

EL ARBITRAJE CONCURSAL EN CHILE: REVISIÓN CRÍTICA DE SU AMBIGUA REGULACIÓN EN LA LEY N° 20.720

BANKRUPTCY ARBITRATION IN CHILE: CRITICAL REVIEW OF ITS AMBIGUAL REGULATION IN LAW No. 20.720

EDUARDO T. JEQUIER LEHUEDE*

RESUMEN: La nueva ley concursal chilena, N° 20.720, incorpora la figura del arbitraje concursal como cauce de solución de las controversias que surjan durante la tramitación de los procedimientos concursales, tanto de liquidación como de reorganización. Constituye una herramienta novedosa, tanto en Chile como para el derecho comparado, cuya insuficiente regulación, sin embargo, plantea una serie de interrogantes que la ley no resuelve, lo que se ha traducido en la nula aplicación del instituto arbitral en este ámbito. Este trabajo aborda esos problemas y ofrece algunas respuestas.

Palabras clave: Arbitraje concursal, Ley N° 20.720, Arbitrabilidad, Conflictos concursales

ABSTRACT: The new Chilean bankruptcy law, No. 20.720, incorporates the figure of bankruptcy arbitration as a channel for resolving disputes that arise during the processing of insolvency proceedings, both liquidation and reorganization. It is a novel tool, both in Chile and for comparative law, whose regulation raises various questions that the law does not resolve, what has resulted in the null application of the arbitral institute in this area. This work addresses these problems and offers some answers.

Keywords: Bankruptcy arbitration, Law No. 20.720, Arbitrability, Bankruptcy disputes

INTRODUCCIÓN

Una importante novedad de la Ley N° 20.720 –LC– está dada por la incorporación del arbitraje en materia concursal, como mecanismo alternativo de solución de conflictos a cargo de una nómina de árbitros designados por la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento –SIR–¹. Si bien la anterior Ley de Quiebras –LQ– contemplaba el arbitraje en materia de convenios (arts. 178, 184 y 185 LQ²), no ocurría lo mismo con el procedimiento de quiebra, que solo podía seguirse en sede judicial. Adicionalmente, la LC

* Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor Titular de la Universidad de Los Andes, Chile. Departamento de Derecho Comercial y de la Empresa. Código Orcid 0000-0001-8005-6685. Dirección postal: Av. Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago. Dirección electrónica: ejequier@uandes.cl.

¹ Nómina disponible en SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO (s/f).

² El arbitraje en la LQ fue introducido por la LEY N° 20.073 de 2005, que permitió someter a arbitraje el procedimiento de convenio propiamente tal (arts. 184 y 185) y los conflictos que pudieren surgir en el marco de un convenio judicial preventivo ya aprobado (art. 178). La LEY N° 20.720 de 2014 repite este esquema, como se describe en el texto de este trabajo, aunque elimina toda forma de arbitraje forzoso.

da un paso significativo en esta materia, al suprimir toda forma de arbitraje forzoso y, en particular, aquella que regulaba el art. 180 LQ, para el caso de las propuestas de convenio judicial preventivo presentadas por sociedades sujetas a la fiscalización de la entonces Superintendencia de Valores y Seguros (hoy “Comisión para el Mercado Financiero”).

De esta forma, la nueva ley contempla un estatuto amplio y enteramente voluntario sobre arbitraje de los conflictos surgidos durante el procedimiento concursal, ajustándose así a la esencia de dicho instituto y apartándose, por tanto, de la muy anacrónica figura del arbitraje forzoso contemplada aun en el Código Orgánico de Tribunales –COT–, contraria a derechos fundamentales básicos³.

