

## I. ARTÍCULOS

### LA CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL CON ESPECIAL MENCIÓN A SU INFLUENCIA EN CIERTAS INSTITUCIONES CONCURSALES, CHILENAS COMO ESPAÑOLAS

MAURICIO ORTIZ SOLORZA<sup>1</sup>

Universidad Católica de la Santísima Concepción  
mauricio.ortiz@ucsc.cl

Crónica Jurídica Hispalense 13 • Págs. 223 a 242

#### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN. 2. CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL. 2.1. *Fi-sonomía básica*. 2.2. *Contenido fundamental y elección de variables*. 3. ALGUNOS «ESPEJOS» LEGISLATIVOS DE LA CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL, EN ALUSIÓN A INSTITUCIONES CONSAGRADAS TANTO EN LA LCON CHILENA COMO EN LA HOMÓNIMA ESPAÑOLA. 3.1. *En lo tocante a la legislación chilena*. 4. CONCLUSIONES FINALES. 5. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

**Resumen:** Este trabajo pretende poner de relieve el creciente y sostenido avance de lo que se ha denominado el «triumfo de la autonomía privada en el ámbito concursal»,

**Abstract:** This work aims to highlight the growing and sustained progress of what has been called the «triumph of private autonomy in the bankruptcy field», exposing

1. Mauricio Ortiz Solorza, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Abogado, Diploma de Estudios Avanzados (DEA) en Derecho mercantil otorgado por la Universidad de Sevilla, España; Profesor Asistente de Derecho Comercial en la Universidad Católica de la Santísima Concepción, Abogado Integrante de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, Chile.

exponiéndose al respecto algunos pormenores de la fisonomía básica y real alcance de la denominada «concepción privatista del Derecho concursal», para posteriormente efectuar una mención a sus principales exponentes o «espejos» legislativos, a propósito de instituciones consagradas en la legislación chilena vigente en la materia (Ley Núm. 20.720, de 9 enero 2014, con vigencia diferida a partir de octubre del mismo año), como en la Ley concursal española (22/2003, de 9 de julio), incorporando al hilo de la exposición algunas referencias a otras legislaciones Iberoamericanas, tales como, Argentina, Colombia y Brasil.

**Palabras claves:** Derecho concursal, autonomía de la voluntad.

some details about the basic appearance and actual scope of the so-called «privatizing conception of law insolvency», later to make a mention of its main exponents or «mirror» legislation, concerning Chile enshrined in legislation in this area (Law Núm. 20.720, of January 9, 2014, with deferred effective as of October of the same year), and the Spanish bankruptcy Act (22/2003 of 9 July), incorporating the theme of the exhibition some references to other Latin American, such as Argentina, Colombia and Brazil legislation.

**Keywords:** Bankruptcy law, principle of autonomy.

## 1. INTRODUCCIÓN Y PLAN

En las líneas que siguen se pretende exponer un cúmulo de reflexiones (y, también –al final– algunas conclusiones) todas las cuales pretenden, en primer término, poner de relieve el creciente y sostenido avance de lo que se ha denominado el «triumfo de la autonomía privada en el ámbito concursal»<sup>2</sup>, para cuyo cometido –y a objeto de situar adecuadamente al lector– se expondrán algunos pormenores de su significado y real alcance; siendo el segundo afán perseguido, mostrar la manera como esta particular forma de concebir y entender el Derecho de la Insolvencia ha impactado en el tratamiento jurídico-legal de ciertas y determinadas instituciones concursales<sup>3</sup>.

El diseño que será utilizado a la hora de desarrollar los extremos anunciados, se inicia con una exposición –en su trazos fundamentales– acerca de la fisonomía básica de la denominada «concepción privatista del Derecho concursal», la que incluye una referencia a su significado básico y alcance, para luego efectuar una mención a

2. GOLDENBERG SERRANO, J. L.; *La visión privatista del Derecho concursal*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2015, p. 3. El autor hace alusión a la frase expuesta, a propósito de una sentencia emanada del *Tribunale Civile di Roma, Sezione Fallimentare*, referida al procedimiento anotado en el registro de concordatos preventivos y acuerdos de reestructuración de deuda Núm. 09/06, de 4 de octubre de 2006, en la cual precisamente se ocupó esta frase.

3. En general, es común utilizar la mirada privatista del Derecho concursal a la hora del análisis de los procedimientos concursales, genéricamente conocidos como de reorganización extrajudicial (a modo ejemplar: acuerdos de refinanciación en España; planes de saneamiento y acuerdos de reestructuración en Italia y los acuerdos preventivos extrajudiciales, en el caso Argentino), sin perjuicio de tener en cuenta que la misma «utilización» –y con el mismo objeto– se hace a propósito de las juntas de acreedores, eso sí, en este caso, desde una mirada concursal «endógena» o «intramuros»; es decir, visto desde el seno de un concurso de acreedores dirigido por un órgano jurisdiccional, con las protecciones jurídicas que, generalmente, éste trae consigo.

sus principales exponentes o «espejos» legislativos, en relación a instituciones consagradas en la legislación concursal vigente en Chile, Ley Núm. 20.720, estrenada en el repertorio legislativo nacional en el mes de octubre del año 2014 (en adelante **LCon chilena**)<sup>4</sup>, como en la legislación de concursos española (Ley 22/2003, de 9 de julio y sus sucesivas modificaciones); en adelante **LCon española**. Al hilo de lo que se exponga (y sin mutar el afán ya trazado), se hará alguna referencia a otros ordenamientos jurídicos de Iberoamérica, tales como: Argentina, Colombia y Brasil, atendida la relevancia de éstos dentro del concierto de legislaciones concursales con domicilio conocido más bien cercano al Pacífico.

## 2. CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL

### 2.1. FISONOMÍA BÁSICA

El enfoque más bien contractualista del Derecho concursal fue planteado ya en la década de los ochenta, en el seno del cual se estimaba que el patrimonio del deudor era un recurso común expuesto a la tragedia para el caso que no se establecieran reglas de coordinación de sus derechos en el marco de un foro único de solución. De este modo, se decía, la maximización de las posibilidades de cobro era la principal finalidad perseguida por el Derecho concursal, quedando situada sobre aquellas de naturaleza sancionatorias y conservativas del concurso<sup>5</sup>. De este modo se crea un foro único de discusión, lo que colabora en aliviar los costos de transacción, utilizándose los tribunales sólo si resulta necesario; principalmente para resguardar la formación de la voluntad colegial, ofreciendo con ello un ambiente que admita la negociación entre las partes<sup>6</sup>. Se persigue, en definitiva, que se produzca un «repliegue» o «retirada» de los tribunales y/o entidades administrativas del concurso en favor del otorgamiento de mayores espacios a los «particulares» (acreedores, en definitiva), al objeto de que éstos puedan establecer las mejores estrategias y adoptar las decisiones más sabias, cuya finalidad sea cautelar sus derechos en el marco del concurso de acreedores.

Lo hasta aquí planteado, en su interpretación más extrema, da cuenta de una nítida y completa ausencia de la intervención pública ante la crisis patrimonial de un determinado deudor, lo que claramente no se condice con las fórmulas legales ofrecidas por los diversos sistemas jurídicos, en los cuales siempre se requiere de alguna participación por parte de los tribunales, ya sea, al menos, para supervigilar que el acuerdo adoptado por los «particulares» responde a la pretensión de eficien-

4. En la actualidad la Ley Núm. 20.720 disciplina los concursos de acreedores en Chile, la cual, como su propio nombre indica: «Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo». El citado cuerpo normativo fue publicado en el Diario Oficial con fecha 9 de enero de 2014, con vigencia diferida a partir del 10 de octubre de 2014, según se indica en su artículo primero transitorio, el cual dispone que: «La presente ley entrará en vigencia nueve meses después de su publicación en el Diario Oficial...».

5. JACKSON, T. H.; *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1986, *passim*.

6. BAIRD, D. G.; GERTNER, R. H. y PICKER, R. C.; *Game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1994, p. 220.

cia requerido en el respectivo ordenamiento jurídico concursal, ya, para verificar el cumplimiento de las exigencias procesales en juego, o bien, al objeto de colaborar en la formación del mencionado foro común de acreedores<sup>7</sup>.

