

Goldenberg Serrano, Juan Luis
BASES PARA LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL
Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 20, julio, 2013, pp. 9-49
Universidad Diego Portales
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370833939001>

Revista Chilena de Derecho Privado

Revista Chilena de Derecho Privado,
ISSN (Versión impresa): 0718-0233
claudia.bahamondes@udp.cl
Universidad Diego Portales
Chile

BASES PARA LA PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL

BASIS FOR A CONTRACTUAL APPROACH TO INSOLVENCY LAW

BASES DE LA PRIVATISATION DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

*Juan Luis Goldenberg Serrano**

RESUMEN

La “privatización del Derecho Concursal” es un concepto equívoco. No sólo da la idea de que hay un enfoque que atiende exclusivamente a los intereses particulares sino que despoja a la autoridad de toda forma de control. En este sentido, creemos necesario reconducir el término hasta entender que aquél implica una nueva jerarquización de los intereses implícitos ante el fenómeno de la insolvencia, situando la finalidad distributiva en el punto focal (subordinando a ella los demás fines del Derecho Concursal) y advirtiendo que serán los propios interesados (principalmente, los acreedores) quienes lograrán negociar un resultado más eficiente, medido en razón de la maximización de sus posibilidades de cobro. Entonces, el Derecho Concursal debe ser redimensionado a efectos de crear estructuras que permitan la coordinación de los derechos de crédito (únicas normas que, en tanto estructurales, deben ser imperativas) e incentivando el acuerdo, como paradigma de la autonomía negocial, por medio de la disminución de los costos de transacción y el tratamiento de las asimetrías informativas.

Palabras clave: Derecho Concursal, privatización del concurso, autonomía privada.

* Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: avenida Libertador Bernardo O'Higgins N° 340, Santiago, Chile. Artículo recibido el 7 de diciembre de 2012 y aceptado para su publicación el 15 de marzo de 2013. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl.

Este trabajo se inscribe en el proyecto FONDECYT de iniciación de investigación N° 11121139 : “Fundamentos dogmáticos de la visión privatista del Derecho Concursal”.

ABSTRACT

The “contractual approach of Insolvency Law” is a misconception. Not only does it give the idea that there is a perspective that exclusively caters private interests, but also that it strips the authority of any form of control. In this sense, we believe that such concept shall be redirected to understand that it implies a new hierarchy of the implicit interests faced to the phenomenon of insolvency, placing the emphasis in its distributive function (subordinating to it all the other objectives of Insolvency Law) and noting that the stakeholders themselves (mainly, the creditors) shall be able to negotiate a more efficient result, measured on the basis of maximizing their chances of recovery. Hence, Insolvency Law should be resized in order to create structures for the coordination of the credits (which shall be the only mandatory rules due to their structural nature) and to encourage agreements, as a paradigm of party autonomy, through lower transaction costs and the treatment of information asymmetries.

Key words: Insolvency law, contractual approach to insolvency law, party autonomy.

RÉSUMÉ

La “privatisation du Droit des entreprises en difficulté” est un concept à caractère équivoque. Non seulement il suggère l’existence d’une approche axée exclusivement sur les intérêts particuliers, mais il prive aussi l’autorité de toute forme de contrôle. C’est pourquoi nous estimons qu’il importe de revenir sur ce terme et de comprendre qu’il implique une nouvelle hiérarchisation des intérêts implicites devant le phénomène de l’insolvabilité, que la finalité distributive doit être considérée comme point focal (auquel les autres objectifs du droit des entreprises en difficulté doivent être subordonnés) et que les agents qui parviendront à négocier la meilleure issue, en termes de maximisation de leurs possibilités de recouvrement, sont les intéressés eux-mêmes (essentiellement les créanciers). Il convient dès lors de redimensionner le Droit des entreprises en difficulté afin de mettre en place des structures qui permettent la coordination des droits du crédit (seules normes qui, étant structurelles, doivent être impératives) et de favoriser la concertation en tant que paradigme de l’autonomie de négociation, moyennant la réduction des coûts de transaction et le traitement des asymétries en matière d’information.

Mots clés: Droit des entreprises en difficulté, privatisation de la procédure d’insolvabilité, autonomie privée.

I. INTRODUCCIÓN

El día 4 de octubre de 2006, conociendo sobre la eficacia de un “acuerdo de reestructuración”, la Sección Concursal del Tribunal Civil de Roma, declaró que el solo reconocimiento de esta clase de pactos por parte del decreto ley N° 35, de 14 de marzo de 2005, representaba “il trionfo dell’ autonomia privata in ambito concorsuale”¹. La alusión, que no pasa de ser una anécdota en la argumentación de la sentencia, denota nostalgia de tiempos en los que era el propio juez quien, bajo un principio de autoridad, garantizaba la estabilidad de la economía del país ante la evidencia del deudor insolvente. Este movimiento, que tardó más en llegar a Italia que a otros sistemas de su órbita, se denomina bajo los confusos términos de la “privatización” o “contractualización” del Derecho Concursal, a efectos de dar cuenta del empoderamiento a los particulares en la dirección del concurso, restando de facultades (de intervención) al tribunal.

Antes de indicar el objetivo del presente artículo, preferimos señalar qué es lo que no se encontrará en él. No es nuestra finalidad recoger, paso a paso, el vaivén histórico entre los énfasis publicistas y privatistas del Derecho Concursal. Tampoco lo es (todavía) efectuar un juicio crítico de nuestro ordenamiento vigente ni del Derecho proyectado. Al contrario, únicamente deseamos conceder una primera perspectiva, de carácter aún exploratorio, de lo que significa entender el Derecho Concursal desde la óptica prevalente de la tutela del crédito, y de la ampliación de los campos de actuación de la autonomía privada en el concurso, reubicando las demás piezas que le integran sobre una estructura jerárquica.

Al respecto, sostenemos que no basta con situar el punto focal del concurso en su finalidad distributiva, sino considerar que ésta se logra de manera más eficiente concediendo a los propios interesados (*stakeholders*, en la literatura estadounidense) las más amplias herramientas para la solución del conflicto que genera la insolvencia. Desde esta perspectiva, el Derecho Concursal debe construirse desde la idea de servir al propósito que impone tal eficiencia (medida en razón de la maximización del pago a los acreedores), a modo de andamiaje que logre la coordinación de sus intereses. Y lo hará creando un único foro de discusión, aliviando los costos de transacción y utilizando a los tribunales (sólo si resulta necesario) principalmente para resguardar la formación de la voluntad común.

¹ Sentencia del Tribunale Civile di Roma, Sezione Fallimentare, en el procedimiento anotado en el registro de concordatos preventivos y acuerdos de reestructuración de deuda N° 09/06, de 4 de octubre de 2006.

Para estos efectos, el presente trabajo se divide en dos partes:

- Primera, destinada a la construcción de un concepto de privatización del Derecho Concursal, en tanto éste resulta de un complejo juego de palabras que revela, no el desconocimiento de los intereses públicos envueltos en la insolvencia, sino el retiro del poder directivo de los órganos públicos para su posterior entrega a los particulares (fundamentalmente, los acreedores).
- Segunda, a su vez, pretende dar algunas luces respecto a las bases fundamentales sobre las cuales se articula esta tendencia privatista, en especial en razón de la jerarquización de las finalidades que persigue el concurso y la exaltación del acuerdo de acreedores como paradigma de la expresión de la autonomía privada en esta esfera del Derecho.

II. PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN DE LA NOCIÓN DE LA “PRIVATIZACIÓN DEL DERECHO CONCURSAL”

12

Uno de los principales desafíos ante la reacción normativa frente el fenómeno de la insolvencia (o, más puntualmente, el de la “crisis de la empresa”) ha consistido en la elaboración de un sustrato básico que sirva como hilo conductor al estudio del Derecho Concursal moderno. La evolución legislativa, acusada en los últimos años producto de las crisis *sub-prime* y europea, no puede apreciarse sólo por la incorporación de nuevos y diversos instrumentos de solución, que, a primera vista, pudiesen parecer una acumulación fragmentaria de medidas de urgencia. A la inversa, deben estimarse como representativos de un impulso coherente que ha profundizado la idea de poner en cabeza de los acreedores la búsqueda de una respuesta al rompecabezas que genera la mentada insolvencia².

En tiempos recientes, el Derecho Comparado nos ha ofrecido diversos mecanismos para llevar a cabo este propósito, como son el *Insolvenzplan* alemán, núcleo de solución integral entregado a la decisión de los acreedores; las fórmulas de los *piani de risanamento* y de los *accordi di ristrutturazione* del Derecho italiano, a modo de medios de protección de acuerdos (incluso extrajudiciales) fundados en el poder que otorga la autonomía privada; el *corporate voluntary arrangement* inglés, como forma de acuerdo de la compañía insolvente con sus acreedores, bajo reglas de mayorías; o el acuerdo de refinanciamiento español, incluido en el real decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, ante la ausencia de medidas preconcursales de

² MACARIO (2010) pp. 19-24.

solución en el modelo originalmente propuesto por la ley 22/2003. En nuestro ordenamiento, el mayor ímpetu de la solución concordataria se asume con la ley N° 20.073, de 29 de noviembre de 2005, aunque se haya estimado como insuficiente y meritoria de una reformulación en el proyecto de ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, ingresado al Congreso Nacional mediante mensaje de 15 de mayo de 2012.

De este modo, ha surgido en el seno del Derecho Concursal una corriente que pretende realzar la “privatización” de sus instituciones. Esta noción resulta controversial porque, llevada a sus extremos, denota una ausencia –absoluta o no– de la intervención pública ante la crisis, situación que no es real en las propuestas ofrecidas en la actualidad por los diversos sistemas jurídicos. Por ello parece más precisa la explicación propuesta por Fabrizio di Marzio, en el sentido de que este fenómeno sugiere una retirada de la regla (imperativa, hemos de añadir), para dar espacio a la expresión privada en ámbitos antes proscritos por la propia norma³. Se trata, sin embargo, de un movimiento bastante meditado, resultado de la insistencia de quienes sugieren un análisis económico del Derecho Concursal, pregonando la negociación como el mecanismo más eficiente para la solución del acertijo que propone una crisis patrimonial.

A efectos de aclarar esta posición, ya en términos de política jurídica, creemos necesario conciliar dos de sus elementos centrales:

- en primer lugar, la decadencia del “principio autoritario” en la dirección del concurso, que concedía amplios espacios de actuación a los órganos públicos y
- en segundo lugar, el otorgamiento de un mayor poder a los particulares en la gestión y disposición de los bienes del deudor fallido. Sin perjuicio de la evidente tensión entre ambos elementos, estimamos necesario analizarlos separadamente a fin de dar a cada uno de ellos su justa cabida.

1. La decadencia del principio autoritario como manifestación de la pérdida del carácter público del Derecho Concursal

El principio autoritario, conforme indicaba Francesco Ferrara, había logrado desorientar a la doctrina y la práctica en la afanosa búsqueda de un interés público tutelado que fuese diverso al que es propio de los acreedores⁴. Aquel principio supone que el reconocimiento de la respuesta concursal se plantea en un escenario que, si bien toca la pretensión de cobro por parte de los acreedores, se justifica en atención a otros intereses

³ DI MARZIO (2011) p. 4.

⁴ FERRARA JR. y BORGIOLI (1995) p. 61.

públicos. Éstos, coordinados o no con dicha pretensión, resultan igual (o, incluso, en mayor medida) comprometidos y, por tanto, tutelados por el ordenamiento. Se traduce –y de ahí lo “autoritario”– en la decidida intervención de los órganos públicos, imponiéndose sobre o restringiendo las soluciones privadas, en cuanto no pueden ser los particulares quienes, sin mediar la dirección de la autoridad, garanticen debidamente la tutela de dichos intereses generales.

A la luz de este pensamiento, la concursabilidad de un procedimiento se aprecia originalmente como la distribución judicial de los efectos de la crisis entre los acreedores bajo un régimen de igualdad⁵. Pero debe anotarse, conforme indica Salvatore Satta:

“De lo que hemos dicho resulta que la concursabilidad del procedimiento no significa que ella esté dominada por la voluntad de los acreedores concurrentes. Esta voluntad puede ser más o menos importante, según el sistema acogido por el derecho positivo; pero el concurso puede ser garantizado y actuado aunque a los acreedores se les hubiera sustraído todo poder dispositivo sobre el procedimiento mismo”⁶.

- 14 Éste es, sin embargo, un primer estadio del enfoque publicista del concurso, en tanto no reconoce aún intereses públicos que se disocien con su finalidad satisfactoria, de modo tal que el principio autoritario sólo se propone como un medio de asegurar, incluso sin participación directa de los acreedores, el pago en la forma más igualitaria y plena posible⁷.