Sin embargo, y más allá de algunos aspectos formales, lo cierto es que la LC no dice mucho más sobre esta novedosa herramienta, sumiéndola por tanto en un ambiente de ambigüedad e incerteza jurídica que se refleja, a cinco años de vigencia de la ley, en la completa inexistencia de arbitrajes concursales tramitados en Chile⁴. Sin ir más lejos, y a modo de ejemplo, el carácter universal del procedimiento concursal se comunica necesariamente al pacto arbitral y, por tanto, a la competencia del árbitro y a la arbitrabilidad de las materias que informan el conflicto, aspectos de los que la ley no se hace cargo. Asimismo, la voluntad de los acreedores, de someter el asunto a arbitraje, se manifiesta en este caso a través de acuerdos adoptados por la junta de acreedores, con el quórum que la ley establece en cada caso, de manera que las contingencias que puedan afectar al funcionamiento y a las decisiones de dicho órgano necesariamente repercutirán en el referido pacto y en el arbitraje propiamente tal. Del mismo modo, y sea cual sea el procedimiento concursal de que se trate, la ley no aporta mayores pautas en cuanto a la forma, oportunidad y a la sede preliminar en que debe iniciarse el procedimiento arbitral, incluso antes del *receptum arbitrii* que da inicio a su fase jurisdiccional. Tampoco precisa qué materias concretas podrán ser conocidas por el árbitro, de cara a un procedimiento caracterizado por la existencia de normas imperativas, partiendo por las que regulan la apertura del concurso.

En suma, la muy escueta regulación que ofrece la LC en esta materia genera una serie de dificultades, que complotan contra la efectiva aplicación del instituto arbitral en este ámbito. Para la integración de los vacíos de esta normativa, además, el intérprete debe recurrir supletoriamente a las normas, criterios y principios de un sistema de arbitraje interno insalvablemente vetusto, lo que lejos de simplificar el panorama, lo enrarece y complica todavía más.

Todos estos aspectos, que nos parecen de la mayor relevancia, serán abordados en este trabajo. Para ello, debe aclararse desde ya que la LC se refiere al arbitraje en una triple vertiente: (a) Al regular uno de los efectos inmediatos de la resolución de liquidación, conocido como “acumulación de juicios”, y que regula –en lo que aquí concierne– los alcances de la *vis attractiva* de dicha resolución de cara a los arbitrajes iniciados y por iniciar al

³ Sobre el particular, JEQUIER (2017) pp. 453-498.

⁴ La Historia de la Ley N° 20.720 no ofrece tampoco antecedentes que permitan suplir los vacíos de la ley. Durante el trámite legislativo, el texto enviado al Congreso por el Ejecutivo no experimentó ni una sola modificación, pues, por el contrario, no existió sobre este punto ni un solo comentario y menos alguna discusión parlamentaria. Por lo mismo, el referido texto original terminó siendo ley sin pasar por ningún filtro o revisión, lo que explica las deficiencias del modelo implementado.

momento de su dictación (art. 142 y art. 143 N°s 1 y 2); (b) al regular el arbitraje respecto de los conflictos surgidos durante la tramitación de los procedimientos de reorganización y liquidación en conformidad con el art. 295 inc. 1° LC, lo que constituye una novedad incluso en el ámbito comparado⁵; y (c) como pacto arbitral incorporado en el acuerdo de reorganización propiamente tal, para la solución de los conflictos que surjan con ocasión de la aplicación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento de dicho acuerdo. Siendo así, el análisis que se inicia abarcará principalmente los dos últimos aspectos mencionados, que presentan el mayor número de problemas de interpretación, dedicándole al primero (arbitraje y acumulación de juicios) una breve referencia final.

Debe advertirse, por último, que nos adentramos en un terreno todavía inexplorado en Chile, cuyo análisis está lejos de agotarse en estas páginas.

I. ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE REORGANIZACIÓN

La vocación “pro acuerdos” del procedimiento concursal de reorganización⁶, inspirada en la armonización voluntaria de los intereses en conflicto, constituye un ingrediente especialmente propicio para el arbitraje. El objetivo, en este caso, apunta precisamente a la conservación de la empresa económicamente viable, sobre la base de una concurrencia de voluntades entre el deudor y sus acreedores que, como tal, bien puede articularse a través del arbitraje, una vez dictada la resolución que reorganización por el juez de letras competente⁷. A partir de allí, los derechos que interactúan en el procedimiento, tanto del deudor (que bien puede no perseverar en su propuesta de acuerdo) como de los acreedores (que pueden renunciar libremente a ellos, en todo o parte), son esencialmente disponibles en derecho, factor que legitima al arbitraje como cauce procesal válido para el desarrollo del procedimiento mismo, hasta la resolución firme que declara aprobado el acuerdo (*vid infra*), y también para los conflictos que traigan causa del acuerdo de reorganización propiamente tal y sus efectos.