## 2.2. CONTENIDO FUNDAMENTAL Y ELECCIÓN DE VARIABLES

Atendida la multiplicidad de variables (criterios o elementos), cuyo adecuado análisis nos permita determinar el contenido fundamental del enfoque privatista del Derecho concursal, no resulta del todo fácil elegir una (o algunas de ellas), sin perjuicio de lo cual, estimamos que el «aumento y/o fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares», por un lado y, por otro, la «disminución o debilitamiento del principio autoritario que gobierna los procedimientos concursales», son claramente elegibles a objeto de dar cumplimiento al objetivo antes propuesto, esto es, precisar los aspectos o el contenido fundamental de la visión privatista del Derecho concursal. Creemos que ambas variables apuntan en un sentido común: fortalecer la idea de que la finalidad distributiva inmersa en todo procedimiento concursal se logra de un modo más «eficiente» otorgando a los «particulares» o «interesados» (en desmedro del tribunal y/o autoridades administrativas del concurso) las más amplias herramientas jurídicas cuya utilización tienda (o, al menos, pretenda) a la solución del problema que genera la insolvencia de su deudor común.

Como se puede apreciar, a propósito de lo dicho (y con una galopante claridad), surge el concepto de eficiencia, cuya utilización (junto al de eficacia) es propia de la ciencia económica y, desde un prisma más bien jurídico, del Análisis Económico del Derecho, enfoque que pretende incorporar, precisamente, criterios netamente económicos al hilo de la creación, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico relativo a los concursos<sup>8</sup>. En este sentido, la idea de eficiencia económica aparece como uno de los principales pilares del ordenamiento jurídico concursal, lo que supone, en definitiva, que el pago de los acreedores debe ser más eficiente, previa determinación del activo y pasivo (ya sea mediante la realización de aquél o mediante la rehabilitación del deudor). Se pretende la «maximización del beneficio de los acreedores, lo que se traduce en una mayor tasa de recuperación de sus créditos»<sup>9</sup>. En definitiva –se dice– que una de las bondades de la visión privatista del Derecho concursal ha sido el haber puesto decididamente en la cúspide el propósito de la eficiencia en el seno de un procedimiento concursal de acreedores<sup>10</sup>.

7. GOLDENBERG SERRANO, J. L.; ob. cit., p. 10.

8. COOTER, R. y ULEN, T.; *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1998, p. 14. Al respecto, los autores señalan: «Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa la intuición, así como la ciencia rebasa el sentido común».

9. NUÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N. y ORTIZ ROJO, F. «Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos en la ley de quiebras chilena», *Ius et Praxis*, año 18, 4 (2012), pp. 271 y 273.

10. NUÑEZ OJEDA, R. y CARRASCO DELGADO, N.; «La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho», *Ius et Praxis*, año 17, 1 (2011), p. 143.

Veamos cómo se puede entender cada una de las variables antes referidas.

En lo relativo al aumento y/o fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los «particulares», se ha sostenido que su puesta en régimen, claramente, supone un empoderamiento de los acreedores mediante la ampliación del campo de actuación de la autonomía negocial, tenida como una potestad autorreguladora reconocida por el ordenamiento concursal<sup>11</sup>. De este modo, el Derecho concursal es llevado nuevamente a su origen; a su vertiente nativa, como es el Derecho Privado (dejando de lado con ello el pretexto invocado a la hora de su desvío hacia lo público, como es, sobre todo, el compromiso con los intereses no privados que subyacen en todo concurso de acreedores). Consecuencia de lo dicho, es el «acuerdo de acreedores» (en su sentido más genérico), el mecanismo clave de entendimiento del Derecho concursal contemporáneo, basado en una técnica de naturaleza eminentemente privatista<sup>12</sup>. Cabe tener en cuenta que el «acuerdo», a que se acaba de hacer mención, no es exclusivamente el denominado «convenio de acreedores», sino que también es posible incluir en él, a modo ejemplar, el poder de decisión de que disponen los acreedores en materia de fórmulas de realización de los bienes del deudor, el que ostentan en el ámbito de la continuación (aun cuando, muchas veces provisoria) de las actividades de la empresa en falencia, como el que dice relación con la exclusión de funciones de la administración concursal; a las cuales es posible alinear otras facultades que los acreedores ostentan en «*variopinto*» aspectos del concurso.

Cabe añadir, asimismo, en relación a los límites que se podrían establecer en relación al fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los «particulares», que la legislación concursal debe ofrecer espacios –más o menos amplios– a la autonomía negocial de los particulares, debiendo acentuarse la intervención estatal sólo en la medida que las normas que se establezcan se encuentren dirigidas a conseguir una mayor –y más eficiente– coordinación entre aquellos; en definitiva, tendiente a la reunión de los acreedores en un único foro<sup>13</sup>, que tenga, por ello, un carácter imperativo. En el sentido indicado, se ha dicho que el principio de la «*par conditio creditorum*» opera como una verdadera limitación legal a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad del deudor, cuya finalidad perseguida es asegurar el

11. ALEGRIA, H.; *Algunas cuestiones de Derecho concursal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 82. En este sentido comenta el profesor Argentino que la legislación concursal de su país: «creyó que la voluntad de las partes y las limitaciones de la actuación de los jueces a meros espectadores, resolvería el problema... Por ende, el Estado y sus jueces eran meros ordenadores del procedimiento –algo así como agentes de tránsito–, pero no actuaban la voluntad general a través de la aplicación de la ley...».

12. DI MARZIO, F.; *Il Diritto negoziale della crisi d'impresa*, Giuffrè Editore, Milán, 2011, p. 12. En sostén de la misma idea, el profesor italiano añade que: «... se pierde el poder de dirección heterónimo, como resultado de la mentada “desjudicialización”, y se realiza la función autónoma de los acreedores en la gestión del patrimonio del deudor».

13. CONCHA GUTIERREZ, C.; *El proceso de quiebra. Su naturaleza jurídica*, Ediciones López-Viancos, Santiago de Chile, 1971, p. 13. El autor describe el foro único, indicando que «Mediante el proceso de quiebras, la ley introduce un principio de orden, sometiendo al deudor, y vinculando a todos los acreedores a un procedimiento único de ejecución forzosa; constituyendo una sola masa con todos los bienes del deudor, el cual es privado de la administración de ellos y de su legitimación procesal; suspendiendo el derecho de ejecución individual, a fin de que todos los bienes sean realizados en beneficio de todos los acreedores bajo la ley de la par conditio creditorum (sic), esto es, en igual medida, participando todos ellos en una comunidad de pérdidas, mediante el arbitrio de reducir proporcionalmente sus créditos».

correcto funcionamiento del mercado, excediendo su protección a un mero interés individual, apuntando, asimismo, a fines de eficiencia, con el objeto de impedir una liquidación «asistemática, parcial e inconexa»<sup>14</sup>, incentivándose, como ya se dijo, a la conformación de un ámbito o foro único de acreedores.

Ahora bien, en lo que respecta a la «disminución o debilitamiento del principio autoritario que gobierna los procedimientos concursales» (plasmándose este principio en materia concursal en aquella intervención de los órganos públicos, imponiéndose ésta sobre las soluciones privadas, en tanto no pueden ser los particulares quienes garanticen debidamente la tutela de dichos intereses generales). En relación a este principio, se ha sostenido, también, que constituye un medio de asegurar, incluso sin participación directa de los acreedores, el pago de los mismos en forma más igualitaria y plena posible<sup>15</sup>. Lo que se acaba de indicar es sin perjuicio de que se ha ido configurando un movimiento de ajuste legislativo tendente a reconducir el «acento legal» desde este principio autoritario hacia la tutela de los acreedores, otorgándosele a éstos medidas o instrumentos jurídicos que permitan dar una mayor cabida a la autonomía privada en el ámbito concursal, lo que ha producido un notable debilitamiento (más –creemos– no completa desaparición) del principio en comento, siempre presente en los procedimientos concursales. A modo ejemplar, el citado movimiento se aprecia con nitidez en la legislación de concursos italiana (Decretos legislativos Núm. 35, de 14 de marzo de 2005 y complementario Núm. 169, de 12 de septiembre de 2007), de cuyo análisis se desprende que se ha hecho mella a la función de dirección ostentado por el tribunal, limitándose su actuación a la vigilancia y control del concurso, además que a la par se ha consagrado en el mismo cuerpo normativo la figura del «*concordato*» y de los «*acuerdos de reestructuración*», todos los que apuntan, claramente, a robustecer la autonomía privada, según se acaba de indicar<sup>16</sup>. En el mismo sentido, la Ley de concursos alemana (Insolvenzordnung, de 5 de octubre de 1994, vigente a partir del 1 de enero de 1999), a cuya dictación se atribuye el legado de haber dado inicio al movimiento continental europeo de reformas de las leyes tradicionales con larga vigencia anterior, inaugurando un nuevo modelo que habría de ser seguido –con distintas modalidades– por la mayoría de las reformas concursales, manteniendo dos procedimientos: el liquidatorio y el preventivo, pero unificándolos en uno nuevo denominado de insolvencia, que incluye las dos soluciones<sup>17</sup>.