⁵ En nuestro entorno, GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011) pp. 28-30, destacan que la orientación básica del Derecho de Quiebras resulta de la comprensión de que su finalidad primaria es la satisfacción de los acreedores frente a la situación de insolvencia que afecta al deudor, distribuyendo el producto de la realización de bienes bajo un parámetro de igualdad. Y que el interés social involucrado debe resolverse desde la participación del Estado en la defensa del crédito público (tutelando el derecho de los acreedores) o en la necesidad de liquidar empresas insolventes, por la perturbación de la marcha de la economía.

⁶ SATTÀ (1951) p. 6. El mismo autor agregaba: “En este sistema no es posible atribuir ninguna autonomía jurídica a la masa crediticia. Los poderes están todos concentrados en el Tribunal de la quiebra y en el juez delegado” (p. 36). Igual ocurrió en Francia a partir del decreto ley de 1935, que manteniendo el interés principal en la satisfacción crediticia y la unión de los acreedores, redujo el campo de acción de las asambleas de acreedores, restando funciones en la verificación de créditos y elección del síndico, las cuales fueron traspasadas al tribunal (RIPERT (1954) p. 219).

⁷ Aunque SATTÀ (1951) pp. 35-36, contrastaba el carácter privado del procedimiento en épocas anteriores, como se apreciaba en el *Código* de 1882, dando amplios espacios a la acción de la masa de acreedores, que se “erige como una forma de unión, con órganos propios bien diferenciados, que regulan una gran parte de la acción, y prevalecen sobre los poderes de los órganos oficiales”.

Pero ya a mediados del siglo xx, Renzo Provinciali había expresado su parecer (negativo) a la conceptualización del procedimiento concursal como la mera “administración pública de intereses privados”. La crítica expresada por el autor se debía, esencialmente, a que el ámbito del Derecho Concursal no sería propio del Derecho Privado, pues se envolverían en él tanto intereses públicos como privados, con una constante prevalencia de los primeros⁸. Esta visión justificaba con mayor certeza la posición central del tribunal en la estructura concursal, en desmedro del poder decisorio de los acreedores. Pero desde esta perspectiva el interés general aún se aprecia desde la idea de la tutela del crédito, entendiéndolo como la expresión jurídica de las fórmulas de intercambio en un sistema de mercado, de manera que aquél se resolverá, de algún modo, mediante la protección general de la economía y el crédito público⁹.

Ahora bien, este interés general se plasma en el Derecho Concursal a través de diversos medios, siendo el papel directivo de los tribunales su expresión más evidente. En el Derecho francés, la decidida intervención de Napoleón Bonaparte en la codificación comercial respondió a la creación de una disciplina severa aplicable al comerciante que incumple sus compromisos¹⁰. Ello implicaba que, lejos de la reacción privada, tal legislación imponía la liquidación del activo y la calificación del concurso como una finalidad primordial, reconociendo a la judicatura como garante de la transparencia del tráfico económico. Así también, sólo logrará aceptar el acuerdo privado (vía concordato), previa homologación por parte de los tribunales de justicia, no sólo prestando atención a la correcta manifestación de la voluntad privada (mayoritaria) sino, también, por su consistencia con los intereses públicos involucrados¹¹.

Mucha agua ha pasado bajo los puentes del Derecho Concursal desde esos tiempos, a veces intensificando la protección del interés público, bajo modelos de gobierno cada vez más autoritarios; otras tantas (acusada en los últimos tiempos), volviendo a las nociones originales que centran la mirada en la tutela de los acreedores, concediendo a éstos medidas cada vez más amplias de acción. El movimiento ha sido lento y, muchas veces, temeroso, como demuestran las larguísimas discusiones de la reforma alemana que terminó con la dictación de la *Insolvenzordnung* en 1994 (vigente

⁸ PROVINCIALI (1969) pp. 7-8.

⁹ Véase, especialmente, ZALAQUETT (1968) p. 32 y NÚÑEZ y CARRASCO (2011a) p. 208.

¹⁰ LYON-CAEN y RENAULT (1914) p. 15.

¹¹ Conforme al antecedente del artículo 515 del *Code de Commerce* francés, el artículo 1.475 del *Código de Comercio* facultó a los tribunales a negar la homologación del acuerdo si estimaban existía una lesión a los intereses públicos o privados comprometidos. Sobre el particular, véase PUGA (2006) pp. 26-27.

sólo a partir de 1999) y de la Ley Concursal española de 2003, ambas con un par de décadas de estudio auestas.

Pero al fenómeno se le nombra con mayor entusiasmo en la doctrina italiana, que ha centrado su mirada en la experiencia comparada (esencialmente estadounidense y alemana), a efectos de dar mayor cabida a la autonomía privada en el ámbito concursal. Ello se manifiesta no sólo en el fortalecimiento de la figura del *concordato* y la introducción de los “planes de saneamiento” y “acuerdos de reestructuración” sino, en especial, en la pérdida de la función de dirección por parte del tribunal, limitando su actuación a la vigilancia y control del concurso (artículo 25 de la *Legge Fallimentare*)¹². Esta reacción es abordada en Italia desde el término de ‘desjudicialización’ del Derecho Concursal¹³. Lo anterior, con cierta imprecisión, a efectos de dar cuerpo a la continua pérdida de poder por parte de los órganos jurisdiccionales que intervienen en el concurso.

Pero utilizamos el concepto de ‘desjudicialización’, toda vez que nos da algunos indicios del alcance del movimiento: el concurso deja de observarse desde una perspectiva eminentemente procesal (e, incluso, penal), restando facultades deliberativas a los jueces¹⁴. Ello no es sino expresión del decaimiento de esta “publicidad” del concurso, término más bien ambiguo¹⁵, aunque normalmente relacionado con la importancia de la intervención del Estado en la definición de la solución de la crisis¹⁶. No obstante, este movimiento, veremos a continuación, no sólo es propio de los tiempos que corren, sino que resulta de la continua inestabilidad de los fines que ha perseguido (y persigue) el Derecho Concursal en cada época.

¹² Véase FARENGA (2008) p. 252 y PORTALE (2010) pp. 13-14.

¹³ Concepto que la doctrina redirige al trabajo de FABIANI y FERRO (2004) pp. 132-149.

¹⁴ Al respecto, ROCCO DI TORREPADULA (2008) p. 10.

¹⁵ La crítica a la noción del carácter publicista del concurso ya se expresaba por SATTA (1951) pp. 36-37, en razón de que “el término puede inducir a error porque puede hacer pensar en una inversión en las funciones (es decir, que la quiebra sirva ahora para cualquier otra cosa que no sea la, sin embargo, sacrosanta satisfacción de los acreedores en igual medida, y en la mayor medida posible); pero entendido como debe ser, esto es, como un reforzamiento de esta tutela, que es elevada a altísimo interés público, y debe ser por eso sustraída a las influencias particularistas, sea del deudor, sea de cada uno de los acreedores, aunque fuere bajo forma de artificiosas mayorías, el término es exacto sin más y puede ser admitido”.

¹⁶ En este sentido, no es de extrañar que el mensaje del *Código de Comercio* contenga una referencia a que “...el conocimiento más superficial de todas esas disposiciones [referidas las dispersas normas vigentes a la época] basta para convencerse profundamente de su absoluta ineficiencia para proteger eficazmente a los acreedores y al comercio en general contra los daños materiales y las graves perturbaciones que producen las quiebras, satisfacer a la sociedad entera, y asegurar al deudor, en los casos de desgracia, todos los miramientos conciliables con los diversos intereses que aquéllas comprometen”.

a. La finalidad sancionatoria del Derecho Concursal

La visión publicista del concurso trasunta un elemento de mayor relevancia, como es la identificación de su finalidad principal. Se aprecia en el concurso una norma de cierre del círculo económico, de manera que se reencuentran en él diversos intereses que, desperdigados en las diferentes áreas del Derecho (especial, aunque no sólo patrimonial), a fin de reclamar su justa posición ante el conflicto. La importancia social, concluye esta posición, aboga por una decidida intervención del aparato público a efectos de ofrecer una base de solución que compatibilice todos dichos intereses¹⁷, conforme a una planificación previamente esbozada por el propio legislador¹⁸.

Sin duda, forma parte de esta visión pública la ordenación sancionatoria con la que nace y se desarrolla primigeniamente el Derecho Concursal. Muestra de lo anterior es el tratamiento romano en su regulación en la ley de las *XII Tablas* y, específicamente, en la formulación de la *bonorum venditio* y, luego, en la *bonorum distractio*; el cruce de los estatutos italianos, bajo la idea infamante y represiva de la *banca rota*¹⁹; y que se respiraba aún en la ordenación en el *Código de Comercio* francés de 1807²⁰.

En una lectura preliminar, la revisión de los intereses generales comprometidos se aprecia desde una perspectiva criminal, de manera que el deudor (con mayor o menor severidad) será castigado por hechos relacionados a su situación de insolvencia²¹. Como indica Bernardo J. Feijoo, este punto debe apreciarse con cierta cautela, puesto que es indudable que la consagración de delitos de insolvencias punibles debe reconducirse a la lógica general del sistema concursal y, en especial, del planteamiento jurídico y económico que éste trasunta. Así,

“ya desde la Baja Edad Media las sociedades que empezaban a sufrir una transformación económica a través de la intensificación

¹⁷ Con mayor audacia que el *Código de Comercio*, el Mensaje de la ley N° 4.558, de 1929 expresaba: “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”.

¹⁸ SANDOVAL (2007) pp. 23-24.

¹⁹ La dureza de la reacción concursal en los estatutos italianos –comenta VOLANTE (2010) p. 129– deviene del hecho de que el fallido es considerado “raptor”, porque el comercio desarrollado por el insolvente depreda a los honestos de su riqueza, envolviendo necesariamente un fraude a sus derechos.

²⁰ Sobre el particular, véase JACQUEMONT (2009) pp. 6-7.

²¹ Véase, en especial, NAVARRINI (1943) p. 11.

del comercio han venido reaccionando punitivamente frente a determinados hechos de bancarrota, incorporándose esta tradición centenaria a todos los ordenamientos jurídico-penales europeos. El castigo de ciertos comportamientos que dan lugar a situaciones de insolvencia, reales o ficticias, se encuentra en el origen y la base del capitalismo moderno...”²².

Sin embargo, el aspecto sancionador no debe observarse únicamente desde la importancia de la reacción penal (elemento que se mantiene, aunque atenuado, hasta nuestros días)²³, sino como parte del control de los órganos estatales de la actividad del deudor (acentuada en la figura del comerciante), quitándole toda posibilidad de escapar del estigma que impone la insolvencia por medio del recurso a la solución privada, incluso, limitando los convenios judiciales. De hecho, se ha expresado que la propia incorporación de la legislación concursal a la ordenación mercantil resultó de la

“pretensión de que el Estado controle de algún modo la actividad comercial, sin que quede mucho espacio para los acuerdos de naturaleza privada que escapen de un control por parte de los tribunales”,

como justificación del continuo silencio de las primeras regulaciones estatales del concurso sobre el acuerdo o convenio extrajudicial²⁴.

La finalidad sancionatoria del Derecho Concursal (encabezada por la idea del *decoctor ergo fraudator*)²⁵ pone en los hombros del Estado la representación de los intereses generales de la sociedad en el respeto al sistema patrimonial, al adecuado ejercicio de la actividad (en particular la mercantil) y al cumplimiento de las obligaciones²⁶. En tal sentido, los tribunales de justicia no sólo son órganos encargados de la dirección del procedimiento, bajo un modelo legislativamente impuesto, sino, también, garantes de la correcta ordenación del comercio, buscando el castigo de

²² FEIJOO (2009) p. 33. En Chile, PUGA (2002) pp. 64-70, reconduce la búsqueda del bien jurídico protegido por los delitos de la quiebra a su sustrato histórico, de manera que, naciendo en el auge del comercio renacentista italiano, se relacionará necesariamente a la protección de la fe crediticia (la “confianza del comercio”, como señala el mensaje del *Código de Comercio* de 1865).

²³ Véase PUELMA (1971) p. 14.

²⁴ GOLDENBERG (2009) p. 76.

²⁵ Frase que nos reconduce a los comentarios de Baldo degli Ubaldi, cuyo tenor es el siguiente: “Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator...”.

²⁶ De ahí la discusión de la función procesal o administrativa desempeñada por los tribunales de la quiebra expuesta por NÚÑEZ y CARRASCO (2011a) pp. 212-213.

quien ha lesionado su funcionamiento. Es por este motivo que la doctrina francesa clásica, fruto de la codificación napoleónica, tiende a asociar los intereses generales sólo a la reacción penal²⁷, aun cuando esta visión publicista se extienda a toda la estructura del sistema concursal.

Nuevamente, Renzo Provinciali explica los intereses públicos considerados en el concurso en la indispensable remoción del acto ilegítimo de la insolvencia mediante la actuación del Derecho.

