁹ En la Comisión de Expertos asesora y redactora del Anteproyecto, participaron los profesores: A. Romero; A. Jana; C. Maturana; M.F. Vázquez; J. Irrarázaval y M. Mereminskaya.

¹³⁰ En este mismo sentido VÁSQUEZ, quien frente a la dualidad existente considera “que la adopción de la LACI, debe servir a lo menos de referente para vislumbrar una nueva concepción del arbitraje que colabore en una gradual y profunda nueva concepción del instituto arbitral en su conjunto y no privativa del ámbito internacional. VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, op. cit. (n. 90), p. 39.

Conforme a lo anterior, el auge y predominio de considerar al arbitraje como regla general de solución primaria en los procedimientos comerciales vendrá determinada por una regulación moderna, que favorecerá la solución de los mismos conforme a sus especiales características. Se refuerza con ello, el rol meramente secundario que ha de tener la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de estas materias, al convertir el arbitraje en un sistema autónomo de solución de controversias¹³¹.

De esta forma, el legislador ha de intentar que la regulación del arbitraje sea atractiva logrando una mayor aplicación práctica de la figura. La judicialización de todos los conflictos jurídicos, como durante muchos años se ha pretendido en nuestro país, no implica per se, una mejor forma de administrar justicia, y ello ha sido comprobado luego de la entrada en vigencia de la LACI.

Todas estas modificaciones, inapelablemente cambiarán la concepción actual que se tiene de la figura, y, por lo tanto, repercutirá en aquellas leyes especiales que consagran la aplicación de la misma, como lo es la LRLEP. En efecto, si complementamos ambas propuestas el resultado provocará no sólo mayores beneficios desde el punto de vista técnico, sino que se reconocerá finalmente la preeminencia a la voluntad de los particulares en la búsqueda de una forma eficaz, negociada y autónoma de resolver el destino del concurso¹³².

2.2. EL ARBITRAJE CONCURSAL COMO INSTANCIA PREVIA A LA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL ORDINARIO.

Un país que carece de una jurisdicción especializada en materia comercial, llevará y arrastrará consigo una falencia natural sobre la manera de administrar justicia. Nuestro país, lamentablemente pertenece a esta realidad.

Somos conscientes que actualmente nuestros tribunales civiles, y en particular, los juzgados de letras están insertos dentro un sistema que impide una buena manera de administrar justicia. Argumentos tenemos de sobra; dilaciones en la resolución de conflictos; infinidad de materias que la ley ha otorgado dentro de su competencia; atochamiento de causas pendientes, entre otros, van en contra de las necesidades propias que requiere una materia especializada.

¹³¹ Así, a modo de ejemplo, el art. 5 de la LACI dispone que; “en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”. El Anteproyecto contiene en el art 8 idéntica disposición y añade en el numeral segundo que: “En los casos que sea necesario el auxilio del tribunal para la práctica de las diligencias decretas, el tribunal arbitral se dirigirá directamente mediante un oficio al tribunal del lugar donde se sigue el arbitraje o donde ésta tenga que producir sus efectos, indicando el objeto preciso de la diligencia o actuación”.

¹³² ABUAUAD refiriéndose al arbitraje en general señala que “un arbitraje con autonomía y mayor flexibilidad, permite cumplir de mejor manera los fines propios de esta figura, como son la rapidez en la obtención de soluciones, la adaptación de éstas a las peculiaridades del conflicto, la reserva de las discusiones y la especialidad de la resolución del conflicto”. ABUAUAD DAGASH, Ricardo, op. cit. (n. 111), p. 34.

Es por ello que, atendiendo lo expuesto en el apartado anterior, la solución primaria, a nuestro juicio, sería la de avanzar hacia el establecimiento de Tribunales de Comercio que conozcan todos aquellos asuntos y materias propios de este ámbito del derecho.

Sin embargo, atendiendo que, actualmente se encuentran en tramitación y discusión otros tipos de necesidades, que pueden ser o no más urgentes según se miren, lo cierto, es que nuestra tarea actual es proponer pautas y soluciones que favorezcan un debido conocimiento y resolución del objeto de esta investigación.

Bajo la visión privatista del concurso, veíamos que los intereses involucrados de deudores y acreedores, predominaban frente a aquellos de carácter público representados por el Estado. Sin perjuicio de ello, este predominio no hace excluyente el cumplimiento de los últimos, de tal manera, que podíamos afirmar que la observancia de los primeros daba paso a la realización de los segundos.