14. NUÑEZ OJEDA, R. y CARRASCO DELGADO, N.; *Presente y futuro del Derecho concursal procesal chileno*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2014, p. 9.

15. SATTÀ, S.; *Instituciones de Derecho de quiebras*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, pp. 35 y 36.

16. Ver, entre todos, PAJARDI, P.; *Radici e Ideologie del Fallimento*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 382 y 383. SCARSELLI, G.; «Gli organi preposti al fallimento», Parte I, en *Manuale di Diritto Fallimentare* (Coord. Pacchi, S.), Giuffrè Editore, Milán, 2011, pp. 96 a 98. Este último autor ha indicado que se ha querido *privativar* el procedimiento concursal, concentrando su dirección, no en un órgano público –representado por el juez– sino sobre el poder económico, que se encuentra en el comité de acreedores, o, a lo sumo, en el curador (p. 97). Esta reacción en Italia se ha denominado «des judicialización» del Derecho concursal, a objeto de dar a entender la continua pérdida de poder por parte de los órganos jurisdiccionales que intervienen en el concurso.

17. La unidad de procedimiento ha sido adoptada, a modo ejemplar, por la Ley concursal española (2003), la de Portugal (2004), y, en Latinoamérica, por el ordenamiento jurídico Brasileño (2005), y por Uruguay (2008), por hacer mención a los más relevantes.

### 3. ALGUNOS «ESPEJOS» LEGISLATIVOS DE LA CONCEPCIÓN PRIVATISTA DEL DERECHO CONCURSAL, EN ALUSIÓN A INSTITUCIONES CONSAGRADAS TANTO EN LA LCON CHILENA COMO EN LA HOMÓNIMA ESPAÑOLA

El afán perseguido en este apartado, es dar cuenta de la influencia que la visión privatista del Derecho concursal ha producido a la hora de la consagración jurídico-legal de diversas instituciones contenidas en los ordenamientos jurídicos referidos; chileno y español. A no dudarlo, aquello que se diga, será al hilo de las variables o criterios que se tuvieron en cuenta a efectos de precisar el contenido fundamental de la concepción privatista del Derecho de los concursos, como es, el aumento y/o fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares como, asimismo, la disminución o debilitamiento del principio autoritario que gobierna los concursos de acreedores. En este sentido, como ya se expresó, ambas variables apuntan, en esencia, a fortalecer la idea que la finalidad distributiva perseguida en todo concurso de acreedores se logra, con mayor eficiencia, otorgando a los «particulares», en desmedro del tribunal y/o autoridades administrativas del concurso, las más variadas herramientas jurídicas cuya utilización tienda a la solución del problema que provoca el estado de cesación de pagos o insolvencia del deudor común.

#### 3.1. EN LO TOCANTE A LA LEGISLACIÓN CHILENA

En primer término (aún antes de avocarnos a lo anunciado), es menester precisar que en ella se contemplan como Procedimientos Concursales el de Reorganización, en adelante PCR (que también puede adoptar el carácter de extrajudicial o simplificado), el de Liquidación (también PCL) y, asimismo, el de Renegociación (en adelante PCRE), a cuyo acogimiento se tendrá derecho, en cada caso, dependiendo del tipo de Deudor de que se trate, esto es, Empresa Deudora o Persona Deudora (genéricamente denominado en la LCon chilena como Deudor)<sup>18</sup>. Cabe hacer presente que el PCR y el PCRE sólo pueden ser iniciados a propósito de petición efectuada en ese sentido por el propio deudor y, en el caso del PCL, a iniciativa de este último o de cualquiera de

18. En este sentido, el artículo 2º de la LCon chilena, numeral 13, expresa que Empresa Deudora es «*Toda persona jurídica privada, con o sin fines de lucro, y toda persona natural contribuyente de primera categoría o del número 2) del artículo 42 del decreto ley Núm. 824, del Ministerio de Hacienda, de 1974, que aprueba la Ley sobre impuesto a la renta*», y Persona Deudora: «*Toda persona natural no comprendida en la definición de Empresa Deudora*» (numeral 25 de la misma disposición). Como se puede apreciar, el criterio utilizado por la legislación concursal chilena, a la hora de distinguir el tipo de deudor, es uno de naturaleza puramente tributaria, en donde se distingue el régimen impositivo que se le aplica en cada caso. Nótese también que en el caso de la persona deudora sólo se permite que se trate de una persona natural (emulando a la legislación de concursos de Colombia, en donde se habla de la «*Insolvencia de la persona natural no comerciante*» concepto consagrado mediante Ley 1564 de 12 de julio de 2012). Ahora bien, a la Empresa Deudora le son aplicables los Procedimientos Concursales de Reorganización y de Liquidación, contemplados, respectivamente, en el capítulo III (artículos 54 a 114) y capítulo IV (disposiciones 115 a 259) de la LCon, chilena, los cuales se tramitan en sede jurisdiccional, ante el tribunal civil correspondiente al domicilio del deudor. En lo que dice relación con la Persona Deudora, le corresponde el Procedimiento Concursal de Renegociación y el de Liquidación, ambos disciplinados en el capítulo V, Títulos 1 y 2, respectivamente, (artículos 260 a 286), los cuales son tramitados, en el caso del Procedimiento Concursal de Renegociación, en sede administrativa y ante la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, y ante el tribunal civil correspondiente, si se trata del Procedimiento Concursal de Liquidación de la Persona Deudora.

sus acreedores (distinguiéndose a estos efectos, respectivamente, entre Liquidación Voluntaria y Forzosa, según sea quien le da inicio). Cabe hacer presente, además, que para el caso del PCL, la Ley considera el nombramiento de un Liquidador y para el evento de un PCR, el de un Veedor<sup>19</sup>, salvo el caso excepcional contemplado en el artículo 118 número 3) de la LCon chilena, en cuyo supuesto, en el marco de un PCL Forzosa, resulta procedente el nombramiento de un Veedor, para el caso que el Deudor se oponga a la Liquidación solicitada por cualquiera de sus acreedores, y mientras dure el juicio de oposición incoado.

Ahora bien, en primer término, se puede constatar que la LCon chilena se encuentra en una posición consistente con la tendencia o visión privatista a que nos hemos venido refiriendo (siendo consecuente con ello el tratamiento legislativo empleado en alguna de las instituciones que ella misma contempla). En efecto, podemos decir que la Ley en comento razona en base a un principio de neutralidad, en cuya virtud, no corresponde a los órganos jurisdiccionales o administrativos la calificación de los acuerdos alcanzados por las partes a efectos de concederles (o no) efectos jurídicos, lo que se encuentra totalmente alineado con la variable que hemos denominado «disminución o debilitamiento del principio autoritario en materia de concursos de acreedores», atendido al hecho que los órganos (tanto jurisdiccionales como administrativos) no poseen facultades o competencias que supongan la imposición de un acuerdo previamente tipificado (establecido o determinado) por el legislador. Baste para corroborar lo indicado, en primer lugar, la misión fundamental asignada en la LCon chilena al Veedor, según se dijo, cual es, «... propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de Acuerdos de Reorganización Judicial y resguardar los intereses de los acreedores...», lo que implica que éste no se encuentra facultado para impedir, en términos vinculantes u obligatorios para los acreedores, que prospere un determinado acuerdo de reorganización, pudiendo solamente emitir un informe acerca de su viabilidad y apego a la Ley, cuyo otorgamiento no significa, en medida alguna, que los acreedores se vean despojados de su legítimo derecho a voto a la hora de pronunciarse sobre una determinada propuesta que les efectúe el Deudor; pudiendo, incluso, prescindirse del citado informe al momento de la votación, según se expresa en la disposición 57 número 8, inciso segundo, de