“El interés público que imprime una peculiar naturaleza a los procedimientos concursales –declara el autor– está en función de la defensa de la economía en general en contra del fenómeno morboso de la insolvencia, que ha minado la vida de las empresas comerciales, los ganglios vitales de la producción y el crédito, de los cuales depende el bienestar del país”²⁸.

Entonces, la reacción concursal estará encaminada a una fórmula liquidatoria, de modo tal que el Estado hace suyos los intereses de los acreedores, al tiempo que busca la eliminación de la empresa económicamente ineficiente²⁹. En este sentido, haciendo el símil sanitario, la quiebra (como instituto concursal por excelencia) se emplea como un mecanismo de saneamiento, de purificación del sistema económico,

19

“expulsando del tráfico mercantil al comerciante insolvente y al comercio o negocio por él gestionado”³⁰.

Los inicios de nuestra historia concursal, tributaria de esta visión, da cuenta de una orientación marcadamente pública del concurso. Así se desprende, por ejemplo, de la amplia regulación del decreto ley de febrero de 1837 sobre Juicio Ejecutivo (una de las Leyes Marianas), tanto de la prisión pública a la que se ve sometido el deudor (artículos 22, 23, 24 y 57 y siguientes) como a las restricciones a llegar a acuerdo con los acreedores bajo las fórmulas de convenio. Ellos son posibles, pero limitados en cuanto a la dignidad del deudor (no permitiendo la facultad de presentar proposiciones de convenio a

“1° Los alzados; 2° Los que estuvieren acusados o procesados por quiebra fraudulenta; y 3° Los que después de haber hecho cesión

²⁷ LYON CAEN y RENAULT (1914) p. 27 y RIPERT (1954) p. 201.

²⁸ PROVINCIALI (1969) p. 13.

²⁹ PAJARDI (1992) p. 108.

³⁰ ZABALETA (2006) p. 28.

de bienes, o de estar concursados, se fugaren o no comparecieren al llamamiento del juez” (artículo 122);

sometidas a precisas normas de control judicial (artículos 137 y 138) y restringidas en cuanto no se puede tratar de convenios particulares, bajo la sanción de calificar la quiebra como fraudulenta (artículo 148).

También se manifiesta lo anterior en la regulación original de la quiebra en el libro IV del *Código de Comercio*, que no sólo iniciaba su regulación (luego de la identificación de su presupuesto objetivo) con la tripartición de la quiebra en fortuita, fraudulenta y culpable, sino que trataba a la junta de acreedores como un mero órgano consultivo del tribunal (artículo 1.411). La oportunidad y forma de realización de los bienes, la designación de los síndicos, la imposición de la continuidad provisoria del giro, entre muchos otros, era sometida a la discreción del juez y, si acaso, previa consulta del fallido y los acreedores, u otorgándoles algún medio de oposición (en especial, artículos 1.407, 1.412, 1.429, etc.). Por similares motivos, este *Código* desconocía la posibilidad de acuerdos entre deudor y acreedores, si no es por la alusión del artículo 1.326, al disponer:

20

“La mera suspensión de pagos no constituye el estado de quiebra cuando todos los acreedores unánimemente otorgan esperas al deudor común”.

Sigue siéndolo en estos términos en la regulación de las leyes N° 4.558 y N° 18.175, en las que se mantiene la incidencia penal de la quiebra y limita la posibilidad de convenio en caso que deba prevalecer la finalidad sancionatoria. Al respecto, Álvaro Puelma había mencionado como fin fundamental de la quiebra el respeto a la *par condicio creditorum*, y, muy especialmente, la conjugación de la tutela de

“los intereses legítimos del deudor, de sus acreedores y el interés social, evitando hechos contrarios a dichos intereses y castigarlos en caso de dolo o culpa”³¹.

El acento en la figura de la quiebra provoca dos consecuencias importantes:

- por una parte, conlleva un mayor énfasis en la medida liquidatoria, comportándose la continuación de la empresa como una figura

³¹ PUELMA (1971) p. 25. Esta tripartición se explica con mayor detalle en CONTRERAS (2010) pp. 52-54.

- menor, que requiere de justificación y es, incluso, limitada en el tiempo (artículo 113 del libro IV del *Código de Comercio*);
- por otra parte, acepta la figura del convenio, pero sólo como medida alternativa, sea para prevenir la apertura de la quiebra, sea como medio de alzamiento, pero en cualquier caso observada desde los ojos de la liquidación³².

Por ello, no es menor que cualquier falta de acuerdo, infracción procedimental, errores de cómputos, entre otros, pueda suponer la declaración de la quiebra *ex officio* por parte del tribunal. La base de esta ideología es la que también proscribe cualquier posibilidad de acuerdo concursal de carácter extrajudicial como, asimismo, condiciona el convenio concursal a la satisfacción de intereses generales y a la dignidad del deudor. En otras palabras, si el propio legislador busca la sanción del “deudor deshonesto” (que se ha comportado fraudulenta o culpablemente), no hay cabida para el arreglo privado, puesto que éste excluiría la reacción punitiva³³.

b. La finalidad conservativa del Derecho Concursal

Así, también, un modelo de corte gubernativo, en la propuesta ofrecida por Joaquim Bisbal³⁴, supondrá que el fenómeno de la insolvencia no sólo involucra los intereses privados de los acreedores (ni el interés público de la protección del sistema crediticio), sino, especialmente, un modelo económico que debe ser resguardado a ultranza por los diferentes poderes del Estado. No basta, entonces, con dar cuenta de la intervención de los organismos públicos en el devenir de la actividad empresarial en tiempos operativos (fase fisiológica), sino, también, la forma cómo ese mismo Estado se involucra en supuestos de crisis de la misma actividad (fase patológica).

Desde la solución gubernativa del concurso, Marta Zabaleta comenta:

“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

³² ZALAQUETT (2006) p. 23. De ahí, por ejemplo, que PUELMA (1971) p. 20 no considere los convenios como un procedimiento concursal o que SANDOVAL (2007) p. 117 y ss., estudie la figura del convenio como institución que pone término a la quiebra.

³³ Este aspecto se mantiene en nuestro país hasta la ley N° 20.073, en cuanto recibe la idea de que el convenio no puede ser sólo considerado desde la perspectiva del beneficio al “deudor honesto” sino, en especial, como un modelo de solución que se aboca a la mejor satisfacción de los acreedores e, incidentalmente, a la conservación de la empresa. Véase SANDOVAL (2007) p. 183 y PUGA (2006) pp. 173-174.

³⁴ BISBAL (1986) pp. 36-37.

servicios, cuestiona el tradicional principio de la tutela preferente de los acreedores, propio del modelo de mercado”³⁵.

Será este interés general, inserto en el contexto del Derecho Concursal, el que restringirá la autonomía negocial de deudor y acreedores, basado en la idea que sólo es admisible la exclusión de la norma legal en cuanto dispositiva, representativa de intereses prevalentemente particulares.

En este contexto, si bien podrá reconocerse (con mayor o menor ímpetu) la importancia de los intereses de los acreedores en el cobro de sus respectivos créditos, se abre la puerta para invitar al “foro concursal” a ciertos intereses extracrediticios (*v.gr.*, intereses sociales o macroeconómicos), a los cuales bien puede asignárseles una mayor importancia relativa que a la propia defensa del crédito. En este contexto es donde surge y se eleva como criterio fundamental el denominado “principio de conservación de la empresa”, entendido en su sentido primigenio, fruto del Derecho francés, como la anteposición de criterios sociales a los intereses propios del grupo de acreedores comprometidos. La asunción de la conservación de la empresa como principio no debe observarse de modo incidental, sino como un pilar sobre el que se construye la norma concursal, que justifica y orienta su contenido, tal y como llegó a expresarse con suma claridad en la exposición de motivos del anteproyecto de la Ley Concursal española de 1983, al señalar:

“la finalidad básica del concurso ya no era la liquidación sino la conservación del conjunto patrimonial el deudor común, con las modificaciones de estructura y gestión que resulten necesarias para posibilitar su pervivencia”.

En materia de Derecho Comparado, esta orientación cobra fuerza, en particular, con la reforma del Derecho Concursal francés a partir de la ordenanza N° 67/820, de 25 de septiembre de 1967, sobre *suspension provisoire de poursuites et l'apurement collectif de passiv*, y que terminó por enderezar a una finalidad esencialmente conservativa los institutos concursales del *redressement* y la *liquidation judiciaires des entreprises*, consagrados en la ley 85-98, de 25 de enero de 1985³⁶. Esta última normativa hace expreso el principio de conservación hasta incluir, en el artículo L. 620-1 del *Código*

³⁵ ZABALETA (2006) p. 29.

³⁶ Idea subyacente en este modelo será la distinción entre la suerte del empresario y de la empresa. El primero podrá (o no) ser objeto de sanciones en razón de su comportamiento; pero ello en nada afecta a los destinos de la unidad económica, que bien podrá continuar su funcionamiento en la medida que reporte una utilidad social.

de Comercio francés, el concepto de que el procedimiento de *redressement* para “*permettre la sauvegarde de l’entreprise, le maintien de l’activité, de l’emploi et de l’apurement du passif*”, obviando, en consecuencia, cualquier alusión a la tutela del crédito. Este sistema, señala André Jacquemont, concede al tribunal la elección de la solución definitiva, sea el plan de saneamiento o la liquidación judicial, en razón de las proposiciones de las que toma conocimiento, privando a los acreedores de todo poder de dirección³⁷.

Asimismo, justificó una normativa excepcional el Derecho italiano, con el surgimiento de la figura de la *amministrazione straordinaria* de las grandes empresas por medio de la dictación de la ley 95/1979, de 3 de abril (la *Ley Prodi*). En presencia de una insolvencia declarada –indica Aldo Fiale– se prevé como hipótesis normal la continuación del ejercicio de la empresa, por medio de la sustitución del emprendedor insolvente por un “comisario”³⁸. En todos estos casos, la finalidad del concurso se redimensiona atendiendo los intereses generales antes descritos, consagrando la continuación de la actividad empresarial que busca mantener las unidades productivas y las fuentes de trabajo³⁹.

Nuestro ordenamiento jurídico no fue ajeno a este movimiento. El punto de inflexión se encuentra representado por el decreto ley N° 1.509, de 9 de julio de 1976⁴⁰. Esta normativa reguló, aun sin incorporarlas a la legislación de quiebras vigente a la época, la figura de la enajenación como unidad económica y redimensionó la continuidad de giro, aunque con matices radicalmente diferentes a los actuales.

Respecto a la enajenación como unidad económica, se facultó

“a la Sindicatura General de Quiebras para enajenar, como un solo todo, los establecimientos industriales, comerciales, agrícolas, mineros o de servicios, y, en general, los conjuntos de bienes que constituyen unidades económicas, pertenecientes al activo de una quiebra, cuando su enajenación en diversas partidas pueda signi-

³⁷ JACQUEMONT (2009) p. 10, luego de concluir (p. 9) que, en 1967, estaba aceptada la idea de la intervención del Poder Judicial para ayudar a la empresa a superar sus dificultades, a costa del sacrificio impuesto a los acreedores e, indirectamente, de ciertas distorsiones de la competencia (traducción del autor).

³⁸ FIALE (2010) p. 373.

³⁹ Para una explicación de estos institutos y su íntima relación con el modelo gubernativo, véase ZABALETA (2006) pp. 41-84.

⁴⁰ Para una breve revisión de esta normativa, véase WAGEMANN (2001) pp. 110-118 (en referencia a la continuidad de giro) y pp. 129-133 (en relación con la enajenación como unidad económica) y CHACÓN (2001) pp. 156-158.

ficar un deterioro o menoscabo de dichas unidades económicas” (artículo 1°).

Salvo la clara intervención administrativa, la finalidad del instituto no se aprecia con nitidez, en cuanto la motivación todavía se estima económica, radicada en el sentido de deterioro o menoscabo de la unidad; pero quedó reflejada con mayor evidencia en su artículo 2°, que facultó a la Corporación de Fomento de la Producción para requerir a la Sindicatura General de Quiebras tal fórmula de enajenación, “cuando el interés social o económico del país así lo aconseje”. En este último caso, agregaba el artículo 5°, “ni la Junta de Acreedores, ni el fallido podrán alterar las bases en lo relativo a los bienes que deban integrar esas unidades”, alteración que sí era admisible en los demás casos, aunque con un elevado quórum del 51% de los créditos con derecho a voto (si se tenía el consentimiento del fallido) o del 75% de los mismos (en caso contrario).

En un sentido paralelo, el artículo 8° agregaba:

“en las Juntas de Acreedores que tengan por objeto deliberar sobre las proposiciones de convenio judicial, la Corporación de Fomento de la Producción podrá comparecer y oponerse a cualquier acuerdo que tenga por objeto preciso la enajenación parcial, desmembración o desarme de una o más unidades económicas de propiedad del deudor. Su oposición obstará a la aprobación del convenio en los términos propuestos”.