⁵ En el derecho comparado, el arbitraje ciertamente que no es un aspecto desconocido para el derecho concursal. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones concursales que se refieren al arbitraje lo hacen para definir los efectos que genera el concurso en los pactos arbitrales celebrados por el deudor con terceros, y la suerte que corren los procesos arbitrales ya iniciados. Es el caso, por ejemplo, de los arts. 52 y 53 de la ley española, 22/2003 de 9 de julio. Véase en este sentido a MARTÍN (2014) pp. 31 y ss.; del art. 134 de la ley argentina, N° 24.522 de 20 de julio de 1995, que declara la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor en quiebra; o de los arts. 56 y 57 de la LEY uruguaya, N° 18.387 de 2008. Otras legislaciones, contemplan el arbitraje solo para el caso en que este sea pactado en el Plan o Acuerdo de Reestructuración aprobado, como es el caso del art. 73.1 de la LEY peruana N° 27.809 de 2002, mas no para los conflictos que surjan durante el procedimiento que conduce a esa aprobación, como en la LC chilena actual.

⁶ Sobre este punto: RUZ (2017) t. I, pp. 199 y ss.; JEQUIER (2015) pp. 381 y 382.

⁷ Los efectos y alcances de esta resolución son de orden público, en tanto y en cuanto afectan no solo los bienes y derechos del deudor, sino también los de los acreedores, hayan o no concurrido al procedimiento y al acuerdo mismo (art. 57 N°s 1 y 2, art. 66 y art. 91 LC).

1.1. PACTO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL ÁRBITRO EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL PROPIAMENTE TAL. REORGANIZACIÓN PREVENTIVA Y ALZATORIA

Debe distinguirse, según se dijo, si se trata del arbitraje en el procedimiento de reorganización o de liquidación, y, si en el primer caso, el arbitraje se pacta para el procedimiento concursal propiamente tal y/o como cláusula del acuerdo de reorganización.

1.1.1. *En el procedimiento de reorganización judicial preventiva*

La regla general en materia de arbitraje se contiene en el art. 295 inc. 2° LC, que establece el presupuesto fundamental en esta materia: el arbitraje concursal es siempre y necesariamente voluntario⁸.

A su vez, el art. 296 inc. 4°, refiriéndose a la arbitrabilidad material, establece una fórmula amplia y particularmente imprecisa, al señalar que “La competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”.

Por tanto, de las disposiciones referidas se desprenden las siguientes reglas y conclusiones:

a) La iniciativa para someter el procedimiento concursal de reorganización a arbitraje reside en el deudor, pues es este quien debe presentar los antecedentes del art. 56 LC. Dicha iniciativa debe venir acompañada del apoyo de acreedores que representen a lo menos la mayoría absoluta del pasivo del deudor, declarado por este y certificado en los términos del art. 56 N° 4.

b) Según la misma norma, además, el apoyo referido debe constar en “cartas” emitidas por tales acreedores, sin mayor precisión, en las que deberá acreditarse al menos la identidad del acreedor y, en su caso, de su representante legal; las facultades de este último para celebrar pactos arbitrales; y el monto del crédito respectivo y su porcentaje dentro el pasivo total.

Debe considerarse, con todo, que estas “cartas” son solo manifestaciones preliminares de apoyo, dadas por acreedores que no han pasado aun por el filtro de la objeción e impugnación de créditos. Este factor, por tanto, plantea un primer problema que la ley no resuelve, pues, siendo el pacto arbitral el resultado de un acuerdo de voluntades, el nacimiento y la subsistencia del mismo quedan condicionados aquí por dos factores distintos:

i. Que el juez de letras competente dicte efectivamente la resolución de reorganización:

No lo dice explícitamente la ley, pero no puede ser de otra forma, atendidas las consecuencias de orden público que produce la sentencia de reorganización. Así se desprende, por lo demás, del art. 296 inc. final LC: “Si el Acuerdo de Reorganización Judicial fuere rechazado en los términos previstos en el artículo 96 de esta ley, el árbitro remitirá el expediente al tribunal competente que dictó la Resolución de Reorganización”.

En consecuencia, si la referida resolución no llega a dictarse, el pacto arbitral no llegará tampoco a perfeccionarse, lo que constituye una muy particular figura en cuanto a la formación y perfeccionamiento del consentimiento en dicho pacto.