19. En la LCon chilena, artículo 2º, numerales 19 y 40, respectivamente, se expresa que el Liquidador es «Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es realizar el activo del deudor y propender al pago de los créditos de sus acreedores, de acuerdo a lo establecido en esta ley». A su turno, Veedor es «Aquella persona natural sujeta a la fiscalización de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, cuya misión principal es propiciar los acuerdos entre el Deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de Acuerdos de Reorganización Judicial y resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del Deudor, de acuerdo a lo establecido en esta ley». De este modo, se pretende diferenciar nitidamente las habilidades que una persona natural debe poseer (y poner en juego) a la hora de desempeñar las funciones propias que la Ley le asigna a los Liquidadores y/o Veedores, en su caso, teniendo en cuenta que antes de la entrada en vigor de LCon., sólo se contemplaba la existencia de un Síndico, quien era el encargado de representar los intereses generales de los acreedores, en lo concerniente a la quiebra, y representar también los derechos del fallido, en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio de las demás facultades que les otorgaba la Ley, el cual tenía una participación estelar en la «Quiebra», pero al cual también se le asignaban funciones con ocasión de los denominados «Convenios», sobre todo, en aspectos que dicen relación con la administración de los bienes del deudor y con la conformación de la masa colegial de acreedores reunidos en junta.

la LCon chilena<sup>20</sup>. En el mismo sentido que se viene indicando, cabe hacer presente que al Liquidador le corresponde «realizar el activo del deudor y de propender al pago de los créditos de sus acreedores», debiendo precisarse, eso sí, que éste carece de facultades de decisión a la hora de determinar la manera de llevar a cabo su cometido, para cuyo efecto deberá ejecutarlo conforme a la decisión de los acreedores reunidos en junta, quienes determinarán la «forma de realización de los bienes del deudor, sus plazos, condiciones y demás características»<sup>21</sup>. A lo más el Liquidador debe presentar en la primera junta ordinaria de acreedores un «plan» o propuesta circunstanciada de realización de los bienes del deudor<sup>22</sup>, la cual –en paralelo a lo que ocurre con la misión del Veedor– no tiene naturaleza obligatoria o vinculante para el claustro de acreedores, quienes siempre conservan la facultad de determinar la fórmula específica de liquidación de los bienes del deudor común. A falta de acuerdo de los acreedores (y, también, en los casos contemplados en el artículo 203 de la LCon chilena<sup>23</sup>), se deberá proceder conforme a las reglas de la realización sumaria del pasivo, al objeto de promover la celeridad del PCL, razón que se tuvo muy en cuenta a la hora de hacer un inventario o catastro de las razones que motivaban –urgentemente– la puesta en marcha y ejecución de una reforma a la legislación concursal vigente a la fecha<sup>24</sup>. Por su parte, en el marco de un PCRE de la Persona Deudora no se hace matiz en lo que se viene diciendo. En efecto, tratándose éste de un procedimiento administrativo, no se otorgan a la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento facultades jurisdiccionales, sino más bien destinadas a facilitar los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, quedando, en consecuencia, la resolución del conflicto en manos de los particulares, sin que la autoridad administrativa pueda imponer los términos del

20. Esta norma prescribe que si el Veedor no presenta su informe, el Deudor, cualquiera de los acreedores o el tribunal competente informará a la Superintendencia para que se apliquen las sanciones que corresponda. Se añade que en este caso, el Acuerdo de Reorganización Judicial se votará con prescindencia del Informe del Veedor.

21. El artículo 207 de la LCon chilena establece que: «La determinación de la forma de realización de los bienes del deudor, sus plazos, condiciones y demás características, corresponderá a la Junta de Acreedores», norma que consagra el principio general en materia de realización ordinaria de los bienes del deudor, en el marco de un PCL.

22. Tal cual lo establece la disposición 198, número 2) de la LCon chilena, al momento de tratar las materias obligatorias a tratar en la primera junta ordinaria de acreedores.

23. El artículo 203 de la LCon chilena establece un catálogo de hipótesis, cuya ocurrencia supone la aplicación del procedimiento de realización simplificada o sumaria de los bienes del deudor. En este sentido se puede mencionar, a modo ejemplar: **a)** Si el deudor califica como micro empresa, de conformidad a lo establecido en la Ley Núm. 20.416; **b)** Si el Liquidador informare a los acreedores en la Junta Constitutiva que el producto probable de la realización del activo a liquidar no excederá las 5.000 Unidades de Fomento; **c)** Si la junta constitutiva no se celebrare en segunda citación por falta de quorum; **d)** Si la junta lo acuerda, por indicar las hipótesis más relevantes.

24. Al respecto, en el Mensaje de la LCon chilena, a la hora de hacer referencia a los tiempos empleados en la tramitación de un PCL (entiéndase quiebra, bajo el imperio de la antigua Ley concursal vigente en Chile), se indica que: «En comparación a países de la región, Chile presenta un panorama desolador. Así, respecto de la duración del procedimiento, Colombia muestra un promedio de 1,3 años, mientras que Uruguay entrega 2,1 años y Bolivia, 1,8 años. Nosotros, en cambio, mostramos un triste promedio de 4,5 años». Se añade, en lo pertinente, que: «... Japón, Canadá y Dinamarca presentan procedimientos con duraciones que van de los 6 a 9 meses, mientras que otros como Hungría, Estonia y Polonia exhiben procesos que duran entre 2 a 3 años, tiempos que aún siguen siendo más reducidos que los existentes en Chile».

acuerdo ni menos pretender su revisión, ya en términos formales o de mérito<sup>25</sup>. A mayor abundamiento, en lo relativo a los órganos jurisdiccionales –sean ordinarios o arbitrales–, ocurre otro tanto, atendido que la LCon chilena no se sustenta en la homologación de los acuerdos sobre la base de la revisión de sus contenidos, sino más bien pone el acento en la participación de los citados órganos a propósito de la impugnación que del respectivo acuerdo puedan efectuar los interesados<sup>26</sup>, cuyas causales son, en esencia, de naturaleza puramente formal, comprendiéndose en este predicamento las causales de impugnación de los acuerdos de reorganización judicial, extrajudicial o simplificada, como, asimismo, aquellas que corresponden a la renegociación y ejecución (en este último supuesto, para el caso de la Persona Deudora)<sup>27</sup>. De este modo, la LCon chilena hace descansar el resultado óptimo de la homologación judicial de los acuerdos (teniendo en cuenta las escasas facultades asignadas a los órganos jurisdiccionales en lo referente al control del contenido de los mismos), en lo que se ha denominado la «racionalidad económica» de los particulares<sup>28</sup>, confiando para el cumplimiento del objetivo más arriba descrito, en su correcta aplicación, lo que se debería trasuntar en un acuerdo con ribetes de razonabilidad y de viabilidad, tanto económica como jurídica.

Ahora, en lo que respecta a la variable que dice relación con el «aumento y/o fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares», también es posible apreciar el alineamiento que la LCon chilena ha desarrollado en este sentido (sin perjuicio de los matices a que haremos referencia, los cuales, sin embargo, no desmejoran completamente la variable en comento). Al respecto, es menester traer a colación algunas instituciones disciplinadas en la legislación concursal chilena, todas las que apuntan a dotar a los particulares (entiéndase acreedores) de especiales prerrogativas destinadas a la solución del problema que provoca el estado de cesación de pagos o insolvencia del deudor común, como son, por ejemplo, el «acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado», que se suscribe entre una Empresa Deu-

25. Lo expuesto es consistente con lo preceptuado en las disposiciones 265, 266 y 267 de la LCon chilena, en las cuales se contemplan, respectivamente, las audiencias de determinación del pasivo, de renegociación y de ejecución, en todas las cuales la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento aparece más bien como una entidad administrativa facilitadora de acuerdos, recayendo en definitiva el éxito (o fracaso) de la Renegociación, en el definitivo desenlace de la interacción producida entre el cuerpo de acreedores asistentes y la Persona Deudora que es objeto de un Procedimiento Concursal de esta naturaleza.

26. Resulta de común ocurrencia el utilizar la homologación judicial de los acuerdos para efectos de romper con el efecto relativo de los mismos, los que han sido adoptados por mayoría de los acreedores, de modo tal, que se pueda proteger a los acreedores minoritarios o servir como garante de la viabilidad y razonabilidad del acuerdo (finalidades que son en clara alusión al Derecho concursal alemán o norteamericano).