No es de extrañar la evidente unión entre los intereses sociales y económicos que representaba la Corporación de Fomento de la Producción, por una parte, y la limitación al poder deliberativo y a la autonomía negocial del deudor y acreedores, por otra. Si la finalidad de los institutos concursales se envolvía de la consagración del principio conservativo, se trasuntaban en ellas intereses colectivos que claramente superaban el ámbito de acción de los particulares. Había, en el primer caso, una “limitación de acuerdo” y, en el segundo, una “limitación de contenido”, como expondremos con detalle más adelante, pero en cualquier circunstancia puede observarse la forma de intervención administrativa superior, incluso, a la tutela del crédito de los acreedores.

En segundo término, el decreto ley N° 1.509 facultó

“a la Sindicatura General de Quiebras para proponer, en nombre e interés de la masa de acreedores y en conformidad a las normas que se señalan más adelante, la continuación total o parcial de las actividades del fallido”;

proposición que debía ser sometida al conocimiento de la Junta General de Acreedores y del fallido para proceder a su votación (artículo 11)⁴¹. En estos términos, la continuación del giro seguía obedeciendo a la tutela del crédito, evidenciado tanto en la motivación de la Sindicatura General en el interés de la masa de acreedores como por el sometimiento de la propuesta (no su imposición) a las partes. Sin embargo, el régimen se trastoca en los casos en que,

“por decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se disponga la continuidad de giro de las unidades económicas comprendidas dentro del activo de una quiebra”,

aunque limitada a un plazo máximo de dieciocho meses (artículo 14).

Cabe advertir que el reconocimiento de estos intereses públicos no implica la invitación directa al concurso de los citados intereses extracrediticios. En caso alguno se ha propuesto que formen parte del procedimiento concursal representantes directos de la comunidad (*v.gr.*, consumidores, sindicatos de trabajadores, organizaciones gremiales), sino establecer que dichos intereses sean parte del supuesto típico de las fórmulas de solución al conflicto que genera la insolvencia del deudor. En otras palabras, será la misma norma jurídica la que impone, probablemente al tribunal, la fiscalización de que los acuerdos tomados por las partes respeten los intereses generales envueltos, o, más exigente aún, imponga un plan de acción que se sobreponga a las decisiones particulares. Para estos efectos, los mecanismos de intervención pueden pasar por proscribir la posibilidad de acuerdos en ciertas materias a efectos de imponer una solución preestablecida por la propia legislación (“limitaciones de acuerdo”) o por acotar los tipos de decisiones que pueden tomar los particulares en razón de la insolvencia (“limitaciones de contenido”).

Pero debe considerarse que la configuración de este principio ha ido decayendo en los últimos tiempos. Incluso, quienes abogan por una constatación más amplia de los intereses involucrados en el concurso reconocen, hasta cierto punto, que el acento distributivo del mismo sólo puede proteger en forma parcial estos intereses extracrediticios⁴². Ello no implica un desconocimiento de los efectos reflejos de la insolvencia en ámbitos que superan largamente la obtención del pago por parte de los

⁴¹ A diferencia de la enajenación como unidad económica, la idea de la continuidad de giro ya se encontraba presente en la legislación patria a partir del *Código de Comercio* (reforzada en el *Código de Procedimiento Civil* y la ley N° 4.558), aunque de manera menor, centrada en las facultades del síndico, las mayorías requeridas para su aprobación y la exclusión de los acreedores disidentes.

⁴² WARREN (1987) pp. 788-789.

acreedores del fallido, que son por cierto relevantes en la configuración de la solución concursal, pero la respuesta se basa en generar incentivos para la reorganización de la empresa viable –principalmente a la luz de la decisión privada– que acaso lograrán cubrir las aspiraciones conservativas⁴³.

En este sentido, nuestro sistema vigente aún reconoce los modelos de solución alternativos propuestos tanto por la continuidad efectiva del giro (artículo 112 y siguientes) como por la enajenación de unidades económicas (artículo 124, inciso primero), pero obsérvese que se tratan éstas de decisiones que quedan entregadas a discreción de los acreedores, de manera que no cabe la intervención de factores extracrediticios. De hecho, la única oposición posible es regulada en el artículo 124, inciso segundo, que confiere la facultad al síndico a efectos que se desestime por el tribunal el acuerdo de enajenación como unidad económica. Pero esta oposición debe tener como fundamento, ya nos indica genéricamente el artículo 27 del Libro IV del Código de Comercio, “*los intereses generales de los acreedores*”, y no otros factores concomitantes.

Pero la reconducción del concurso a su visión privatista supone que los intereses públicos en él insertos, manifestados en la conservación de la empresa, son desplazados a un principio (si es que puede plantearse como tal) de carácter accesorio⁴⁴. La sobrevivencia de la unidad econó-

⁴³ En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha entendido que el objeto de la incorporación de la figura del convenio judicial preventivo en nuestra legislación de quiebras ha sido dar continuidad a una empresa que se encuentra en condiciones de realizar actividades productivas y de satisfacer sus deudas. Banco de Chile contra (2010).

⁴⁴ En este sentido, no podemos consentir con WAGEMANN (2001) pp. 103-137; SANDOVAL (2007) p. 26 y GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011) p. 31, quienes conceden valor y consecuencias al principio de conservación de la empresa en nuestra regulación actualmente vigente. De este mismo modo, lo ha reconocido nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en Alusud Embalajes Chile S.A. con Sociedad Tecnología Comercial S.A. (2012) y en Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. con Inter Oil S.A. (2012), al sostener la existencia de este principio: “...que se explica desde que tal entidad reúne y coordina los factores de producción y su actividad es esencial en la economía, lo que conduce a que el derecho concursal le interese cautelar el mantenimiento de las empresas viables, si se considera que el Estado no puede mantenerse indiferente frente a una amenaza que provoque un entorpecimiento en la marcha económica normal que pueda afectar el interés social”.

A nuestro juicio, una cosa será que el concurso no puede desconocer el valor patrimonial de las unidades económicas, otorgando medios a los acreedores para hacerse del mismo, y otra será la imposición de valores extracrediticios que conceden al Estado la tutela (incluso preferente) de los mismos. Ello queda de manifiesto en la orientación de la continuidad de giro, la enajenación como unidad económica y los convenios de los que da cuenta la regulación vigente, como fórmulas de solución concursal sujetas al arbitrio privado, sin justificaciones en expedientes tales como la conservación de los puestos de empleo o de la unidad productiva. Sin embargo, este principio es admisible de manera excepcional, pero únicamente en la regulación de la crisis patrimonial de entidades de

mica sólo tendrá sentido en cuanto los propios acreedores determinen que se trata ésta de una mejor forma de satisfacer sus créditos, basados, probablemente en la sinergia de los elementos que componen la empresa o en que la situación patrimonial crítica no se basó en una ineficiente articulación de dichos elementos⁴⁵, sino en una situación coyuntural o en errores administrativos por completo reversibles.

2. La ampliación de la autonomía de la voluntad como expresión de la reivindicación del carácter privado del Derecho Concursal

En un segundo aspecto, el poder que continuamente van perdiendo los organismos públicos, va siendo asignado en paralelo al conjunto de acreedores, en atención a los intereses particulares que subyacen al concurso, manifestados en primer lugar por su derecho al pago de sus créditos en los términos más eficientemente posibles. Se piensa, en este sentido, en un empoderamiento de los acreedores mediante la ampliación del campo de actuación de la autonomía negocial, como potestad autorreguladora reconocida por el ordenamiento, en este caso, concursal.

Al respecto, cabrá notar que este segundo aspecto mengua el marcado carácter procesal de los diversos procedimientos concursales, poniendo el acento en la dimensión sustantiva de los mismos. Sin embargo, no es que el aspecto procesal desaparezca en toda forma de comprensión y organización del concurso, y de ahí la estrechez de la noción italiana de la “desjudicialización”. Al contrario, se mantiene en múltiples dimensiones, pero siempre en afinidad con una nueva intención, como será el respeto de las reglas que reconocen la autonomía negocial y establecen sus límites generales. La noción pública del concurso tendía a asignar al tribunal, como parte de su intervención procesal, una función de control y dirección que tenía por objetivo el resguardo de los intereses públicos comprometidos, de manera de velar porque los acuerdos tomados por los acreedores, de ser admisibles, no superasen los linderos que suponen las extensas limitaciones de acuerdo o contenido. La citada “desjudicialización”, por supuesto, camina en dirección contraria, de tal manera que el control jurisdiccional deberá ser considerado, en palabras de Francesco Macario, como auxiliar,

“del modo menos invasivo posible al espacio concedido a la autonomía, pero para que esta defensa sea decidida conforme a los

mayor importancia relativa para la economía, como son los bancos y las compañías de seguro (decreto con fuerza de ley N° 251, de 1931). Véase ROMÁN (2001) p. 99.

⁴⁵ Como señala JACKSON (1986) p. 2, la legislación concursal puede ser utilizada para mantener firmas en operación, pero no es ésta su principal función.

valores fundamentales, a fin de garantizar que el ejercicio de la libertad de negociación de los privados no se efectúe en detrimento de algunos sujetos, y por lo tanto, coexista con la efectividad de la protección de todos los derechos e intereses relevantes”⁴⁶.

Se reconduce el Derecho Concursal a su vertiente original, esencialmente como parte del Derecho Mercantil y, de modo más amplio, al Derecho Privado, a efectos de reconocer su núcleo. Si se observa esta afirmación desde su perspectiva histórica, la solución por medio de la *banca rota* surge en los estatutos de las ciudades italianas al amparo del *ius mercatorum*, y sólo en un estadio posterior su reglamentación y aplicación fue asumida por los órganos estatales a fin de ejercer control sobre la clase de los comerciantes. La excusa de las ordenanzas generales será el compromiso de los intereses públicos subyacentes, que superarían vastamente los conflictos gremiales, limitando el campo de acción de las decisiones privadas tomadas por los propios comerciantes en la resolución de la crisis financiera de alguno de sus miembros. La reformulación del Derecho Concursal pone en tela de juicio a todos aquellos sistemas que, en fase fisiológica, han abogado por una lógica de mercado, y que terminan por trasladar el punto a una sede pública tan pronto se inicia su fase patológica. En otras palabras, si la legislación concursal debe observarse como “norma de clausura” del sistema, no existirían argumentos suficientes para sustentar un cambio tan grosero del paradigma, que devuelve a los órganos del Estado la tutela del sistema económico bajo una fórmula de pura intervención.

Pero podrá observarse que el ensanchamiento del ámbito de la autonomía privada en el Derecho Concursal responderá a la idea de dar preeminencia a los intereses de los acreedores, dando completo énfasis a la finalidad distributiva del concurso. La regla concursal se reubica como un modo alternativo de tutela del crédito, tal y como la ejecución forzada, caracterizado por la colectivización y coordinación de los diversos acreedores en miras de un resultado más eficiente, atendiendo a las especiales características que revela la insolvencia. Pero la norma jurídica revierte su poder en conceder una respuesta preconcebida a la situación de crisis patrimonial a efectos de permitir que los acreedores, utilizando como base la autonomía negocial, puedan autorregular sus propios intereses⁴⁷. Se pierde el poder de dirección heterónomo, como resultado de la mentada “desjudicialización”, y se realza la función autónoma de los acreedores en la gestión del patrimonio del deudor.

⁴⁶ MACARIO (2010) p. 22 (traducción del autor).

⁴⁷ DI MARZIO (2011) p. 11.

La respuesta, podrá apreciarse, no es exactamente idéntica a aquella planteada en su origen por el *ius mercatorum*. La finalidad sancionatoria acusa el golpe en todos aquellos casos en los que se admite el acuerdo (sin revisar la dignidad del deudor proponente)⁴⁸, como en toda desconexión de la respuesta penal con el devenir de la empresa. El influjo de la finalidad conservativa, también disminuido en cuanto principio, ha dejado como gran huella el diferente destino de la empresa y el empresario, y de ahí que pueda, incluso, resultar conveniente su rescate para el mejor cobro de los acreedores. Ello supone que la legislación concursal puede y debe ayudar a las empresas a mantenerse en el negocio cuando tiene un mayor valor para sus dueños estando viva que muerta⁴⁹.

“La cultura del rescate –señala Klaus J. Hopt– no debe malinterpretarse como el objetivo primordial de mantener vivas todas las empresas a través del salvamento. En cambio, lo que importa es conservar y crear valor económico en los procesos de insolvencia o reestructuración. Aquí el centro de atención es la empresa. Apenas importa si subsiste o no la anterior entidad legal”⁵⁰.