⁸ Así lo destaca TORRES (2014) pp. 447 y ss.

ii. Que una vez dictada la resolución de reorganización judicial o la de reorganización simplificada (art. 106 LC), se mantenga el quórum legal establecido en el art. 295 inc. 2º; o dicho de otra forma, que dicho quórum no disminuya como resultado de eventuales objeciones e impugnaciones de créditos.

Se genera aquí, por tanto, una situación contradictoria no resuelta en la ley, pues el árbitro deberá resolver impugnaciones de las cuales depende, eventualmente, que se mantenga el quórum que origina su nombramiento. No es el caso, entiéndase bien, en que el árbitro resuelve sobre su propia competencia y sus alcances materiales (principio de *kompetenz-kompetenz*⁹). Se trata, por el contrario, de una situación en que el acuerdo de voluntades de las partes, planteado bajo esta fórmula del apoyo epistolar inicial, constituye un sinalagma apenas preliminar, *prima facie* o condicionado, que bien puede diluirse y desaparecer luego por efecto de la objeción o impugnación de créditos y la consiguiente disminución sobrevenida del pasivo mínimo que exige el art. 295 inc. 2º. Tampoco puede asimilarse esta situación a aquellos acuerdos adoptados en junta de acreedores, con la intervención de acreedores cuyos créditos no han sido reconocidos, pero que han sido autorizados judicialmente (art. 190 LC), pues en tales casos existe una expresa resolución judicial que valida lo actuado por aquellos en junta, aun cuando sus créditos pierdan luego su condición de tales, total o parcialmente. Tratándose del pacto arbitral, en cambio, surgido de esta particular figura del apoyo por carta, no existe tal homologación judicial.

b) La competencia del árbitro se extingue, de pleno derecho, si la propuesta de acuerdo de reorganización se rechaza por los acreedores.

Nótese, con todo, que el art. 296 inc. final LC hace explícita referencia al art. 96, que, a su turno, plantea la posibilidad de que la junta de acreedores que rechaza la propuesta permita, con quórum especial, que el deudor presente una nueva propuesta, en cuyo caso la competencia del árbitro se extenderá igualmente.

1.1.2. En el procedimiento concursal de reorganización judicial alzatoria

En conformidad con el art. 200 N° 2 LC, durante el procedimiento concursal de liquidación la Empresa Deudora (ED) podrá presentar “proposiciones de Acuerdos de Reorganización Judicial en los términos del Capítulo III y del Párrafo 5 del Título 5 del Capítulo IV de esta ley”, las que serán materia de junta extraordinaria de acreedores. El art. 257, a su turno, aclara que dichas propuestas podrán presentarse “una vez notificada la nómina de créditos reconocidos”, y que serán aplicables en tal caso “las disposiciones contenidas en el Capítulo III de esta ley, en lo que fuere procedente y en todo lo que no se regule en las disposiciones siguientes”.

Por lo anterior, todo lo dicho respecto del procedimiento concursal de reorganización preventiva, y lo que se dirá en los apartados que siguen, se aplica *mutatis mutandis* al arbitraje concursal en este contexto de acuerdo alzatorio, que pone fin al estado judicial de

⁹ Este principio, conocido también como principio de la “competencia de la competencia” o “competencia por competencia”, tuvo su origen en la jurisprudencia alemana de mediados del siglo pasado y postula, básicamente, que los árbitros son plenamente competentes para determinar el preciso alcance y validez del pacto arbitral, como asimismo para definir su propia competencia para conocer de un conflicto. Véase en este sentido, VÁSQUEZ (2010) p. 182; PEREZNIETO y GRAHAM (2007) p. 244.

liquidación concursal. En consecuencia, en este caso el deudor deberá incluir también, en su propuesta de acuerdo de reorganización, una cláusula adicional de compromiso, que deberá ser votada por la junta de acreedores en la oportunidad que señale el juez del concurso (art. 257 inc. final y art. 258).