27. El catálogo de causales de impugnación de los acuerdos se encuentra contemplado, según sea el procedimiento Concursal de que se trate, respectivamente, en los artículos 85, 111 y 272 de la LCon chilena. En general, todas las causales de impugnación se sustentan, básicamente, en reproches meramente formales, que dicen relación con las mayorías necesarias para su aprobación, como también con errores relacionados con la información utilizada por los acreedores al momento de adoptar su acuerdo, situación que evidencia su naturaleza incorrecta o incompleta.

28. CASTAÑEDA CATALÁN, L. F.; «Descripción crítica y problemas relevantes en las nuevas figuras y procedimientos de la normativa concursal en materia de convenios», en *Estudios de Derecho Concursal. Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Dir. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA), Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago de Chile, 2011, p. 435.

dora y sus acreedores, con la finalidad de reestructurar sus activos y pasivos, el cual puede ser sometido a aprobación judicial en conformidad al Título 3 del Capítulo III de la LCon chilena<sup>29</sup>. Ahondando más en la aprobación judicial antes referida, cabe destacar que el artículo 112 de la LCon chilena se refiere en términos facultativos (al emplear la palabra «podrá»), al momento de referirse a aquella prerrogativa de que dispone el tribunal para proceder a la citación de todos los acreedores a quienes les afecte el acuerdo, para su aceptación ante el tribunal, la que, en caso de ser ejercida, deberá serlo dentro de los diez días siguientes a la publicación del acuerdo en el Boletín Concursal<sup>30</sup>. De este modo, el tribunal –con o sin la aceptación de parte de los acreedores–, vencido el plazo para presentar impugnaciones en contra del convenio, o, habiendo sido éstas rechazadas, procederá a la dictación de la correspondiente resolución aprobatoria, la que será publicada en el Boletín Concursal. De la manera indicada, y sólo a partir de la aprobación judicial del acuerdo extrajudicial, éste comienza a producir los efectos propios de todo acuerdo de reorganización judicial<sup>31</sup>, en circunstancia que sin ésta, sólo produce efectos relativos, esto es, limitados exclusivamente al deudor y a aquellos acreedores que lo hayan efectivamente suscrito, lo que claramente incentiva su aprobación ante el tribunal competente, trayendo consigo una participación estelar por parte del órgano jurisdiccional respectivo, a la hora de la concreción de los efectos definitivos del acuerdo, relativizando, de paso, el vigor inicial de la autonomía de la voluntad de los particulares, puesta en clara evidencia al momento de la suscripción del respectivo convenio extrajudicial<sup>32</sup>. De

29. Según el artículo 104 de la LCon chilena, el acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado deberá ser otorgado ante un ministro de fe o ante un ministro de fe de la Superintendencia, quien certificará, además, la personería de los representantes que concurren al otorgamiento de este instrumento, cuyas copias autorizadas deberán agregarse al acuerdo respectivo, pudiendo versar sobre cualquier objeto tendente a reestructurar los activos y pasivos del Deudor (artículo 105 LCon chilena).

30. El Boletín Concursal, según se estatuye en el numeral 7 del artículo 2° de la LCon chilena, es una «*Plataforma electrónica a cargo de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, de libre acceso al público, gratuito, en la que se publicarán todas las resoluciones que se dicten y las actuaciones que se realicen en los procedimientos concursales, salvo que la ley ordene otra forma de notificación*».

31. En cuanto a los efectos más relevantes que nacen de los Acuerdos de Reorganización Judicial, destaca aquel que lo hace obligatorio para el Deudor y para todos los acreedores de cada clase o categoría de éste, hayan o no concurrido a la junta que lo acuerde (artículo 91 LCon chilena). También exige mención aquel que recae sobre los créditos, en virtud del cual, éstos se entenderán remitidos, novados o repactados, según corresponda, para todos los efectos legales (disposición 93 del citado cuerpo de normas). A su turno, en la Ley de Insolvencia de **Colombia** (N° 1116, de 27 de diciembre de 2006), se dispone sobre el particular que: «... los acuerdos de reorganización y los acuerdos de adjudicación celebrados en los términos previstos en la presente ley, serán de obligatorio cumplimiento para el deudor o deudores respectivos y para todos los acreedores, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él» (artículo 40 del citado cuerpo de normas). Otro tanto ocurre en **Brasil**, cuya Ley de «Recuperación judicial y extrajudicial del empresario y de la sociedad empresarial» (N° 11.101 de 9 de febrero de 2005) expresa que el plan de recuperación judicial debe ser aprobado por todas y cada una de las clases de acreedores, constituyendo cada clase una base de cómputo independiente, «...siendo función del juez la homologación del mismo, en tanto no hubiere sido objetado o cuando habiéndolo sido, las objeciones se hubieren superado en la asamblea general convocada al efecto» (artículos 41 y 45).

32. Resulta pertinente destacar que esta modalidad de «acuerdo concursal» tiene su fuente legal en la actual Ley concursal de la **República de Argentina** (Núm. 24.522, que data del año 1995, incluidas sus posteriores modificaciones). En efecto, las disposiciones 69 a 76 del citado cuerpo de normas trata el denominado «**Acuerdo Preventivo Extrajudicial**», el cual puede ser otorgado en instrumento privado, debiendo la firma de las partes

ahí que llame la atención que a este mecanismo concursal se le haya denominado acuerdo de reorganización *extrajudicial* o simplificado, cuando en el hecho ha de ser sometido a aprobación judicial para que produzca sus efectos<sup>33</sup>. Otro tanto apunta en este mismo sentido, esto es, al fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares, el hecho que la LCon chilena no exija como necesaria la voluntad del deudor para determinar la forma específica en la que se realizará el activo del deudor común, siendo soberana en esta materia la junta de acreedores, según lo prescribe el artículo 207 de la LCon chilena, en el cual se dispone que la determinación de la forma de realización de los bienes del deudor, sus plazos, condiciones y demás características, corresponderá al citado órgano del concurso. A su turno, la denominada «protección financiera concursal» (en adelante, PFC), instituto que forma parte del contenido esencial de la resolución de reorganización dictada por el tribunal competente en relación a una determinada Empresa Deudora –a propósito de una solicitud formal efectuada en este sentido por ésta– se erige, a no dudarlo, como una especie de efecto jurídico propio e inherente de la citada resolución, cuya finalidad última es facilitar y fortalecer el Procedimiento Concursal de Reorganización de un Deudor<sup>34</sup>. Se pretende con su existencia, posibilitar que la Empresa Deudora pueda iniciar (y ojalá concluir) el proceso de negociación con sus acreedores, sin que se vea expuesta a cobros ejecutivos o procedimientos compulsivos que puedan significar la pérdida de la unidad productiva, con lo cual, ningún acreedor pueda verse beneficiado en perjui-

---

estar certificadas por escribano público, pudiendo versar sobre el contenido que las partes estimen conveniente a sus intereses, siendo obligatorio para ellas, aun cuando no obtenga homologación judicial, salvo convención expresa en contrario. Para mayor claridad acerca de las notas fundamentales que reviste este acuerdo, *Vid.* Dasso, A.; *Derecho concursal comparado*, Tomo III, Legis Argentina S.A., Buenos Aires, 2012, p. 28, quien, al referirse al citado acuerdo, expresa que: «Entre los muchos aspectos que lo configuran como un instrumento de suma elasticidad y facilitante para la obtención del fin perseguido deben remarcar la posibilidad de su negociación privada con sólo una parte de los acreedores y la particular interpretación jurisprudencial en el sentido de admitir su ingreso a la vía judicial a instancias del deudor aun cuando no se hubieren obtenido las mayorías ordinarias a priori, posibilitando su obtención la adhesión de los acreedores faltantes en el curso del procedimiento judicial». Puntualiza el profesor Dasso, que el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE) con las reformas introducidas en el marco de las denominadas Leyes de Emergencia de la crisis económica de los albores de 2002, constituyó el instrumento jurídico más eficiente que a la mano, especialmente de las grandes empresas, permitió su reorganización o la mera reformulación de sus pasivos.