Conforme a lo anterior, la tarea del Estado es doble. Por un lado, asumir una posición meramente conservadora y observadora en el normal desarrollo del procedimiento que decidirán llevar las partes, y, por otro lado, asumir como función central el establecimiento de técnicas sustantivas y procedimentales que favorecieran mecanismos alternativos destinados a favorecer aquellos principios modernos que configuran esta visión del derecho concursal.

Lo cierto es que, en lo relativo a las reglas de procedimiento, la LRLEP no se hace cargo adecuadamente de estos mecanismos, pese a que las características del concurso así lo exigen. El establecimiento del arbitraje concursal avanza hacia la especialización de la justicia comercial¹³³, pero las deficiencias en la confusa arquitectura normativa no hacen sino confirmar su carácter accesorio y subsidiario a la jurisdicción ordinaria común, afectando con ello, la posibilidad de aplicación práctica de la institución.

A nuestro juicio, un remedio capaz de paliar estas problemáticas sería la posible consagración del arbitraje concursal como regla general de conocimiento y resolución de los procedimientos de reorganización y liquidación, en detrimento de las reglas de competencia establecidas en la LRLEP que sólo vienen a entorpecer el debido conocimiento, tramitación y resolución de todas aquellas cuestiones de carácter técnico que implica el concurso en si mismo.

Sin embargo, debemos ser cuidadosos para evitar confusiones. No queremos decir con esto, en caso alguno, que nos inclinamos por la consagración de los asuntos concursales en el listado de materias sujetas a arbitraje forzoso contempladas por nuestra legislación,

¹³³ Así también lo cree PUGA para quien *“otro aporte en el sentido de una justicia especializada es la universalidad del arbitraje que adopta la ley en el sentido de que no ya sólo los procedimientos concursales convencionales pueden sujetarse a un árbitro, sino también el proceso ejecutivo concursal representado por el procedimiento concursal de liquidación”*. PUGA VIAL, Juan Esteban, op. cit. (n.17), p. 281.

sino únicamente, que optamos porque la institución arbitral desplace a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento preferente del concurso.

En efecto, la opción de incluir el concurso en las materias de arbitraje forzoso del art. 227 del COT no se correspondería con el origen natural de la institución arbitral, que encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. Imponer una especie de obligatoriedad de seguir el procedimiento ante la justicia arbitral se transformaría en una carga a los particulares, y atentaría a su vez, contra dicho principio¹³⁴.

Tampoco, ha de entenderse este planteamiento, como una vulneración a las garantías jurisdiccionales propias de todo individuo, particularmente, su derecho de acceso a la justicia e igualdad ante la ley, pues bajo esta idea el particular siempre podrá acudir a la justicia ordinaria, en aquellas hipótesis que el procedimiento seguido ante el árbitro no haya llegado a buen destino.

La idea planteada, únicamente, tiene por objeto seguir perfeccionando y desarrollando favorablemente la idea de la autonomía de la voluntad, pues como ha quedado de manifiesto en las líneas precedentes, la jurisdicción ordinaria no responde, por diversas razones, al ideal de justicia especializada y a los altos grados de conocimientos técnicos y de rapidez que implica la solución del concurso.

Una solución similar a la planteada, se encuentra actualmente en la Ley N°18.046 de Sociedades Anónimas (LSA), que, si bien el COT trata como una de las materias de arbitraje forzoso, contempla, en la primera parte del art. 125 LSA, una limitación a la regla general al prescribir que, “El arbitraje que establece esta ley es sin perjuicio de que, al producirse un conflicto, el demandante pueda sustraer su conocimiento de la competencia de los árbitros y someterlo a la decisión de la justicia ordinaria”.

Lo mismo ocurre en materia de arbitraje marítimo, donde la regla general es que el conocimiento de toda controversia sea sometido a arbitraje, exceptuando esta situación “Cuando las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción ordinaria, sea en el mismo acto o contrato que origine la controversia, o por acuerdo que conste por escrito, anterior a la iniciación del juicio” (art. 1203 C.Com).