1.2. PACTO ARBITRAL RESPECTO DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN: RECHAZO DE LA PROPUESTA DE ARBITRAJE Y SUS EFECTOS EN LA(S) PROPUESTA(S) DE REORGANIZACIÓN

Se refiere a esta segunda vertiente arbitral el art. 68 LC. En este caso, el pacto arbitral se origina en una propuesta de arbitraje que hará el deudor, como parte de aquella a que se refiere el art. 57 N° 4 LC, y deberá ser aprobada conjuntamente con esta. Asimismo, la ley permite que dicha propuesta de pacto arbitral se plantee solo para algunas o algunas de las clases o categorías de acreedores, indistintamente.

Llegados a este punto, sin embargo, surgen nuevamente algunas dudas respecto de dos aspectos en particular, que pueden plantearse a partir de las siguientes interrogantes:

a) ¿Es factible que la junta de acreedores acepte el acuerdo de reorganización propiamente tal y que rechace a su vez la propuesta de arbitraje, sin que por ello se entienda rechazada la propuesta en general?

b) Si la propuesta se hace por clase o categoría de acreedores (art. 61 LC); ¿Es aplicable lo dispuesto por el art. 79 inc. final LC, en caso de que en alguna de esas categorías se rechace el pacto arbitral?

Para responder estas interrogantes, debe aclararse que en Chile la doctrina¹⁰ y la jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por considerar al convenio arbitral como un todo independiente del contrato principal, entendiéndose por tal, para estos efectos, aquel que trae incorporada material u objetivamente una cláusula arbitral que no depende, sin embargo, de un vínculo de accesoriadad con el primero. Por ello, y fundándose básicamente en el carácter judicialista que se le asigna en Chile a la figura del “juez árbitro”, la jurisprudencia mayoritaria ha aceptado la competencia arbitral para conocer sobre la eventual inexistencia o nulidad del contrato principal, aun cuando no han faltado opiniones en contrario¹¹. Tal criterio, además, tenía un expreso reconocimiento en el art. 178 inciso final LQ, que reconocía la competencia del árbitro para declarar la nulidad del respectivo convenio judicial preventivo en el que se contenía el respectivo compromiso.

En la actualidad, además, la distinción material entre el pacto arbitral y el contrato con el cual se relaciona está claramente asentada en la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Co-

¹⁰ Pereira se refiere al punto al comentar la relación existente entre un Pacto de Accionistas y la cláusula compromisoria incorporada al mismo, lo que resulta perfectamente aplicable al compromiso: “...en cambio, la citada cláusula (compromisoria) tiene denominación propia, naturaleza procesal y regulación en las normas ya invocadas de los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil... Por consiguiente, la cláusula compromisoria tiene índole jurídica específica diferente del negocio substancial del cual surge el conflicto o desacuerdo que se somete a la jurisdicción arbitral. Esta su autonomía es un obstáculo a su consideración como pacto accesorio del negocio material...” (El paréntesis es propio). PEREIRA (1993) p. 10. En el mismo sentido se pronuncia Puelma, al señalar que “...el contrato de compromiso, sea expreso o tácito, es un acto jurídico independiente y principal, distinto del contrato de sociedad y la eventual nulidad de este último, no acarrea la ineficacia del compromiso”. PUELMA (2000) p. 395.

¹¹ En este sentido, MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996). Hay dos votos en contra.

mercial Internacional –LACI–, de manera que, como señala Sandoval “nada impide que la Ley N° 19.971, que disciplina el arbitraje comercial internacional, pueda ser aplicada en arbitrajes nacionales o que pueda servir de inspiración a los árbitros y a los tribunales, para interpretar progresivamente la normativa interna sobre la materia, que, como sabemos, está bastante obsoleta”¹².

Aclarada, entonces, la completa autonomía del pacto arbitral en cuanto tal, las respuestas a las interrogantes planteadas *supra* surgen espontáneamente:

a) Si la junta de acreedores acepta los términos de la propuesta de reorganización, más no el pacto arbitral, el acuerdo será perfectamente válido y producirá todos sus efectos legales, en el entendido que ambos, Acuerdo y Pacto arbitral, son cuerpos enteramente autónomos e independientes entre sí.

b) Si se trata de propuestas por clase o categoría de acreedores:

i. La aceptación del pacto arbitral planteado para una o más de ellas no es condición de la aprobación del Acuerdo de reorganización en su conjunto.

ii. El rechazo del pacto arbitral, por alguna de las clases o categorías de acreedores, implica que los conflictos que surjan durante la ejecución del Acuerdo deberán someterse a la justicia ordinaria¹³.