33. SANDOVAL LÓPEZ, R.; *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2015, p. 103. El autor no concibe que se le denomine «*extrajudicial*», por un lado y, por otro, que requiera –precisamente– aprobación judicial para la producción de sus efectos.

34. La Protección Financiera Concursal (PFC) se encuentra disciplinada en el artículo 57, numerales 1, 2 y 3 de la LCon chilena, norma que da cuenta del contenido de la Resolución de Reorganización dictada por el tribunal competente. En mérito de ésta, durante el plazo de 30 días contados desde la notificación de la citada resolución (ampliable por otros 30 ò 60 días, según sea el apoyo con que cuente el Deudor por parte de sus acreedores) no podrá declararse ni iniciarse en contra del Deudor un Procedimiento Concursal de Liquidación, ni tampoco iniciarse en su contra juicios ejecutivos, ejecuciones de cualquier clase o restituciones en juicios de arrendamiento. También se suspenderá la tramitación de éstos, sin que se puedan terminar anticipadamente los contratos suscritos con el Deudor o, exigirse, de igual forma, su cumplimiento, o hacerse efectivas las garantías contratadas; invocándose en todos los casos, el inicio de un Procedimiento Concursal de Reorganización. Tampoco, invocando exclusivamente esta última razón, se podrá eliminar al Deudor de formar parte de un registro público de contratistas o prestador de servicios, habiendo cumplido las demás obligaciones contractuales con su mandante. Como contrapartida, la Empresa Deudora quedará sujeta a la intervención del Veedor, sin que pueda gravar o enajenar sus bienes, ni mutar sus pactos sociales ni régimen de poderes (en caso que el Deudor se tratare de una persona jurídica).

cio de los demás<sup>35</sup>. Por último, el hecho de permitir la LCon chilena la suscripción de acuerdos de reorganización judicial por clases o categorías de acreedores constituye una manifestación adicional del fortalecimiento del principio en comento, más aún, si se le da la posibilidad a los acreedores hipotecarios y prendarios para que voten la propuesta de acuerdo, pudiendo conservar sus preferencias, circunstancia que amplía, a nuestro entender, el universo de acreedores que son destinatarios «formales» de este tipo de solución a la insolvencia, la cual, como se sabe, es de iniciativa exclusiva del deudor común<sup>36</sup>; ajuste legislativo que se agradece, teniendo en cuenta que la anterior regulación concursal en la materia, establecía la figura del convenio judicial como un acuerdo en que sólo podían participar los acreedores ordinarios, excluyéndose, en los hechos, a los privilegiados<sup>37</sup>.

Ahora bien, en lo que respecta a la LCon española, y sin perder de vista el afán perseguido en este apartado, cual es, dar cuenta de la influencia que la visión privatista del Derecho concursal ha producido en la consagración jurídico-legal de diversas instituciones; específicamente en esta parte, con respecto al ordenamiento jurídico español, es menester indicar, en primer término, que nuestro análisis será acotado a aquellas instituciones que han sido denominadas «acuerdos preconcursales con trascendencia concursal»<sup>38</sup>, dentro de los cuales se puede incluir, para estos efectos, a los llamados «acuerdos de refinanciación» los que, en conjunto con los «acuerdos extrajudiciales de pagos», como se sabe, dan pie a lo que se conoce como el Derecho preconcursal español, soluciones preconcursales extrajudiciales y privadas de las crisis económicas<sup>39</sup>. También haremos caudal en este apartado de los convenios

35. CONTADOR ROSALES, N. y PALACIOS VERGARA, C.; *Procedimientos Concursales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, p. 65.

36. En nuestra tradición mercantilista nacional, normalmente todos los acreedores preferentes estaban excluidos del convenio o acuerdo, salvo que renunciando a su preferencia devinieran en acreedores comunes. De este modo, atendida su calidad de preferentes no votaban la propuesta y tampoco eran tocados por el efecto relativo del convenio, una vez ya perfeccionado, siendo la razón o motivo de su exclusión un asunto no pacífico en la doctrina. En este sentido, PUGA VIAL, J. E.; *Derecho Concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2014, p. 289 a 295, efectúa un detallado balance acerca de las diversas posturas doctrinarias que tratan de explicar las razones que han motivado la exclusión de los acreedores preferentes de la propuesta de convenio. PUGA VIAL, J. E.; *Derecho concursal. El convenio de acreedores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 259. El autor en esta última obra citada, nos dice que el fundamento de la exclusión de los preferentes es por existir un conflicto de clases entre éstos y los acreedores comunes, motivo por el cual la Ley los excluye del convenio en resguardo de las preferencias de sus créditos. *Vid.*, por todos, CONTADOR ROSALES, N. y PALACIOS VERGARA, C.; *ob. cit.*, p. 14, por aquellos que estimaban que siempre era necesario contar con el consentimiento informal de los acreedores garantizados a la hora de suscribir un convenio judicial (ya que de lo contrario podían ejecutar la garantía, haciendo inviable y convirtiendo en letra muerta todo lo acordado con los acreedores en el convenio).

37. GOLDENBERG SERRANO, J. L.; *ob. cit.*, p. 63. El citado autor nos indica que en este sentido, el sistema derogado giraba en torno a la idea de que los acreedores preferentes no eran parte del convenio y, por tanto, no eran oponibles a su respecto los nuevos términos y condiciones del mismo, a menos que renunciaran a sus preferencias, entendiéndose que había renunciado tácitamente a la misma por la circunstancia de que el acreedor votase en la junta de acreedores especialmente convocada al efecto.

38. Denominación que aparece acuñada en RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.; «El Derecho Preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal. Capítulo 2», en *Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal*, 15ª edición (Coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 59.

39. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO; *ob. cit.*, p. 60.

concursoales, dada su naturaleza «*concordatoria*», los que, claramente, están puestos al servicio de resolver el estado de insolvencia del cual pueda padecer un determinado deudor, teniendo siempre presente que la LCon española, en su texto original, soslayó cualquier regulación de herramientas contractuales para la superación de la crisis, queriendo, por el contrario, crear incentivos para que los agentes económicos prefiriesen una solución concursal<sup>40</sup>, acudiendo para ello a la denominada «insolvencia inminente», exigido como presupuesto para el inicio de un concurso voluntario, según se desprende del artículo 5.2 de la LCon española, en relación al artículo 2.3 del mismo cuerpo de normas<sup>41</sup>.

Ahora bien, en la gestación de los «*acuerdos de refinanciación*», aparece representada con mayor claridad la variable relacionada con el aumento y/o fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares, si bien, no en el seno de un concurso de acreedores ya iniciado, pero sí, generalmente, a propósito de un estado de insolvencia o de cesación de pagos (inminente, e incluso real) que afecta a un específico deudor; cuestión que no ocurre a propósito de la suscripción de un acuerdo extrajudicial de pagos<sup>42</sup>. Cabe hacer presente que el instrumento inicialmente previsto por el Real Decreto Ley N° 3/2009, mantenía su vertiente esencialmente contractual<sup>43</sup>, aunque, para los efectos de protección de las acciones de reintegración, establecía el requisito adicional del necesario consentimiento de acreedores representantes de tres quintos del pasivo, sin establecer procedimientos específicos para alcanzar el acuerdo. Como se sabe, los acuerdos de refinanciación se encuentran disciplinados en la LCon española, en sus artículos 71.6 (norma introducida por el Real Decreto Legislativo 3/2009, y luego modificada por la Ley 38/2011 y por la Ley 14/2013), 71 bis (introducido por la Ley 14/2013) y en la Disposición Adicional Cuarta (referida a la homologación judicial de estos acuerdos, introducida por la Ley 38/2011 y luego modificada por la Ley 14/2013). Los acuerdos de esta naturaleza pretenden, en gene-

40. En este sentido, la exposición de motivos de la LCon española, en su apartado II, nos indica al respecto que: «*El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores*».

41. En la citada norma se establece que se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Para poder acceder a un planteamiento general sobre la insolvencia inminente, *Vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; «*Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada*», en *Il trattamento giuridico della crisi d'impresa. Profili di diritto concorsuale italiano e spagnolo a confronto* (DIRS. SARCINA, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.), Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 51 a 71.

42. RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO; *ob. cit.*, p. 60. El citado autor indica al respecto que, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos de refinanciación, «*los acuerdos extrajudiciales de pagos conculcan grave e irreparablemente el principio de autonomía de la voluntad privada, limitando ésta en el acceso a las negociaciones, en el contenido de los acuerdos que pueden lograrse y en su eficacia que se extiende más allá de los sujetos que prestaron su consentimiento al acuerdo para vincular no sólo a quienes no manifestaron su aceptación, sino también, incluso, a los que se opusieron al mismo expresamente*». En la LCon española el acuerdo extrajudicial de pagos encuentra su regulación legal en el Título X de la LCon española, artículos 231 a 242 y en las Disposiciones Adicionales Séptima y Octava de la misma (normas añadidas a la LCon española mediante Ley 14/2013).

43. Para quien requiera un panorama más acabado acerca de la incidencia de la autonomía privada en la configuración de los acuerdos de esta naturaleza, *Vid.* PULGAR ESQUERRA, JUANA; «*Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art.53 LCon en el marco del RDL 3/2009*», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11, (2011), p. 48.

ral, eludir o evitar el estado de insolvencia, superar las dificultades patrimoniales, o, al menos, asegurar una mayor viabilidad de la organización económica del deudor<sup>44</sup>. Sus efectos son relativos, ya que vinculan exclusivamente al deudor y a los acreedores que lo hayan suscrito, sin perjuicio de la homologación judicial que se pudiere producir, la que, cuya ocurrencia, trae aparejada que la espera pactada en el mismo se extiende, más allá de sus firmantes, a aquellos créditos sin garantía real de las entidades financieras que no lo suscribieron, ya sea por no haber participado en él o por haber disentido o no haber estado de acuerdo con el mismo<sup>45</sup>. Se ha sostenido que la homologación judicial del acuerdo de refinanciación (o refinanciamiento) trae consigo dos particulares efectos que comportan una particular eficacia *ultra vires* del mismo. Por un lado, habiendo sido suscrito por acreedores que representen al menos el cincuenta y un por ciento del pasivo de titularidad de entidades financieras, sus efectos se extienden legalmente a las restantes entidades financieras acreedores no participantes o disidentes y, por otro, se establece una suspensión del inicio o continuación de cualquier ejecución patrimonial por un plazo máximo de tres años, a fin de asegurar los resultados de la operación de rescate sin los entorpecimientos que podría suponer las pérdidas de activos del deudor<sup>46</sup>. De la manera indicada, se puede advertir un claro y contundente quiebre de la configuración netamente contractual del acuerdo de refinanciamiento, sobre todo, por la proyección de sus efectos a terceros que no han intervenido en su gestación, utilizando para ello una fórmula ajena al principio de simple mayoría, de modo tal, que la voluntad expresada por los acreedores concurrentes al acuerdo afectaría los derechos de ejecución de aquellos que no concurrieron, para el caso de solicitarse la homologación judicial del respectivo acuerdo<sup>47</sup>. Se atempera lo dicho, teniendo en cuenta que la homologación del acuerdo se justificaría únicamente en una función de tutela de los terceros, sin que aquello pueda afectar lo esencial del modelo privatista parcialmente impuesto en el Derecho español. De este modo el tribunal puede homologar (o no) el respectivo acuerdo de refinanciación; más no, modificar su contenido<sup>48</sup>, lo que supone, en definitiva, extender (o no) a los acreedores financieros no concurrentes, los efectos que dimanen del acuerdo alcanzado.

44. Ibídem., RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, ALFONSO; ob. cit., p. 87.

45. OLIVENCIA RUIZ, MANUEL; «La reforma de la Ley concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 285 (2012), pp. 16 y 17. El autor sostiene una visión crítica sobre este punto, indicando que: «Se sitúa así nuestra Ley en una perspectiva contractual, no procedimental, de la prevención de la insolvencia a través de arreglos, acuerdos o convenios inter partes, pero con efectos sobre los acreedores que en ellos no lo han sido». Cabe precisar que la extensión de los términos del acuerdo de refinanciación homologado a los acreedores no participantes o disidentes, de conformidad a la nueva redacción de la disposición adicional cuarta de la LCon española, mediante Real Decreto-Ley N° 4/2014, de 4 de marzo, la extensión es bastante más amplia, sin perjuicio que se deberá hacer un distingo entre la situación de los créditos no dotados de garantía real o por la parte de aquello que exceda de su valor, de aquellos créditos dotados de garantía real por la parte que no exceda de su valor.

46. GOLDENBERG SERRANO, J. L.; ob. cit., p. 100.

47. OLIVENCIA RUIZ, M.; ob. cit., p.19, quien es contrario a este efecto, señalando al respecto que se «aplica el principio de mayoría a los efectos de un contrato, no de un acuerdo de un órgano colegiado, que no existe en ese momento, y en su virtud somete a la minoría a un acuerdo (contrato), que, en principio, no tendría más efectos que los del artículo 1257 del Código Civil entre las partes y sus herederos».

48. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Barcelona, 2012, pp. 62 y 63.

No está de más decir, como cuestión final en relación a este tipo de acuerdos, que éstos tienen una restringida incidencia concursal, la cual es posible visualizar, en primer término, (como de algún modo ya hemos visto), en el caso de que el deudor se encuentre en insolvencia actual, en cuya hipótesis, iniciadas las negociaciones tendentes a alcanzar un acuerdo de esta naturaleza, es procedente la ampliación del plazo para cumplir el deber legal de solicitar la declaración de concurso, del modo contemplado en el artículo 5 *bis* de la LCon española, impidiéndose también su apertura, a solicitud de los acreedores, una vez que el deudor ponga en conocimiento del juzgado competente que ha iniciado negociaciones para alcanzar el referido acuerdo<sup>49</sup> (artículo 15.3 LCon española), aun cuando ésta no contemple a la totalidad de los acreedores, ni sea necesario que se acredite que el deudor efectivamente se encuentra en una situación de insolvencia. En segundo término, en tanto el respectivo acuerdo cumpla con las exigencias contempladas en el artículo 71.6 de la LCon española, el deudor queda a salvo de sufrir una rescisión concursal, en el evento que este último se declare posteriormente en concurso; inclusive si la referida declaración se produce dentro de los dos años siguientes al acuerdo.

Ahora bien, en relación con el convenio concursal, es menester hacer algunas precisiones. Se encuentra disciplinado a partir del artículo 98 de la LCon española. Al respecto, en primer lugar, debemos tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la LCon española, apartado VI, expresa —a la letra— que: «*El convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud*». Atendido exclusivamente el tenor literal de lo expuesto en el Preámbulo de la LCon española, es posible colegir que la institución de los convenios concursales aparece diseñada en base a la consagración de variadas e ilimitadas facultades otorgadas a las partes intervinientes, tanto a la hora de su gestación como actuación negocial, como cuando corresponda su —eventual— aceptación posterior; aserto que, como diremos, no resulta del todo exacto. En efecto, si bien no se discute su innegable perfil contractual, atendido que constituye un instrumento a través del cual los principales involucrados en el concurso (deudor común y masa de acreedores), vienen a componer o «arreglar» sus intereses de la manera que les parece más conveniente, no se puede soslayar el hecho que el acuerdo que se alcance se produce en el marco de un concurso de acreedores, con pleno sometimiento a las reglas de esta institución. En efecto, esto implica que las propuestas de convenio tienen que ajustarse a las exigencias legales en cuanto a su tiempo, forma y contenido; de igual modo, su tramitación y, en su caso, la aceptación del mismo. En el mismo sentido apunta la aprobación que el juez, en forma posterior, debe dar al convenio aceptado, la cual no se reduce a una simple ratificación automática del resultado de la junta o del recuento de las adhesiones, sino más bien a un control efectivo por parte de la autoridad judicial; incluso facultándosele para rechazar de oficio el convenio, sin que se haya

---

49. Debe precisarse que estos efectos no se producen una vez que se constate el inicio del proceso de negociación, sino que se permite su producción incluso en una fase anterior, motivada únicamente por la comunicación efectuada al juez por el propio Deudor. De este modo se pretende evitar el problema del «*holdout*», desde el prisma del acreedor denominado «parásito».

formulado previa oposición, en los términos y bajo las condiciones indicadas en el artículo 131 de la LCon española. Más aún, el juez puede ir más allá, al pronunciarse sobre la viabilidad del convenio, hipótesis que puede ocurrir con ocasión de haberse planteado oposición a la aprobación del mismo, en los términos establecidos en el artículo 128.2 LCon española (legitimidad activa que se otorga, en este caso, a la administración concursal y a los acreedores que, individualmente o agrupados, sean titulares de –al menos– el cinco por ciento de los créditos ordinarios). En palabras del Catedrático Alberto Díaz Moreno, todo lo que se acaba de indicar «tiñe a esta figura concursal de un marcado carácter jurídico-público»<sup>50</sup>, lo que trae consigo un importante debilitamiento de la inicial autonomía de la voluntad de los particulares puesta al servicio de la gestación del acuerdo respectivo, voluntad colegial que se ve matizada con la presencia de atisbos de lo público, que en este caso se pone de relieve mediante la estelar participación del juez del concurso a la hora de la aprobación judicial de un convenio concursal. Lo dicho cobra más fuerza aún, si se tiene en cuenta que éste adquirirá eficacia sólo desde la fecha de la sentencia que lo apruebe<sup>51</sup>, disposición que es aplicable con independencia de que haya sido aceptado por los acreedores anticipadamente, en la fase común, en junta de acreedores o mediante tramitación escrita.