De ahí que tome fuerza la idea del “acuerdo de acreedores” como clave del entendimiento del Derecho Concursal moderno, basado en una técnica eminentemente privatista⁵¹. Pero el acuerdo, como forma básica, no se expresa sólo en el instituto del convenio, sino en todos aquellos aspectos en que deba definirse una solución concursal. Así, también, se amplía el poder deliberativo de los acreedores en sectores tan amplios como las que proponen las fórmulas de realización de bienes, las reglas de continuación de giro, los mecanismos de distribución del activo entre los acreedores, entre otras, incluso, en una fase de liquidación patrimonial del deudor. En nuestro sistema, encontramos múltiples ejemplos, que van desde el hecho que el síndico debe proceder a la realización de los bienes ateniéndose, en primer término, a los acuerdos de las juntas de acreedores (artículo 120 del libro IV del *Código de Comercio*), al control más bien formal del convenio, sin tocar mayormente su contenido (artículos 196 y 210) y al reconocimiento de la subordinación voluntaria (artículo 2489 del *Código Civil* y 147 del libro IV del *Código de Comercio*).

29

⁴⁸ En nuestro sistema, ya hemos visto, ello fue objeto de reforma reciente, con motivo de la citada ley N° 20.073, de 2005.

⁴⁹ JACKSON (1986) p. 2. Para un mayor detalle de los cálculos necesarios para arribar a esta conclusión, véase EGER (2001) pp. 37-38.

⁵⁰ HOPT (2010) (recurso electrónico).

⁵¹ DI MARZIO (2011) p. 12.

Se produce, entonces, una equiparación entre los intereses privados (de los acreedores) y de los públicos, reconducidos éstos primordialmente a la protección del crédito. De esta forma, no es de extrañar que, basados en los fundamentos de la autonomía privada, se estime que son los particulares, en especial los acreedores, quienes deben determinar la solución concursal más eficiente, toda vez que se entiende que son éstos los primeros interesados en la protección de sus propios derechos. Consecuencia inequívoca de ello será el aumento del poder decisorio de los particulares y la eliminación de trabas (inútiles) que impidan o limiten la efectividad de sus acuerdos.

Lo que sí convendrá reflejar, como reflexión final respecto a la reconstrucción del Derecho Concursal desde la óptica de la autonomía privada, es si se ha producido o no una completa liberalización del mismo. Cabe preguntarse sobre la admisibilidad de toda forma de acuerdo, incluso atípicos, para resolver el mentado rompecabezas concursal o si, al contrario, el ordenamiento sólo ha ampliado su campo de acción en ciertas y determinadas figuras típicas en las que se ha exacerbado la libertad de negociación en cuanto a la fijación de su contenido.

Al respecto, parecen útiles las precisiones formuladas por Alan Schwartz, quien es enfático en sostener que los sistemas concursales pretenden solucionar conflictos de intereses mediante la imposición de reglas de coordinación: si cada acreedor intentase embargar activos de modo individual, la empresa sería liquidada en pedazos (*piecemeal*), sin considerar si la continuidad de la empresa es o no eficiente⁵². Y ello, agrega, justifica que la reunión de los acreedores en un único foro tenga un carácter imperativo, como regla estructural que pretende la eficiencia, pero que la misma justificación no podría darse en razón de la fórmula específica de solución del conflicto⁵³. La regulación concursal, en suma, debe ofrecer amplios espacios a la autonomía negocial, sólo justificando la imperatividad de las normas (y, por tanto, acentuando la intervención estatal) en la medida que éstas se encuentren dirigidas a conseguir tal coordinación⁵⁴.

Aunque con un acento diferente, ya nos dice Elizabeth Warren que el procedimiento concursal –a diferencia de los sistemas individuales de ejecución– responden más bien a un conflicto entre acreedores, y no esencialmente a un conflicto deudor/acreedor. Este último utiliza como base el derecho sustantivo para ofrecer un sistema de cobro de la promesa

⁵² SCHWARTZ (1997-1998) p. 1807.

⁵³ *Op. cit.*, p. 1808.

⁵⁴ TIRADO (2009) p. 1059, concluye el punto indicando: “La existencia de un concurso imperativo para los acreedores facilita la maximización del valor del patrimonio del deudor, y, por lo tanto, permite reducir el daño que finalmente sufrirán los acreedores”.

incumplida, pero el concurso ciertamente pretenderá ajustar los derechos conferidos por la regulación sustantiva a efectos de conseguir la citada coordinación⁵⁵. Sólo de esta manera pueden comprenderse, por ejemplo, las limitaciones a la operatividad de la compensación (artículo 69 del libro IV del *Código de Comercio*), a las restricciones a la ejecución separada de las garantías en caso de enajenaciones de unidades económicas y continuidades de giro (artículos 112 y 126 del mismo cuerpo legal) y a los efectos sobre una cierta clase de contratos (por ejemplo, artículo 1968 del *Código Civil*), necesarios para lograr el objetivo de dicha coordinación.

Así, difícilmente podrán negarse los límites que se imponen a la autonomía privada ante las normas que, por ejemplo, disponen la construcción de un único foro de solución (como las que ofrecen los artículos 2, 3, 66, 67, 68, 69, 70 y 71 del libro IV del *Código de Comercio*); las que tratan de los aspectos orgánicos y procesales del concurso (como las incluidas en los artículos 3, 4, 5, 6, y, en general, en el título III, etc., del mismo cuerpo legal); o las que determinan la forma en que se produce su apertura (dispuestas en el artículo 39 y siguientes, en lo que se refiere a la quiebra, y artículo 171 y siguientes, en lo que se refiere a los convenios). En cambio, la fuerza de la autonomía privada se expande precisamente a todo lo que se refiere a la forma específica de solución del conflicto, una vez construido el concurso y delimitado el foro. Es ahí donde se produce un recogimiento del legislador, actuando, a veces, de modo supletorio (como en la forma de realización de los bienes, en los términos del artículo 120), o sólo recogiendo principios genéricos de respeto al ordenamiento jurídico (como en el artículo 178, en referencia al contenido del convenio).

III. IDEAS BÁSICAS DE LA CORRIENTE PRIVATIZADORA DEL DERECHO CONCURSAL

1. Sobre la necesaria identificación y coordinación de las finalidades del Derecho Concursal

En el estudio de la evolución del Derecho Concursal podrá observarse la tensión entre los diferentes fines que, por razones de política jurídica, se pretenden sean resueltos por medio de sus instituciones. En este sentido, difícilmente podrá sostenerse la completa erradicación de alguno de ellos en sus diferentes estadios históricos, sino, más bien, una reorganización de los mismos. Así, por ejemplo, la finalidad sancionatoria del concurso no ha quedado descartada en los devenires del siglo XX e inicios del si-

⁵⁵ WARREN (1987) p. 785.

glo XXI, aunque ella se haya visto de alguna manera sobrepasada por la necesidad de conservación de la empresa o la mejor satisfacción de los acreedores⁵⁶. Del mismo modo, la irrupción del principio conservatorio no hizo desaparecer los requerimientos de satisfacción de los acreedores, sino sólo los pospuso, a fin de proteger intereses sociales y macroeconómicos, en la forma antes expuesta.

Pero la existencia de esta multiplicidad de fines no sólo debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico sino, especialmente, jerarquizada a efectos de dar consistencia al sistema⁵⁷. Si la solución no se encuentra planteada en la ley, aquélla sólo cabe desde una mirada jurisprudencial, probablemente basada en argumentos de equidad, volviendo a la idea de que corresponde al juez llevar a cabo tal apreciación conciliadora⁵⁸. Esta falta de previsibilidad, podrá adivinarse, no será gratuita para el deudor, en tanto advierte la existencia de un riesgo que el acreedor no puede anticipar con facilidad al tiempo de la contratación del crédito, desincentivando su existencia o, al menos, haciéndola sustancialmente más onerosa. En este sentido, y a modo de ejemplo, pueden parecer difusos los múltiples objetivos propuestos por el informe de la Comisión Cork para la reforma del Derecho Concursal inglés (pasando desde el fortalecimiento del sistema crediticio a la preservación de las empresas comerciales viables; o de la prevención de conflicto entre acreedores, al reconocimiento y salvaguarda de los intereses de la sociedad en general)⁵⁹.

La cuestión se suscitará en torno a la identificación de una finalidad principal, al tiempo que las demás deberán quedar necesariamente su-

⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 172.2 de la Ley Concursal española admite: “La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: 2. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como la declaración culpable en otros concursos. *En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada*” (el destacado es nuestro).

⁵⁷ En este sentido, véase TIRADO (2009) pp. 1087-1104. Al respecto, el autor propone la construcción de una jerarquización de los distintos intereses incluidos en el concepto de “interés concursal”, en especial como un modelo de actuación de los órganos concursales en el desempeño de sus funciones.

⁵⁸ En este sentido, FINCH (2002) p. 42, critica la visión ofrecida por WARREN (1987) p. 811, que se había descrito a sí misma como “sucía, compleja, elástica e interconectada”, dado que esta visión ecléctica ofrece considerables problemas, iniciándose con la poca asistencia que otorga a quienes deben tomar decisiones en el manejo de las tensiones y contradicciones de los diversos valores.

⁵⁹ Un resumen de las finalidades expresadas en el referido Informe Cork se encuentra disponible en FINCH (2002) pp. 26-27.

bordinadas a ella. Es ésta la visión que ha sufrido variación a lo largo del tiempo, de modo que el acento publicista jerarquizará el compromiso con valores que trascienden los meros intereses privados de los acreedores; al tiempo que la perspectiva privatista invertirá los factores de manera de consagrar como objetivo elemental la mejor y más eficiente satisfacción de los créditos. La designación de una finalidad esencial explícita, como lo ha hecho la legislación alemana⁶⁰, logra la concreción de un elemento clave de interpretación de su normativa⁶¹, aunque deba concederse que “puede traer consigo ciertas rigideces”⁶². Sin embargo, la ausencia de tal designación no implica, ni cercanamente, la ausencia de un objetivo que, mediante el conjunto normativo, se manifieste como central en la jerarquía de valores del concurso. La labor, en este caso, corresponderá a la doctrina, con el propósito de aclarar el asunto a los tribunales de justicia en la construcción de una interpretación teleológica de las normas concursales⁶³.

2. Identificación de la finalidad principal del Derecho Concursal desde una visión privatista

a. Sobre la referencia al criterio de eficiencia

En el campo del Derecho Concursal, la justificación de un mayor acento en la solución privada se ha basado esencialmente en las conclusiones alcanzadas por quienes abogan por un el análisis económico del Derecho. Pionero en estas materias, los estudios de Thomas H. Jackson promueven un derecho concursal basado en una justificación meramente económica, cuya finalidad principal se encuentra en dotar de una organicidad en la que los acreedores resulten en una mejor posición que aquélla que ofrece un mecanismo singular de cobro, resuelto, en nuestro ordenamiento, por la vía del juicio ejecutivo⁶⁴. A la luz de esta concepción, la base del Derecho Concursal debe tener por única finalidad la resolución del problema de coordinación entre acreedores en miras de obtener un resultado económicamente eficiente, eliminando cualquier referencia exógena a tal objetivo⁶⁵.

33

⁶⁰ En este sentido, debe tomarse en cuenta la § 1 de la *Insolvenzordnung* alemana, que dispone: “Los procedimientos concursales deben servir el propósito de la satisfacción colectiva de los acreedores del deudor, sea mediante la liquidación de los bienes del deudor y la distribución de sus resultados, sea mediante el acuerdo por medio de un plan de insolvencia, particularmente en orden a mantener la empresa...” (traducción del autor).

⁶¹ BRAUN (2010) p. 21.

⁶² TIRADO (2009) p. 1062.

⁶³ *Op. cit.*, p. 1065.

⁶⁴ Véase JACKSON (1986) *passim* (aunque especialmente, pp. 7-19).

⁶⁵ SCHWARTZ (1997-1998) p. 1810.

La concepción promovida por Thomas J. Jackson supone, en buenas cuentas, que el propio sistema concursal no es sino la respuesta a un “acuerdo implícito” entre los acreedores (*creditors’ bargain*), que, enfrentados a la lógica de la tragedia del recurso común, optarían por colectivizar sus intereses a fin de lograr un resultado más eficiente⁶⁶. Importa, en otras palabras, que, incluso, si no existiere un procedimiento concursal formal, y detrás del velo de ignorancia sobre la posición que cada uno de los acreedores tiene respecto al patrimonio del deudor, éstos tenderían a unificar sus esfuerzos (reduciendo los costos de supervisión y ejecución) con el objetivo de incrementar el valor del conjunto de activos⁶⁷.

Detrás de este planteamiento se encuentra, irrefutablemente, la idea de la eficiencia económica. Se plantea ésta como un objetivo abstracto de la normativa concursal, esto es, como una herramienta de política legislativa⁶⁸. Como señalan Raúl Núñez, Nicolás Carrasco y Francisco Ortiz,

“la eficiencia aparece claramente como un criterio normativo que inspira la totalidad de la legislación de quiebras. 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 mediante la rehabilitación del deudor”⁶⁹,

criterio a partir del cual los citados autores estiman admisible la utilización de la metodología propia del análisis económico del Derecho⁷⁰. La jurisprudencia, añaden los mismos autores, ha reconocido en forma expresa esta idea, insertando como principio de la legislación concursal el criterio de la “racionalidad económica”, en la medida que:

⁶⁶ Para una explicación de este punto, véase GOLDENBERG (2010) p. 83.