De este modo, la ley siempre dejará a salvo la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria cuando sus intereses así lo prefieran. Pero, en principio, se antepone la vía arbitral

¹³⁴ En este mismo sentido lo concibe gran parte de la doctrina nacional. Vid. ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, Juan Ignacio, op. cit. (n. 69), pp. 21-22; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, *Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad)*. *Formulación de una propuesta en aras de la modernización en Ius Et Praxis*, Año 20, n. 1, 2014, pp. 399-406; JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, *El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)* en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, pp. 476-470.

como la más adecuada para dar solución a un conflicto societario, que, en términos generales, reviste las mismas características y finalidades buscadas por el proceso concursal. La idea nuevamente se expresa bajo la intención de desplazar a una jurisdicción que no tiene las herramientas necesarias para cumplir con los propósitos inmanente del concurso.

Creemos, asimismo que, conforme a esta teoría, se respeta de mejor manera el criterio de complementación y cooperatividad que -idealmente- debe mediar entre la relación de la justicia arbitral y la ordinaria. A nuestro juicio, el principio implicaría tres importantes cambios en la normativa actual:

- a) El arbitraje al ser un mecanismo de solución alternativo de controversias, pasa a ser la regla general, lo que debe ser reconocido como tal por la justicia ordinaria. En razón de lo anterior, esta última, debe desarrollar una política de colaboración con las actuaciones que dicho concurso requiera, tales son, a modo de ejemplo, la aplicación de multas y sanciones a la buena fe.
- b) Los mecanismos de control¹³⁵ sobre el laudo arbitral por medio de la interposición de recursos deben ser *posteriori* a su dictación y restringidos a causales específicas. En efecto, a nuestro juicio la capacidad negociadora y especializada que acompañan al instituto arbitral permitirán de mejor manera el logro de los intereses privados, y cómo lo hemos planteado, idealmente los públicos. Las causales específicas de revisión del fondo del laudo arbitral, deberán ir en el sentido de proteger estos últimos, cuando se vean comprometidos en gran medida.
- c) El principio de intervención mínima de la justicia ordinaria, tanto en la tramitación del procedimiento, como en la posterior ejecución del laudo arbitral. Sólo de esta manera se es consecuente con la visión privatista del concurso, y la correcta posición que el Estado debe asumir. En efecto, como señala MOURRE “la política favorable al arbitraje también responde a un interés general, y, por tanto, se debe evitar cualquier “imperialismo inútil” del derecho concursal y permitir el desarrollo de procedimientos arbitrales deseados por las partes, siempre que se respeten las exigencias mínimas de orden público”¹³⁶.

¹³⁵ Por cuestiones de amplitud, no hemos podido hacer un análisis particular de esta materia. Bastará por el momento señalar, que al no existir disposición específica que regule la interposición de recursos en contra de las resoluciones de árbitro, son procedentes las reglas generales del Capítulo I, y en particular el art 4, que permite una amplia capacidad recursiva por medio de reposición, apelación y casación. Además, debemos sumarle, la posibilidad de interponer un recurso de queja, que pese a las enormes críticas que podríamos desarrollar y que compartimos con la doctrina especializada, sería también procedente conforme a las reglas establecidas en el COT.

¹³⁶ MOURRE, Alexis, *Arbitraje y Derecho Concursal: reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro*, en RCEA, 2007, p. 240.

2.3. DISMINUCIÓN DE COSTOS

Considerando que este sería el principal motivo práctico de los particulares para decidir judicializar el procedimiento, es necesaria la proposición de una fórmula que disminuya la excesiva onerosidad que implica el conocimiento del conflicto en manos de un árbitro.

Los costos que naturalmente implica el arbitraje, llevan a la equivocada concepción de que la solución entregada por la justicia ordinaria es más eficiente, por cuanto, no implica un desembolso de dinero destinado a pagar el trabajo de los jueces. Sin embargo, tal concepción no hace sino contribuir a la recarga del sistema estatal de resolución de conflictos, con las negativas consecuencias que ello conlleva¹³⁷.

Atendiendo los bajos índices de maximización de los intereses y créditos que implica el concurso sometido a la jurisdicción ordinaria, creemos que nuestra propuesta de someter primariamente los procedimientos a la justicia arbitral traerá consigo un aumento considerable de las posibilidades de devolución de crédito, atendidos los beneficios de su implementación. En efecto, con ello se favorece la solvencia, y a la vez, la probabilidad de poder soportar las cargas dinerarias que implica el juicio arbitral.