En definitiva, todo lo expresado hasta aquí en relación a los *acuerdos de refinanciación* y lo expuesto en lo concerniente a los *convenios concursales*, da cuenta de la constante convivencia o «cohabitación» existente en los concursos de acreedores entre los intereses privados y públicos en juego, diagnóstico que nos permite afirmar que el mentado fortalecimiento de la autonomía de la voluntad de los particulares experimentado en el ámbito del Derecho concursal, en España, no ha logrado los partidarios suficientes para erradicar completamente algunas instituciones inspiradas –a la hora de su diseño– en un carácter más bien jurídico-público, siempre presente en los procedimientos concursales, sobre todo, a través de la presencia de sus órganos de administración como de aquellos de naturaleza jurisdiccional, como es el juez del concurso.

#### 4. CONCLUSIONES FINALES

Culminado ya el presente artículo, al tenor de las reflexiones efectuadas, es menester plantear algunas conclusiones finales, que si bien deben ser catalogadas de tales, por encontrarse al término de este trabajo, no por ello también deben ser tenidas como definitivas, terminales o «finales», desde la perspectiva de su eventual cambio o ajuste, teniendo en cuenta para ello, particularmente en el ámbito del Derecho concursal, la constante mutación que éste puede sufrir (y sufre), dada su obligación legal y «social» de ser portador de requerimientos efectuados por parte de los agentes

50. DÍAZ MORENO, A.; «El Convenio Concursal. Capítulo 11», en *Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal*, 15ª edición (Coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 436.

51. El artículo 133.1 de la LCon española expresa que: «*El convenio adquirirá eficacia desde la fecha de la sentencia que lo apruebe, salvo que el juez, por razón del contenido del convenio, acuerde, de oficio o a instancia de parte, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza*».

económicos en estado de insolvencia, a propósito de los cuales, nace su obligación de generar soluciones legislativas –eficientes y eficaces– que permitan hacer frente al estado de cesación de pagos de un determinado deudor.

Veamos las más relevantes, a nuestro entender:

1. La concepción privatista del Derecho concursal ha servido y, por cierto, ha sido tomada en cuenta (en mayor o menor medida), a la hora de ser adoptadas decisiones de política legislativa referidas a la configuración y diseño de ciertas instituciones concursales, en las cuales el principio de autonomía de la voluntad de los particulares ha cobrado mayor relevancia, fomentándose con esto una solución negocial del concurso de acreedores.

2. Si bien el Derecho concursal participa del Derecho mercantil (o comercial) y éste, a su vez, del Derecho privado, se aprecia también en el primero un importante componente *jurídico-público*, manifestado, sobre todo, a través de la presencia de los órganos del concurso encargados de su administración (y del juez, en caso de homologación y/o aprobación de los acuerdos) siendo la misión esencial –en ambos casos– velar por el resguardo y protección de todos los intereses involucrados, sean éstos de los acreedores, del deudor, como también del mercado y de la sociedad en general.

3. El protagonismo de la autonomía de la voluntad se revela, con mayor nitidez, en las soluciones *concordatorias* del concurso, sean éstas de naturaleza judicial como extrajudicial (especialmente a la hora de consensuar su contenido), lo que no obsta a que en las soluciones *liquidatorias* también tenga alguna cabida, particularmente en relación con la forma de liquidación del activo y en lo que respecta a la continuidad (muchas veces provisional) de la empresa en falencia.

4. El incentivo de la autonomía de la voluntad de los particulares en el seno de un concurso de acreedores, se encuentra motivado –en gran medida– en el afán del legislador de dotar a éste de mayores niveles de eficiencia (sobre la mera eficacia) al momento de administrar los activos del concurso y, en definitiva, con ocasión del pago de las acreencias cuyo cobro es exigido por los diversos acreedores.

## 5. INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

ALEGRÍA, H.; *Algunas cuestiones de Derecho concursal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1975.

BAIRD, D. G.; GERTNER, R. H. y PICKER, R. C.; *Game theory and the law*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1994.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; «Insolvencia, insolvencia inminente e insolvencia cualificada», en *Il trattamento giuridico della crisi d' impresa. Profili di diritto concorsuale italiano spagnolo a confronto* (Dir. SARCINA, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.), Cacucci Editore, Bari, 2008.

CASTAÑEDA CATALÁN, L. F.; «Descripción crítica y problemas relevantes en las nuevas figuras y procedimientos de la normativa concursal en materia de convenios», en *Estudios de Derecho Concursal. Primeras Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*

- (Dir. VÁSQUEZ PALMA, M. F.), Abeledo Perrot-LegalPublishing, Santiago de Chile, 2011.
- COOTER, R. y ULEN, T.; *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1998.
- CONCHA GUTIERREZ, C.; *El proceso de quiebra. Su naturaleza jurídica*, Ediciones López-Viancos, Santiago de Chile, 1971.
- CONTADOR ROSALES, N. y PALACIOS VERGARA, C.; *Procedimientos Concursales*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015.
- DASSO, A. A.; *Derecho concursal comparado*, Tomo III, Legis Argentina S.A., Buenos Aires, 2012.
- DÍAZ MORENO, A.; «El Convenio Concursal. Capítulo 11», en *Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal*, 15ª edición (Coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014.
- DI MARZIO, F.; *Il Diritto negoziale della crisi d'impresa*, Giuffrè Editore, Milán, 2011.
- GOLDENBERG SERRANO, J. L.; *La visión privatista del Derecho concursal*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2015.
- JACKSON, T. H.; *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press, Cambridge, Londres, 1986.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, J.; *El proceso concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Barcelona, 2012.
- NUÑEZ OJEDA, R., CARRASCO DELGADO, N. y ORTIZ ROJO, F.; «Visión crítica desde el análisis económico del derecho al sistema de verificación de créditos y realización de activos en la ley de quiebras chilena», *Ius et Praxis*, año 18, 4 (2012).
- NUÑEZ OJEDA, R. y CARRASCO DELGADO, N.; «La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho», *Ius et Praxis*, año 17, 1 (2011).
- *Presente y futuro del Derecho concursal procesal chileno*, Legal Publishing Chile, Santiago de Chile, 2014.
- OLIVENCIA RUIZ, M.; «La reforma de la Ley concursal», *Revista de Derecho Mercantil*, 285 (2012).
- PAJARDI, P.; *Radici e Ideologie del Fallimento*, Giuffrè, Milán, 1992.
- PUGA VIAL, J. E.; *Derecho concursal. El convenio de acreedores*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.
- *Derecho Concursal. El Acuerdo de Reorganización*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2014.
- PULGAR ESQUERRA, J.; «Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicación ex art. 53 LCon en el marco del RDL 3/2009», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 11 (2011).
- RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A.; «El Derecho Preconcursal. Los acuerdos preconcursales con trascendencia concursal. Capítulo 2», en *Derecho Mercantil, Volumen 10º, Derecho concursal*, 15ª edición (Coords. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A.), Marcial Pons, Madrid, 2014.

- SANDOVAL LÓPEZ, R.; *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2015.
- SATTA, S.; *Instituciones de Derecho de quiebras*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.
- SCARSELLI, G.; «Gli organi preposti al fallimento». Parte I, en *Manuale di Diritto Fallimentare* (Coord. PACCHI, S), Giuffrè Editore, Milán, 2011.