⁶⁷ Visión en extenso criticada por MOKAL (2005) pp. 32-60, principalmente en razón de tratarse de una argumentación irreal, puesto que en un “estado de naturaleza” (previo a la insolvencia) los acreedores no lograrían llegar a acuerdo o buscarían un sistema que reconozca sus derechos tal y como fueron concebidos.

⁶⁸ TIRADO (2009) p. 1079.

⁶⁹ NÚÑEZ *et al.* (2012) p. 271.

⁷⁰ Idea que ya se había anticipado, con mayor detalle, en NÚÑEZ y CARRASCO (2011b) pp. 142-157. Previamente, SANDOVAL (2007) pp. 28-33, se había expresado a favor de la existencia de un principio de racionalidad económica, aunque reconducido al análisis de los concordatos y arreglos judiciales en Francia, y, en Chile, a la reajustabilidad de las obligaciones, a la enajenación sumaria del activo, a la enajenación de las unidades económicas, a la continuidad de giro y a la fijación irrevocable de los derechos de los acreedores. En similar sentido, se manifiestan GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011) pp. 35-37, añadiendo las modificaciones incorporadas al régimen de convenios en virtud de la ley N° 20.073.

“importa una preeminencia del factor económico en el contenido e interpretación de la norma de quiebra, manifestado especialmente en la preservación de la empresa para no desalentar la marcha económica”⁷¹.

Pero la eficiencia no es la finalidad del Derecho Concursal, sino en cuanto endereza a un objetivo concreto. Y éste estará representado por el espíritu subyacente que pretende la “maximización del beneficio de los acreedores, que se traduce en una mayor tasa de recuperación de sus créditos”⁷². Este propósito, hemos visto, siempre ha estado inserto en la lógica concursal, aunque en muchas épocas degradado ante la necesidad de sancionar al deudor fallido o a mantener con vida (aun artificialmente) unidades económicas. La diferencia está en que la visión privatista, como le hemos denominado, la pone decididamente en la cúspide de sus intereses⁷³.

Como aclaran Raúl Núñez, Nicolás Carrasco y Francisco Ortiz, el criterio de eficiencia seguido por el Derecho Concursal debe limitarse a aquél que tiene por objetivo la decisión de los intervinientes entre la liquidación y continuación de la empresa, siguiendo el criterio del beneficio social⁷⁴. Pero el asunto, creemos, no consiste sólo en el reconocimiento de figuras que ameriten la continuidad de la empresa viable, sino, en especial, en quién o quiénes, y de qué manera puede justificarse tal viabilidad⁷⁵. En épocas de auge del “principio de conservación de la empresa”, el núcleo de tal decisión era entregado a la autoridad, sea los propios tribunales u otros órganos públicos intervinientes, sin necesidad de justificar el punto en razones de eficiencia puntual, sino, quizá, en la idea de los intereses generales (extracrediticios) envueltos en el fenómeno de la empresa insolvente.

⁷¹ Tesorería General (fisco) c. Corporación de Fútbol Profesional de la Universidad de Chile (2011), idea que se replica en Alusud Embalajes Chile S.A. con Sociedad Tecnología Comercial S.A. (2012) y en Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. con Inter Oil S.A. (2012).

⁷² NÚÑEZ *et al.* (2012) p. 273, quienes agregan una interesantísima reconducción del problema a los postulados del análisis económico del Derecho Procesal, con las necesarias adecuaciones en materia concursal.

⁷³ NÚÑEZ y CARRASCO (2011b) p. 143.

⁷⁴ NÚÑEZ *et al.* (2012) p. 272.

⁷⁵ Por ejemplo, EGER (2001) p. 41 explica que uno de los objetivos de la nueva regulación alemana se centra en tratar la quiebra y los convenios como parte de un proceso uniforme, creando incentivos para una compensación eficiente entre la liquidación y continuación de la empresa, lo que es logrado mediante la incorporación de la figura del *Insolvenzplan*. Este plan de insolvencia deja a la decisión de los acreedores el mejor modo de proceder respecto al patrimonio del deudor, sobre la base de una serie de reglas que privilegian la información (a partir del reporte del administrador concursal) y la clasificación de los acreedores según su prelación legal e intereses homogéneos.

El punto se aprecia con mayor claridad al observar este aspecto desde la posición de los acreedores y la tutela del crédito. La finalidad distributiva del concurso acusará que los únicos invitados al foro de decisión deben ser quienes mantienen una relación de crédito con el deudor⁷⁶. En nuestro sistema, al igual que en tantos otros, la justificación del Derecho Concursal se ha sostenido clásicamente en el denominado “derecho de prenda general” (o regla de responsabilidad patrimonial universal), consagrada en el artículo 2465 del *Código Civil*. La regla destaca por lo que expresa, pero también en lo que omite. Dando inicio al título XLI del título de la “Prelación de créditos” (obsérvese, no el título XII, “Del efecto de las obligaciones”), la regla dispone:

“toda obligación personal da al acreedor el derecho a perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618”.

Regla que de modo expreso concede una especie de derecho de venta (de ahí el paralelo con las garantías reales) únicamente a los acreedores⁷⁷; regla que omite entonces cualquier clase de derecho sobre el patrimonio del deudor a quien no tiene tal carácter.

Los demás intereses (extracrediticios), si bien podrán existir, no han adquirido una carta de invitación al concurso. Ejemplo de ello es la posición de los trabajadores, no en su carácter de acreedores preferentes, sino por la expectativa de mantener una fuente laboral. Al respecto, Elizabeth Warren sostiene que el renacimiento de una empresa insolvente también sirve a intereses distributivos de muchos que no son específicamente acreedores, pero tienen intereses en la conservación de su existencia⁷⁸.

⁷⁶ En este sentido, cabe recordar, como lo hace extensamente JACKSON (1986) pp. 20-67, que el Derecho Concursal emplea, en este sentido, todos los resultados de la legislación no concursal en lo que se refiere a la identificación y características de los créditos. Esta idea es reformulada por TIRADO (2009) p. 1061 para expresar que el Derecho Concursal “es una rama jurídica con poca independencia, con escaso sentido en sí misma, en soledad... El Derecho concursal no hace sino distribuir ‘intereses’ regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la crisis, inadecuado en ellas”.

⁷⁷ Como indica BAHAMONDEZ (1993) p. 11, “En efecto, la responsabilidad patrimonial viene a ser el contenido secundario de la relación obligatoria, toda vez que el contenido primario lo constituye la prestación debida. Con todo, dicho contenido no debe ser visto como un elemento extrínseco a la relación obligatoria, sino como parte integrante de la misma. La doctrina sintetiza estas ideas al señalar que la responsabilidad patrimonial adquiere relevancia práctica desde el incumplimiento, pero el poder del acreedor existe desde que nace el crédito”.

⁷⁸ WARREN (1987) p. 787.

Pero estas conclusiones son tajantemente refutadas por Douglas Baird, al sostener que tal posición supone una protección de la existencia del trabajo sólo en supuestos de insolvencia⁷⁹. Fuera de ellos, no se ha sostenido una obligatoriedad del empresario a tal conservación, sino acaso una precisa regulación del término de la relación laboral (justificada o no) y el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Douglas Baird apunta, como ya lo había hecho antes Thomas H. Jackson⁸⁰, a la necesidad de conservar los derechos sustantivos previos a la entrada al concurso, ajustándolo sólo en la medida de lo necesario para la consecución de una liquidación o reorganización eficiente, esto es, que maximice el derecho de quienes ya lo tenían consagrado con anterioridad. Reconocer nuevos derechos, que únicamente florecerían en situación de insolvencia, supondría una limitación muy difícil de justificar para quienes ya tenían derechos definidos (los acreedores)⁸¹. Tal apreciación significaría conceder a los tribunales una función distributiva mayor, reconociendo tales derechos insustanciales y conjugándolos con aquéllos que de alguna manera financiaron la actividad del deudor. Esto es lo que niega el modelo contractualista, por las distorsiones que ello puede producir en la propia existencia del sistema crediticio.

b. Del acuerdo como garante de la eficiencia

37

Ahora bien, en un escenario en el que la legislación concursal tiende a la “privatización”, cabe preguntarse si todos los extremos de esta tendencia se encuentran suficientemente justificados, económica y jurídicamente, como para ser poseedores de una mayor virtud en la solución de los problemas que suscita la insolvencia.

Hemos visto que la privatización del Derecho Concursal se fundamenta, en breves palabras, en la idea de que las partes involucradas (deudor y acreedores) pueden ofrecer un mejor resultado por medio de la negociación de la solución concursal, en lugar de atenerse a normas imperativas dispuestas *ex ante* por el ordenamiento jurídico. De este modo, la articulación de una visión “contractualista” debe reposar, al menos en la existencia de un poder negociador entre las partes involucradas y que, resultado de la negociación, se identifiquen los intereses privados (principalmente, los que corresponden a los acreedores) con los intereses colectivos, manifes-

⁷⁹ BAIRD (1987) p. 817.

⁸⁰ JACKSON (1986) pp. 20-27.

⁸¹ GOODE (1997) pp. 38-39, apunta a las dificultades de esta argumentación, ya que desconoce que ciertos intereses surgen precisamente por el hecho de la insolvencia, de manera que no pueden ser tutelados fuera de ella.

tados en especial, en la protección del crédito. Esta tendencia resultará en un claro incentivo regulatorio al acuerdo, aunque no necesariamente reorganizativo, suponiendo que, conocidos todos los extremos, serán los propios interesados quienes podrán generar una normativa particular que resuelva de mejor modo la situación crítica del deudor.

Sobre estos fundamentos de eficiencia, es fácil continuar el trazo hasta determinar que, en realidad, los intereses públicos subyacentes a la figura concursal se basan en la correcta (y mejor) protección del crédito⁸², determinando al Derecho Concursal como una norma de clausura de un sistema económico basado en las decisiones entregadas a las fuerzas del mercado. Esta posición no es de extrañar, toda vez que el ordenamiento privado en general, y especialmente la regulación comercial, ha estado fundado de manera inequívoca en la idea de la autonomía privada y libertad de contratación, suponiendo que son las partes involucradas las que mejor conocen los riesgos y alcances de su negociación. Se entiende, entonces, que la intervención estatal quizá estorba, salvo en aquellos casos en que se encuentre relacionada de forma íntima con una política pública que lleve a la sociedad (y no sólo a determinados acreedores) a mejor puerto, como en el caso de la regulación concursal especial de los bancos y compañías de seguros. Si son los acreedores los que ocupan una posición central en el sistema concursal, el ordenamiento debe satisfacer su intervención en la formulación de una solución que permita la mejor protección de sus intereses⁸³. En este sentido, la razón de ser de la colectivización que supone el concurso no se basa en expedientes de igualdad (formal o material), o en el espíritu de solidaridad que debe campear en la relación entre acreedores, sino únicamente en la idea de crear un foro común en que todos los acreedores, actuando como unidad, logren coordinar sus derechos sobre la base de una mejor satisfacción del crédito⁸⁴.

⁸² En nuestro entorno, se pronuncian favorablemente por esta posición, por ejemplo, PUGA (1999) p. 18 y SANDOVAL (2007) p. 23.

⁸³ Como indica SANDOVAL (2007) p. 25, el principio de la protección adecuada del crédito se desdobra en al menos tres fórmulas de comprensión, dependiendo de la filosofía económica y social de cada una de ellas. “a) Dentro del esquema liberal la tutela del crédito se realiza mediante la eliminación de las unidades patrimoniales deficientes, en tanto éstas son consideradas células enfermas de un cuerpo social cuya salud se mantenía mediante la extirpación quirúrgica del mal. b) En un sistema liberal más avanzado, y en pleno auge del voluntarismo, son los damnificados quienes administran sus intereses aun en condiciones de insuficiencia. Ellos deben dar solución al problema y, por consiguiente, el Estado y sus jueces son meros ordenadores del procedimiento. c) En otra postura –avanzando en el tiempo– la defensa del crédito para el acreedor comprometido es, dentro del curso [¿?], la posibilidad de mayor recuperación del deudor”.

⁸⁴ GOLDENBERG (2010) pp. 75-81.

Pero como reclaman Elizabeth Warren y Jay L. Westbrook, la noción de que el acuerdo de los acreedores llevará a resultados eficientes deberá basarse en, al menos, la constatación de que:

- i) la solución negociada será más eficiente que aquella impuesta por el ordenamiento jurídico y
- ii) los costos de transacción generados con motivo de la negociación serán menores que el mayor grado de eficiencia alcanzado por el acuerdo privado de deudor y acreedores⁸⁵.