Junto con ello, a nuestro juicio, la ley debiera establecer un monto máximo de cobro de honorarios¹³⁸ a los árbitros, que, en estricto rigor, no debiera superar el 10% y que variará atendiendo el desempeño de sus funciones y de la labor ejercida para con los intereses privados. Esto otorgará una mayor certeza y previsión a las partes al momento de comenzar el procedimiento.

Parte de la doctrina consideraba que el arbitraje, por los grandes costos que implica, únicamente podría ser aplicado en el ámbito de los procedimientos de liquidación de grandes Empresas Deudoras.¹³⁹ Afortunadamente nuestra ley no optó por esa decisión. Sin embargo, en la actualidad, las barreras económicas que implica la opción del arbitraje, innegablemente afectan la posibilidad práctica de llevar a cabo el mismo, tanto respecto de pequeñas y medianas empresas, como de personas naturales.

Con las soluciones que hemos planteado, pretendemos extender la aplicación práctica del instituto para todos y hacer realidad la garantía de acceso a la justicia.

¹³⁷ Cfr. CAREY TAGLE, Jorge y FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo, op. cit. (n. 124), p. 165.

¹³⁸ Así ocurre en materia de arbitraje institucional, donde los centros de arbitraje suelen tener a disposición de las particulares tablas de aranceles en relación a los honorarios de los árbitros considerando porcentajes diversos, con un mínimo y máximo, según el tramo de la cuantía del asunto disputado, porcentajes que son regresivos, esto es, que van disminuyendo a medida que aumenta el tramo de la cuantía.

¹³⁹ En este sentido, BONILLA, Claudio, op. cit. (n.107), p.12.

2.4. SOBRE LA PERSONA DEL ÁRBITRO

Una de las críticas realizadas en el apartado anterior y que tiene directa relación con el tema de los costos que el arbitraje involucra, era el deficiente número de personas que pueden desempeñarse como tales en la nómina que para estos efectos lleva la SIR.

En atención a nuestra intención de alzar la figura como regla general, para dar solución a las críticas en torno a la persona del árbitro se necesario, por un lado, ampliar el número de personas capaces de actuar como tal, y, por otro lado, introducir modificaciones en torno a intensificar los requisitos exigidos para formar parte de la nómina.

Respecto a lo primero, y habida consideración de la enorme centralización que implicaría someter el conocimiento del concurso a un árbitro, son necesarias fórmulas que permitan superar esta situación. A nuestro juicio, sería más consecuente con la propia ley, distinguir entre árbitros con competencia a nivel nacional y otros a nivel regional. De este modo, una posible forma de superar la incertidumbre de ausencia de árbitros domiciliados en algunas regiones del país, es por medio de un sorteo anual a todos los árbitros que forman parte de nómina y asignarles un territorio específico donde deberán ejercer sus funciones.

En relación a lo segundo, se requieren árbitros concursales que gocen de la mayor especialización posible, atendidas la infinidad de cuestiones técnicas que implicará la solución del concurso. Para ello, creemos que no basta solo con exigir título de abogado y experiencia profesional superior a diez años, como lo contempla en la actualidad nuestra legislación. Lo coherente, a nuestro juicio, sería agregar a dichas exigencias, un grado académico de estudios mayor y específico a cuestiones de carácter comercial.

En conclusión, pretendemos con las propuestas que hemos mencionado, poner en tela de juicio los principales elementos deficientes consagrados en nuestra legislación concursal, de manera que permitan situar al arbitraje como un mecanismo eficaz, rápido, especializado. El establecimiento del mismo, como regla general de conocimiento de los procedimientos concursales de liquidación y reorganización implicará, innegablemente, poner a disposición de los particulares una herramienta de solución de controversias más acorde con sus propios intereses, y, por tanto, con la predominante visión privatista del derecho concursal chileno.

CONCLUSIONES

1. La concepción sancionadora del procedimiento de quiebras (hoy de reorganización y liquidación de empresas y personas deudoras) que durante tanto tiempo consagró nuestra legislación, ha perdido fuerza con la entrada en vigencia de la Ley N°20.720. En efecto, esta ley introduce la visión privatista del derecho concursal, que sitúa a los intereses privados como predominantes a la hora de dar solución al estado de crisis del deudor. Esta visión, se fundamenta en la consagración de los principios modernos del derecho concursal, particularmente, el de conservación de la empresa y el de eficiencia económica. Los intereses públicos, si bien no pueden ser excluidos, deben asumir una posición accesorio y complementaria a los primeros.
2. Bajo esta premisa, uno de los roles que asume el Estado, basado en el principio de protección adecuada del crédito, es la de establecer mecanismos que permitan a deudores y/o acreedores, la toma de la decisión final sobre el destino de su empresa o crédito, conforme a la maximización de sus intereses comprometidos. Para dar cumplimiento a esta idea, el legislador ha incluido, de manera independiente en el Capítulo VII de la ley la posibilidad de sujetar el conocimiento de los procedimientos concursales al arbitraje.
3. El arbitraje es una de las instituciones jurídicas que más avances ha desarrollado en los últimos años, principalmente, tras la dictación de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Sin embargo, en razón del dualismo normativo existente como consecuencia de su dictación, en el plano interno, se presentan una serie de problemas propios de una regulación que no se ha adecuado a los tiempos modernos y a las exigencias que requiere el conocimiento de materias civiles y comerciales. Esto, repercutirá indiscutiblemente, en aquellas leyes especiales internas que posibilitan su aplicación, en donde la LRLEP no es la excepción.
4. La idea del legislador de reconocer la procedencia del arbitraje, es positiva y coherente con los objetivos planteados por la ley al momento de su entrada en vigencia, sin embargo, lo cierto es que su regulación adolece de errores manifiestos que, en vez de lograr un desarrollo acabado y completo de la institución, terminan transformándose en barreras que restringen la aplicación práctica de la misma. De este modo, a fin de cuentas, la concepción privatista del concurso sólo queda reconocida en un plano teórico, traduciéndose todavía, tal como ocurría en la Ley de Quiebras de 1982 en la decidida intervención de los tribunales ordinarios de justicia, al punto de imponerse o restringir las soluciones privadas y negociadas basadas en el principio de autonomía de la voluntad.

5. La visión privatista del derecho concursal, impone la necesidad de establecer mecanismos de solución del proceso que cumplan ciertas características en atención a la materia regulada: conocimientos técnicos, celeridad, confidencialidad, flexibilidad, y entre otras características que podemos hacer propias y extensibles a la justicia arbitral. Así, debido a la ausencia de tribunales especiales de comercio en nuestra legislación, es menester, desjudicializar el procedimiento concursal, habida consideración que la justicia ordinaria, no es capaz- técnica ni humanamente- de dar una respuesta adecuada a su resolución.
6. En el futuro y en el marco de los procedimientos concursales, el arbitraje debe configurarse como una instancia obligatoria previa pero no excluyente de la jurisdicción ordinaria. El cambio ha de comenzar modificando la arquitectura normativa interna de la institución conforme a parámetros acordes con los tiempos modernos. Sólo de este modo podremos sostener, sin discusión, el triunfo de la visión privatista del derecho concursal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABUAUAD DAGACH, Ricardo, “Notas sobre una reforma al arbitraje comercial interno”, en *Anuario de Derecho Comercial y Marítimo*, Universidad de Valparaíso, n.4, 2012.
- AGUIRREZÁBAL, Maite, PÉREZ RAGONE, Álvaro y ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil internacional: Un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso en el derecho positivo chileno”, en *RDPUCV*, n. 36, 2011.
- ALEGRÍA, Héctor, “Algunas cuestiones del Derecho concursal”, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1975.
- AYLWIN AZOCAR, Patricio, “El Juicio Arbitral”, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953.
- BAEZA OVALLE, José Gonzalo, “Derecho Concursal. Procedimiento de liquidación de bienes. La quiebra”, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2011
- BONILLA CLAUDIO Y GUTIÉRREZ ELIZABETH, “Los costos de Quiebras en Chile” en Estudios de información y control de gestión, Universidad de Chile, Santiago, 2001.
- BONILLA, Claudio, et alii, “Análisis y recomendaciones para una Reforma de la Ley de Quiebras”, Centro de economía aplicada, Universidad de Chile, Santiago, 2004
- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo, “Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una relación imposible?”, en *Estudios de Derecho Comercial*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010.
- CAREY TAGLE, Jorge y FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo, “Los costos en el arbitraje”, en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Los principios informativos del proceso arbitral” en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- CONCHA GUTIERREZ, Carlos, “El proceso de quiebras. Su naturaleza jurídica”, Editores López-Viancos, Santiago, 1971.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, “Insolvencia y quiebra”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- DESUVIRE, Daniel, “La quiebra a través de los tiempos”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año LXIV, n. 199, 1996.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, “Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile” en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, María, “El plan de viabilidad en el ámbito de los acuerdos”, en ARIAS VARONA, Francisco (ed.), *Conservación de empresas en crisis, estudios jurídicos y económicos*, Editorial La Ley, España, 2013.
- ESPUGLES MOTA, Carlos, “Aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento de resoluciones”, en *RDPUCV*, Año XLIII, 2014.
- FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo, “Tópicos de la Ley N°19.971, sobre arbitraje comercial internacional”, en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.

- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “El arbitraje interno como regla general de resolución de conflictos en los contratos”, en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, “Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *par condicio creditorum*”, en *RChD*, vol.37, n.1, 2010
- “La lógica privatista y el conflicto de intereses de los acreedores en la regulación concursal”, en *Estudios de Derecho Comercial, Cuartas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014.
 - “Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal”, en *RDPUCV*, n.42, 2014.
 - “La visión privatista del Derecho concursal”, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y EYZAGUIRRE SMART, Gonzalo, “El derecho de quiebras”, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- GUZMÁN JORDAN, Julio, “Arbitraje y medidas precautorias”, Cámara de Arbitraje y Mediación de Santiago, 2014.
- HELMLINGER CASANOVA, Karin y CRUZ TAMBURRINO, Javier, “Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile” en VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GOMEZ, Francisco Javier (coord.), *Arbitraje y Mediación en las Américas*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago, 2006.
- HYLTON, Keith, “*Agreements to waive or to arbitrate legal claims. An Economyc Analisis*”, Supreme Court Economic Review, 2000.
- LAZO GONZÁLEZ, Patricio, “El contexto dogmático de la Par Conditio Creditorum en el Derecho Romano”, en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (dir.), *Estudios de Derecho Comercial*, Editorial LegalPublishing, 2011.
- LEVATI, María, SUTTER, Matthias y VAN DER HEIJDEN, Eline, “*Leading by Example in a Public Goods Experiment with Heterogeneity and Incomplete Information*”, Journal of Conflict Resolution, vol. 51, n. 5, 2007.
- LLORET VILLOTA, Juan y VAN HEMMEN, Stefan, “Conservación de actividad empresarial en liquidación concursal: Parámetros económicos”, en LLORET VILLOTA, Juan y MARQUÉS VILALLONGA, José María (coord.), *La venta de la unidad productiva en sede concursal*, Editorial Bosch, Madrid, 2015.
- JACKSON, Thomas H, “*The logic and limits of bankruptcy law*”, Harvard University Press by Beard Books, Washington, 1986.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable”, en *Ius et Praxis*, Año 21, n. 2, 2015.
- “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)” en *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 2, 2011.
- MALLANDRICH MIRET, Núria, “Los principios rectores del arbitraje: Manifestaciones y límites de la autonomía de la voluntad”, en PICÓ, Joan (dir.), *Principios y garantías procesales*, Editorial JyC, Madrid, 2013.