Respecto a la eficiencia, la perspectiva contractualista del concurso observa que, al igual que en el precedente del Derecho Comercial (o Privado, en general), éste debe presumirse, en tanto el acuerdo privado logra una mayor adecuación al escenario específico que la norma elaborada sobre la idea de la generalidad y la abstracción⁸⁶. Sólo a partir de la autonomía privada, las partes interesadas pueden elaborar una solución que considere las particularidades del caso, revisando las diferentes alternativas que tomen en cuenta el valor de la unidad económica o de sus diferentes elementos (a modo de liquidación por partes), o un escenario que asuma la continuidad de la empresa, y, más específicamente, la fórmula en concreto por medio de la cual cada una de ellas se implementa⁸⁷.

Esta visión ha sido, sin embargo, criticada por quienes asumen una mirada más empírica (y menos teórica) del Derecho Concursal. Así, Elizabeth Warren y Jay Westbrook sostienen que la eficiencia del sistema concursal también debe considerar los costos que él mismo genera, los que son particularmente importantes en razón del número de interesados que participan en la negociación y sus diversas características⁸⁸. Este aspecto nos conduce a la segunda pregunta, relativa a la forma en que el propio ordenamiento asume el problema de los costos de transacción.

⁸⁵ WARREN (2005) p. 1197 y ss.

⁸⁶ Ya indicaba COASE (1960) p. 18: “las regulaciones generales que deben aplicarse a una amplia variedad de casos serán ejecutadas en algunos casos en los que son claramente inapropiadas. Por estas consideraciones, se sigue que la regulación estatal directa no necesariamente conllevará mejores resultados que dejando el problema a ser resuelto por el mercado o la empresa” (traducción del autor).

⁸⁷ Por ejemplo, un amplio abanico de alternativas y consideraciones sobre el punto puede encontrarse en ADAMS (1991) p. 128 y ss.

⁸⁸ WARREN y WESTBROOK (2005) pp. 1201-1204. En este punto, conviene seguir la cita de COASE (1960) p. 18, en el sentido que “Pero igualmente no existen razones para que, en ocasiones, estas regulaciones estatales administrativas no sean conducentes a una mejora en la eficiencia económica. Esto es particularmente probable cuando, como es normalmente en el caso de las molestias por humo, un gran número de personas están envueltas y en las cuales los costos para manejar el problema por medio del mercado o la empresa pueden ser altos” (traducción del autor).

Respecto a estos últimos, algo nos hemos referido desde las ideas de Alan Schwartz sobre las reglas imperativas de coordinación entre los acreedores. Ahora bien, si se desea que sean los propios particulares quienes decidan los destinos del patrimonio del deudor, habrá que considerar necesariamente las dificultades que este modelo implica. Al respecto, Joaquim Bisbal ya había comentado:

“Si no existieren costes de transacción (...) la insolvencia del deudor no merecería particular atención. Los recursos empleados por él gravitarían inmediatamente hacia los empleos más útiles y los acreedores admitirían esos otros empleos como el mejor medio de satisfacción de sus créditos. Ahora bien, dado que la insolvencia del deudor es un fenómeno secular, a la pluralidad de acreedores no le resulta fácil averiguar cuál es el empleo alternativo de los recursos que maximice su utilidad”⁸⁹.

Creemos que éste es un punto central en la configuración de una construcción privatista, puesto que no será suficiente poner en cabeza de los particulares la solución concursal. Al contrario, una visión desconectada con las dificultades de negociación condenará la respuesta al fracaso, toda vez que no aprecie, por ejemplo, las diferentes características e intereses de los interesados, los tiempos involucrados y la asimetría informativa a la que se ven expuestos. La idea de la unidad de foro, en este sentido, debe ser complementada de varias formas a fin de conseguir los objetivos propuestos, adiciones que sólo podemos mencionar en este punto, por ser materia de un estudio más profundo que deberá quedar para más adelante.

Al respecto, deberá entenderse que el acuerdo será difícilmente unánime entre todos los interesados. Ya podremos notar, por ejemplo, que se distinguirán en el grupo de acreedores quienes son proclives o adversos al riesgo; quienes han obtenido ciertas garantías de cumplimiento, frente a quienes las han despreciado o simplemente no han podido conseguirlas; quienes son cercanos al deudor (y, en consecuencia, empáticos con su situación) y quienes no ven distorsionadas sus decisiones por tales motivos. El objetivo podrá verse mejor cumplido, por ejemplo, mediante el establecimiento de reglas de mayoría y medios de resguardo para los acreedores minoritarios (artículos 106, 117, etc. del libro IV del *Código de Comercio*) o por medio de la pérdida del derecho a voto de los acreedores cercanos (artículo 190). Por su parte, la propia estructura concursal debe estar de algún modo encaminada a disminuir las brechas informativas. Se establece que es el deudor el que tiene mejor conocimiento de su propia

⁸⁹ BISBAL (1994) p. 846.

situación patrimonial y de las causas del mal estado de sus negocios, y así debe compartirlo con sus acreedores (artículos 42 y 173) o se utiliza la figura del síndico para facilitar la comprensión del contenido del convenio (artículo 174, número 2) o del experto facilitador para lograr la concreción del mismo (artículo 177 *ter*).

Dejar estos puntos al mero arbitrio de las partes dificultará no sólo el acuerdo sino la propia solución concursal. El ordenamiento jurídico deberá optar por una norma de cierre para el caso en que éste no se logre, decisión que, en miras de la mejor tutela del crédito, se dirigirá a aquélla que menor riesgo implique, aunque no necesariamente sea la que conceda un mejor resultado. De este modo, se ha justificado que la ausencia de acuerdo con regularidad llevará a la liquidación patrimonial, y, en ella, de cada uno de sus bienes por separado (artículo 120 y siguientes del libro IV del *Código de Comercio*).

c. El acuerdo de los acreedores como expresión de la autonomía privada

La expresión de la autonomía negocial en el campo del Derecho Privado se reconduce a la noción del negocio jurídico, construcción efectuada por los pandectistas. Como declaración de la voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos, el concepto denota su esencia en el fortalecimiento de la libertad humana en la autorregulación de sus intereses, de manera que el ordenamiento jurídico funciona, por una parte, como reconocedor de tal poder normativo y, por otra, como límites (bajo los conceptos de orden público, moral, buenas costumbres y ley imperativa)⁹⁰. Pero deberá observarse que, en la categorización de los mismos, el negocio jurídico se clasifica según si es necesaria la existencia de una o más voluntades necesarias para la producción de sus efectos, bajo el paradigma de los negocios jurídicos unilaterales y bilaterales. En esta esfera, será necesario el reconocimiento de un tercer modelo, a modo de “negocio jurídico plurilateral”, en el que concurren una serie de voluntades, de algún modo antagónicas, pero enderezadas a una finalidad común, especialmente en aquellos supuestos en los que la propia figura se estructura sobre la base de una cierta asociación⁹¹.

El Derecho da cuenta de esta necesidad, aun en el ámbito contractual, en particular en la esfera del funcionamiento de las personas jurídicas, y más específicamente en el Derecho Societario, y la profundiza en todas aquellas figuras corporativas en que se va perdiendo el elemento personal como centro de atención. El ejemplo más palpable se encuentra en la

⁹⁰ Véase, por todos, DE CASTRO Y BRAVO (1967) *passim* (aunque especialmente, pp. 11-18).

⁹¹ BARCIA (2007) p. 23.

sociedad anónima, en el que una serie de accionistas reúnen fondos para la consecución del objeto social. En esta estructura, sea de capital disperso o concentrado, las decisiones de los accionistas suponen el acuerdo sobre la base de la mayoría, calificada o no, de acuerdo con las disposiciones legales o el estatuto societario. Sólo de esta manera es posible la manifestación de una voluntad común, que se impone a los accionistas disidentes o silentes, como si fuera propia.

En el Derecho Concursal puede observarse una situación similar, aunque no idéntica. Los acreedores se ven reunidos por efecto de la ley, en virtud de la declaración de apertura del concurso (sea quiebra, sea convenio), y no por un propósito interno de conformar una unidad. En la actualidad, ésta resultará necesaria para la satisfacción de la finalidad del Derecho Concursal, a modo de permitir una unidad de foro que resuelva el problema de la tragedia del recurso común, maximizando las posibilidades de cobro. Pero la posición de los acreedores, incluso entre sí, tendrá un carácter conflictual, por la disonancia de sus intereses particulares en la mejor tutela de su propio crédito, sin que existan restricciones (como las que impone la *affectio societatis*) en la declaración de su propia voluntad⁹².

Pero la unidad de foro, que atrae a todos los acreedores a un mismo procedimiento, es sólo un instrumento para lograr el efecto propio de la concursalidad, como es la coordinación de los intereses –plurales, diversos, contradictorios– para la consecución de la ansiada eficiencia. Ahora bien, decidida una fundamentación privatista del Derecho Concursal, y puesto en manos de los acreedores la decisión de la fórmula específica de solución del conflicto, será necesario dotar a los acreedores de una cierta estructura jurídica con el propósito de que acuerden dicha fórmula de solución. Una cosa será, entonces, la consideración del conjunto de acreedores como masa, y otra será su organización bajo la idea de asambleas o juntas de acreedores⁹³.

La junta de acreedores, entonces, se transforma en un órgano del concurso enderezado a la expresión de la voluntad común⁹⁴, que, en esta visión marcadamente privatista, estará encargada de la dirección del concurso⁹⁵, que, como dispone el artículo 64 del libro IV del *Código de Comercio*, obtendrá la “facultad de disponer de ellos [de los bienes] y de

⁹² PAJARDI (1992) p. 35.

⁹³ NÚÑEZ y CARRASCO (2011a) pp. 386 y 389.

⁹⁴ De ahí que GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011) p. 349, señalen: “Las juntas de acreedores constituyen el órgano de deliberación del juicio de quiebra, en el cual coparticipan los acreedores a lo largo del procedimiento como principalmente interesados en su resultado a través del cual manifiestan su voluntad, mediante los acuerdos que adoptan como colectividad sobre las materias que son de interés común de la masa”.

⁹⁵ Sobre este punto, véase PUGA (1999) p. 541.

sus frutos hasta pagarse de sus créditos”. No obstante, la forma precisa en que esta función se llevará a cabo dependerá de la finalidad predominante del concurso. Así, la prevalencia de un interés público necesariamente restringirá su campo de acción, sea limitándolo en cuanto a su esfera (“limitación de acuerdo”), o en cuanto a su contenido (“limitación de contenido”). En el primer caso, la voluntad de los acreedores no resultará vinculante para los órganos públicos encargados de la dirección, de modo que, o será simplemente desconocida, como en tiempos de auge del principio de conservación de la empresa bajo el sistema impuesto por el decreto ley N° 1.509, o sólo resultará relevante a modo de consulta, como ocurría con el modelo impuesto por el *Código de Comercio* original, en el supuesto de quiebra. En caso de una limitación de contenido, se dará mayor énfasis a la autonomía privada, pero aún sujeta a poderosos límites basados en la satisfacción de un interés general, como ocurría en tiempos en que el convenio de acreedores estaba sujeto a homologación por parte del tribunal.

Ahora bien, la profundización de la visión privatista del concurso evitará toda forma de limitación, a menos que el acuerdo lograra alterar los postulados básicos del ordenamiento jurídico. No caben planteamientos como los acusados en la ley N° 4.558, que limitó la participación de los acreedores basados en el entorpecimiento de la marcha del proceso⁹⁶, sino que se reconduce a una correcta regulación en cuanto a su conformación y funcionamiento, como propuso la ley N° 18.175. El campo de acción es, entonces, máximo, lo que justifica la labor del tribunal a la sola verificación de un acuerdo correctamente formulado, sobre la base de la información entregada, las mayorías requeridas y/o la ausencia de infracción a la ley imperativa⁹⁷.

Este sistema supone que los acreedores, habida cuenta de la información proporcionada por el deudor (artículo 43), por los propios acreedores, en virtud del proceso de verificación e impugnación (artículo 131 y siguientes), y del síndico (por ejemplo, artículos 27 N° 3 y 174), alcanzarán un acuerdo que, fruto de la negociación, propenderá a un resultado que maximice sus posibilidades de cobro, sea en la órbita de la quiebra (en especial, artículo 120) o en el convenio (artículo 190 y siguientes). La revisión a ser efectuada por los tribunales sólo será reactiva, ante la impugnación efectuada por alguno de los acreedores, considerando que ésta sólo podrá versar sobre los extremos antes indicados, y jamás valorando el contenido de un acuerdo que se ajusta al ordenamiento jurídico. En este

⁹⁶ GÓMEZ y EYZAGUIRRE (2011) p. 351.