- MARTÍN MORAL, María Flora, “El concurso de acreedores y el arbitraje”, Editorial la Ley, España, 2014.
- MOURRE, Alexis, “Arbitraje y Derecho Concursal: reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro”, en *RCEA*, 2007.
- NÚÑEZ OJEDA y CARRASCO DELGADO, Nicolás, “La quiebra sin bienes: Una aproximación desde el análisis económico del derecho”, en *Ius et Praxis*, vol.17, n.1, 2011.
- “Presente y futuro del Derecho Concursal Procesal Chileno. Una revisión desde el análisis económico del Derecho”, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2014.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, CARRASCO DELGADO, Nicolás, ORTIZ ROJO, Francisco, “Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos en la ley de quiebras chilenas”, en *Ius et Praxis*, Año 18, n. 1, 2012.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo, “Curso de Derecho Procesal”, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, 1993.
- PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia”, en *Foro de Derecho Mercantil*, Legis Editores, 2004.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro y MARTÍNEZ BENAVIDES, Patricio, “Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el Derecho Comparado Europeo”, en *RChD*, vol. 42, n. 1, 2015.
- PROVINCIALI Renzo, “Tratado de Derecho de Quiebra” (trad. LUPÓ CANALETA, Andrés y ROMERO DE TEJADA, José), Editorial AHR, España, 1968.
- PUELMA ACORSSI, Álvaro, “Curso de Derecho de Quiebras”, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
- PULGAR ESQUERRA, Juana, “Refinanciación de la deuda: Un enfoque contractualista versus un concursalista de la insolvencia”, en ARIAS VARONA, Francisco (ed.), *Conservación de empresas en crisis, estudios jurídicos y económicos*, Editorial La Ley, España, 2013.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, “Del convenio judicial de acreedores”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- “Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N°20.720”, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago, 2014.
 - “Derecho Concursal. Los delitos concursales”, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2016.
- RAVILLON, LAURANCE, “¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad?”, en LOQUIN, Eric y MANCIAUX, Sébastien (coord.), *El orden público y el arbitraje*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.
- ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo, “Instituciones de Derecho Concursal: Las causales de quiebra y la sentencia de quiebra”, Editorial LexisNexis, Santiago, 2004.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio, “El arbitraje interno y comercial internacional”, 2ª edición, Ediciones UC, Santiago, 2016.
- ROJO SUAREZ, Javier, “El análisis de viabilidad en el marco de concurso de acreedores: técnicas y modelos generalmente aceptados”, en ARIAS VARONA, Francisco (ed.), *Conservación de empresas en crisis, estudios jurídicos y económicos*, Editorial La Ley, España, 2013.

- SAIEH MENA, Cristián, “Derecho para el emprendimiento y los negocios. Los aspectos legales que un empresario debe conocer para generar ventajas competitivas”, Ediciones UC, Santiago, 2010,
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, “Derecho Comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes”, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 164.
- “Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho Concursal”, 7ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2014
- SANTINI, Gerardo, “Soluciones jurídicas al estado de crisis de la empresa en los sistemas de economía de mercado”, en *La reforma del derecho de quiebra: Jornadas sobre la reforma del derecho concursal*, Editorial Civitas, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1982.
- SATELER, Ricardo, “Historia de la Ley N°19.971 sobre Arbitraje comercial Internacional” en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- SOZA REID, María de los Ángeles, “El procedimiento concursal del Derecho Romano Clásico”, en *REHJ* n. 20, 1998.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio, “Reflexiones sobre el concepto de ‘interés concursal’: Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores”, en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, n. 3, 2009.
- TORRES ZAGAL, Óscar, “El arbitraje concursal en la nueva Ley N°20.720”, en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda, “El arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia”, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.
- “Recepción del arbitraje comercial internacional en Chile desde una óptica jurisprudencial. Una revisión ineludible”, en *RChD*, vol. 38, n. 2, 2011.
 - “La autonomía de la voluntad en el instituto arbitral chileno”, en *Estudios de Arbitraje en homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, Editorial LegalPublishing, 2014.
 - “Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización” en *Ius Et Praxis*, Año 20, n. 1, 2014.
- WAGEMANN FARFÁN, Alex, “Salvamento de las empresas en crisis”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- ZABALETA DÍAZ, Marta, “El principio de conservación de la empresa en la Ley concursal”, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2006.

FUENTES LEGALES

- Código de Comercio
- Código Orgánico de Tribunales
- Código de Procedimiento Civil
- Ley N°18.175 de Quiebras (D.O 28 de octubre de 1982).
- Ley N°20.073 que modifica la Ley N°18.175 en materia de convenios concursales. D.O 29 de noviembre de 2005).

- Ley N°20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas Deudoras y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo (D.O 9 de enero de 2014).
- Ley de Arbitraje española N°60/2003.
- Ley Concursal española N°22/2003.
- Ley de Arbitraje alemán de 22 de diciembre de 1997 que modifica la regulación contenida en el Libro X del Código Procesal Civil alemán (ZPO).

JURISPRUDENCIA

- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 29 de agosto de 1986, caratulados “Urrutia con de la Maza”.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, caratulado “Inversiones Quinto Centenario Ltda”.