⁹⁷ En este sentido pueden leerse, por ejemplo, las causales de impugnación y nulidad del convenio (artículos 196 y 210 del libro IV del *Código de Comercio*, respectivamente).

sentido, Thomas Eger ya criticaba la protección concedida a los acreedores minoritarios en el Derecho alemán, que, sobre la base de que el tribunal puede no autorizar un *Insolvenzplan* que deje a una parte en una peor posición que las que resultaría de aplicar las reglas de distribución legalmente establecidas, implicaría presuponer (de un modo irreal) una considerable medida de conocimiento económico por parte de la judicatura⁹⁸.

En suma, ello implica que el acuerdo debe ser protegido por el ordenamiento jurídico en cuanto recoge el valor de la voluntad privada, como herramienta fundante de nuestro sistema económico. Es el acuerdo que se logra en razón de una negociación, ojalá lo más informada posible, entre partes que (en abstracto) poseen un idéntico poder para hacer valer sus intereses, y que, revisada desde el ideal del hombre racional (en la modelación económica del concepto), propende hacia la mayor eficiencia posible en su decisión. Esta visión pone en el centro del problema concursal al crédito y, por tanto, al deudor y sus acreedores. El acuerdo entre éstos, aún después de la crisis, resulta en el elemento central en la articulación del concurso, a modo de paradigma que trasunta la esencia del Derecho Privado. Si esta perspectiva logra trasladarse, en plenitud, a nuestros textos normativos será asunto de un trabajo posterior.

IV. CONCLUSIONES

1. La comprensión de la denominada visión privatista del concurso supone reconocer, previamente, la continua pérdida de la intervención pública en las situaciones de crisis patrimonial, concediendo a los particulares (sobre todo a los acreedores) la dirección del concurso.
2. La noción de “privatización del concurso”, sin embargo, no debe observarse bajo la idea de una completa ausencia de los órganos jurisdiccionales, sino como una tendencia que amplía el campo de acción de la autonomía privada en atención al retroceso del legislador en la formulación de soluciones generales y abstractas, sean liquidadoras o conservativas, pero en cualquier caso imperativas.
3. Para tales efectos, el ordenamiento concursal debe reordenar las finalidades que persigue (sancionatorias, conservativas y distributivas), situando en la cúspide de los intereses la tutela del crédito. Así, orientado a la maximización de las posibilidades de cobro de los acreedores, se estima que la mayor eficiencia no es conseguida

⁹⁸ EGER (2001) p. 42.

- mediante las referidas elaboraciones generales y abstractas, sino la que nace producto de la negociación.
4. El parámetro de eficiencia, si bien no es una finalidad en sí misma, cumple con configurar un criterio normativo. Pero si es posible aseverar que la solución negociada (bajo el paradigma del acuerdo) es más eficiente que la coordinación legalmente impuesta, será necesario dar cuenta cómo se resuelven los problemas que generan los sendos costos de transacción envueltos en el concurso.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, Charles W. (1991-1992). "An economic justification for corporate reorganizations". *Hofstra Law Review*, N° 20, Chicago.
- BAHAMONDEZ, Luis Felipe (1993). *La Prelación de Créditos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BAIRD, Douglas G. (1987). "Loss distribution, forum shopping, and bankruptcy: a reply to Warren". *University of Chicago Law Review*, N° 54, Chicago.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2007). *Lecciones de Derecho Civil chileno. Del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BISBAL MÉNDEZ, Joaquim (1994). "La insoportable levedad del Derecho concursal". *Revista de Derecho Mercantil*, N° 214, Madrid.
- BISBAL MÉNDEZ, Joaquim. (1986). *La empresa en crisis y el Derecho de Quiebras (una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España.
- BRAUN, Eberhard (2010). *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar*. München: C.H. Beck.
- CASTRO Y BRAVO, Federico de (1967). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- COASE, Ronald, "The problem of social cost". *Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, october, 1960.
- CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo (2010). *Insolvencia y quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CHACÓN COGLER, Paola (2001). "Estudio del Derecho concursal chileno desde un Derecho punitivo a un Derecho preventivo de salvamento", en Juan Pablo ROMÁN RODRÍGUEZ (dir.), *Salvamento de las empresas en crisis*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DI MARZIO, Fabrizio (2011). *Il Diritto Negoziiale della Crisi D'Impesa*. Milano: Giuffrè Editore.
- EGER, Thomas (2001). "Bankruptcy regulations and the new German Insolvency Law from an economic point of view". *European Journal of Law and Economics*, N° 11.1, Berlin.

- FABIANI, Massimo e Massimo FERRO (2004). “Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d’impresa”. *Il Fallimento e le Altre Procedure Concorsuali*, N° 2, Milano.
- FARENAGA, Luigi (2008). “La riforma del diritto fallimentare in Italia: una nuova visione del mercato”. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, año CVI, Padova.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José (2009). “Sociedades mercantiles en crisis y Derecho penal. Sobre la función social y el fundamento del injusto del delito concursal (art. 260 CP)”. *Anuario de Derecho Conursal*, N° 16, Madrid.
- FERRARA Jr., Francesco e Alessandro BORGIOLI (1995). *Il Fallimento*. Milano: Giuffrè Editore.
- FIALE, Aldo (2010). *Diritto Fallimentare*. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone.
- FINCH, Vanessa (2002). *Corporate Insolvency Law. Perspectives and Principles*. Cambridge: Cambridge University Press.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2009). “Los acuerdos extrajudiciales en la legislación concursal”. *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 20, Santiago.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2010). “Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *par condicio creditorum*”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 1, Santiago.
- GÓMEZ BALMACEDA, Rafael y Gonzalo EYZAGUIRRE SMART (2011). *El Derecho de Quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GOODE, Roy (1997). *Principles of Corporate Insolvency Law*. London: Thomson, Sweet & Maxwell.
- HOPT, Klaus J. (2010). “La reforma del Derecho de la insolvencia. La perspectiva alemana y europea”. *Anuario de Derecho Conursal*, N° 21, Madrid.
- JACKSON, Thomas H. (1986). *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- JACQUEMONT, André (2009). *Droit des Entreprises en Difficulté*. Paris: Lexis Nexis Litec.
- LYON-CAEN, Charles et Louis RENAULT, (1914). *Traité de Droit Commercial, tome VII*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence.
- MACARIO, Francesco (2010). “Insolvenza del debitore, crisi dell’impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito”, in Fabrizio DI MARZIO y Francesco MACARIO (dirs.), *Autonomia Negoziale e Crisi D’Impresa*. Milano: Giuffrè Editore.
- MOKAL, Rizwaan Jameel (2005). *Corporate Insolvency Law. Theory and Application*. Oxford: Oxford University Press.
- NAVARRINI, Humberto (1943). *La Quiebra*. (trad.) Francisco Hernández B. Madrid: Reus.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y Nicolás CARRASCO DELGADO (2011a). *Derecho Conursal Procesal chileno*. Santiago: Abeledo Perrot, Thomson Reuters.

- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y Nicolás CARRASCO DELGADO (2011b). “La quiebra sin bienes. Una aproximación desde el análisis económico del Derecho”. *Ius et Praxis*, año 17, N° 1, Talca.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, Nicolás CARRASCO DELGADO y Francisco ORTIZ ROJO (2012). “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, N° 1, Talca.
- PAJARDI, Piero (1992). *Radici e Ideologie del Fallimento*. Milano: Giuffrè.
- PORTALE, Giuseppe B. (2010). “Dalla ‘pietra del vituperio’ alle nuova concezione del fallimento e delle altre procedure concorsuali”, in Fabrizio DI MARZIO y Francesco MACARIO (dirs.), *Autonomia Negoziale e Crisi D’Impresa*. Milano: Giuffrè Editore.
- PROVINCIALI, Renzo (1969). *Manuale di Diritto Fallimentare*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (1971). *Curso de Derecho de Quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (1999). *Derecho Concursal. El juicio de quiebras*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2002). *Derecho Concursal. Delitos de la quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PUGA VIAL, Juan Esteban (2006). *Derecho concursal. El convenio de acreedores*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIPERT, Georges (1954). *Tratado elemental de Derecho Comercial*, tomo IV. (trad.) Felipe de Solá Cañizares. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- ROCCO DI TORREPADULA, Nicola (2008). “La governance nel fallimento”, in Antonio SARCINA e José Antonio GARCÍA CRUCES (dirs.). *Il Trattamento Giuridico della Crisi d’Impresa. Profili di Diritto Concorsuale Italiano e Spagnolo a Confronto*. Bari: Cacucci Editore.
- ROMÁN RODRÍGUEZ, Juan Pablo (2001). “Los fines del Derecho Concursal”, en Juan Pablo ROMÁN RODRÍGUEZ (dir.). *Salvamento de las empresas en crisis*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2007). *Derecho Comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho Concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, tomo IV. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SATTA, Salvatore (1951). *Instituciones de Derecho de Quiebras*. (trad.) Rodolfo O. Fontanarrosa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- SCHWARTZ, Alan (1997-1998). “A contract theory approach to Business Bankruptcy”. *Yale Law Journal*, N° 107, New Haven, Connecticut.
- TIRADO MARTÍ, Ignacio (2009). “Reflexiones sobre el concepto de ‘interés concursal’ (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fascículo 3, Madrid.

- VOLANTE, Raffaele (2010). “Autonomia contrattuale e fallimento tra fondazione medievale, Diritto Comune e Codici”, in Fabrizio DI MARZIO y Francesco MACARIO (dirs.), *Autonomia Negoziale e Crisi D’Impresa*. Milano: Giuffrè Editore.
- WAGEMANN FARFÁN, Alex (2001). “El principio de conservación de las empresas en crisis dentro del contexto del Derecho concursal”, en Juan Pablo ROMÁN RODRÍGUEZ (dir.), *Salvamento de las empresas en crisis*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- WARREN, Elizabeth (1987). “Bankruptcy policy”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 54, N° 3, Chicago.
- WARREN, Elizabeth y WESTBROOK, Jay Lawrence (2005). “Contracting out of bankruptcy: an empirical intervention”. *Harvard Law Review*, N° 118, Cambridge, Massachusetts.
- ZABALETA DÍAZ, Marta (2006). *El principio de conservación de la empresa en la ley concursal*. Cizur Menor: Thomson Civitas.
- ZALAUQUETT DAHER, José (1968). *La causa de declaratoria de quiebra*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Normas citadas

Código de Comercio

48

- Decreto ley sobre Juicio Ejecutivo, de febrero de 1937.
- Decreto ley N° 35, *Disposizioni urgenti nell’ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale*, de 14 de marzo de 2005 (Italia), disponible en: www.camera.it/parlam/leggi/050801.htm.
- Decreto ley N° 1.509, que establece normas sobre enajenación de unidades económicas en caso de quiebras y convenios judiciales, de 9 de julio de 1976.
- Insolvenzordnung*, de 5 de octubre de 1994 (Alemania), disponible en: www.gesetze-im-internet.de/inso/.
- Legge Fallimentare, disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell’amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*, del 6 de abril de 1942 (Italia), disponible en: www.altalex.com/index.php?idnot=2888.
- Ley 22/2003, concursal, de 9 de julio de 2003 (España), disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/122-2003.html.
- Ley N° 85-98, *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, de 25 de enero de 1985 (Francia), disponible en: www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068923&dateTexte=20080911.
- Ley N° 95, de 3 de abril de 1979 (Italia), disponible en www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1979-04-03;95.
- Ley N° 4.558, sobre Quiebras. *Diario Oficial*, Santiago, 4 de febrero de 1929.
- Ley N° 18.175, que fija nuevo texto de la Ley de Quiebras. *Diario Oficial*, Santiago, 28 de octubre de 1982.

Ley N° 20.073, que modifica la ley N° 18.175, de quiebras, en materia de convenios concursales. *Diario Oficial*, Santiago, 19 de noviembre de 2005.

Ordenanza N° 67/820, de 25 de septiembre de 1967, *relative a la suspension provisoires de poursuites et l'apurement collectif de passiv* (Francia), disponible en: <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000339815&dateTexte=20130311>.

Real decreto-ley 3/2009, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, de 27 de marzo de 2009, disponible en: www.boe.es/boe/dias/2009/03/31/pdfs/BOE-A-2009-5311.pdf.

Jurisprudencia citada

Alusud Embalajes Chile S.A. con Sociedad Tecnología Comercial S.A. (2012), Corte Suprema (casación), 17 de mayo de 2012, Legal Publishing CL/JUR/932/2012; 60846.

Banco de Chile contra (2010): Corte de Apelaciones de Santiago (apelación), 16 de noviembre de 2010, Legal Publishing CL/JUR/7157/2010.

Compañía de Petróleos de Chile Copec S.A. con Inter Oil S.A. (2012), Corte Suprema (casación), 8 de noviembre de 2012, Legal Publishing CL/JUR/2548/2012; 63121).

Tesorería General (fisco) c. Corporación de Fútbol Profesional de la Universidad de Chile (2011), Corte Suprema (casación), 16 de marzo de 2011, Legal Publishing N° 48.183).