1.3. ARBITRAJE E IMPUGNACIÓN DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

Relacionado con lo anterior, otro punto que genera dudas consiste en determinar si la impugnación del acuerdo de reorganización puede ser conocida y resuelta por el árbitro concursal.

La ley, nuevamente, guarda completo silencio sobre este punto, limitándose a fijar el ámbito competencial del árbitro mediante la fórmula ambigua e imprecisa del art. 296 inc. 4º, ya citado: “La competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”.

La LC no precisa, entonces, en qué momento o a partir de qué hito procesal debe entenderse que el procedimiento de reorganización se encuentra concluido, lo que constituye una omisión relevante si se considera que la competencia del árbitro está circunscrita precisamente a la materias e incidentes que surjan durante dicho procedimiento, y no después.

Al respecto, ha sido la SIR la que ha debido suplir este notorio silencio legal, al señalar que un procedimiento concursal de reorganización se entiende finalizado, entre otros casos, una vez “Ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de Reorganización”¹⁴, en los términos del art. 89 LC. Según este criterio, por ende, y considerando que la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de reorganización coincide con aquella que desecha las impugnaciones que se hayan planteado en su contra (art. 89

¹² SANDOVAL (2005) p. 126.

¹³ En igual sentido Contador y Palacios, quienes estiman que si la propuesta es por clase o categoría de acreedores, “no corresponde establecer una cláusula compromisoria reservada solo para resolver las diferencias que se produzcan en una clase o categoría del acuerdo, reservando la judicatura ordinaria para las diferencias que se produzcan en la otra clase”. CONTADOR Y PALACIOS (2015) pp. 90 y 91.

¹⁴ Norma de Carácter General N° 3, de 5 de septiembre de 2014, art. 10.

inc. 2º), nos parece que las referidas impugnaciones forman parte del procedimiento concursal de reorganización y, por tanto, de la competencia que se le entrega al árbitro concursal en el art. 296.

1.4. ARBITRAJE, RESOLUCIÓN Y NULIDAD DEL ACUERDO DE REORGANIZACIÓN

Como se dijo antes, la jurisprudencia mayoritaria en Chile ha aceptado la competencia arbitral para conocer sobre la eventual inexistencia o nulidad del contrato con el cual se vincula el pacto arbitral. No ha faltado la opinión contraria, que no compartimos¹⁵.

En cambio, no se reconoce esa competencia cuando lo impugnado es el convenio arbitral mismo, pues en tal caso la jurisprudencia ha entendido, comúnmente, que los árbitros no pueden conocer sobre la existencia o nulidad del convenio arbitral –compromiso o cláusula compromisoria– del cual surge precisamente su competencia¹⁶. Ante una impugnación en tal sentido –se ha dicho–, el árbitro debería paralizar su gestión como tal, criterio que, sin embargo, desdibuja por completo el principio de asignación competencial de “*Kompetenz-Kompetenz*”. Como apunta Vásquez, dicho principio se encuentra reconocido “a medias” en el ordenamiento jurídico chileno sobre arbitraje interno, pues “el árbitro tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre la validez del contrato del que forma parte la cláusula arbitral, mas no cuando lo afectado es el propio pacto que le confiere competencia”¹⁷.

En suma, la competencia del árbitro no debe analizarse aquí en razón de la materia, pues esta, en términos generales, comprende sin duda el cumplimiento y la validez del contrato respectivo y del pacto arbitral. Lo que debe observarse, entonces, es si dichas materias, de incumplimiento y nulidad del acuerdo de reorganización, se encuentran contempladas en este particular estatuto de arbitraje concursal, lo que nos lleva nuevamente a distinguir:

1.4.1. *En cuanto a la terminación del acuerdo por incumplimiento.*

Según el art. 68 LC, recordemos, podrán someterse a arbitraje las diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre estos, “con motivo de la apli-

¹⁵ Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado: “[...] No resulta procedente declarar que debe un árbitro conocer de un litigio en el que precisamente se discute si existe o si es válido el contrato en que se le ha conferido jurisdicción”. MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996). El mismo máximo tribunal había resuelto antes que el árbitro no es competente para conocer de la nulidad de un contrato de sociedad, si el compromiso del que surge su competencia forma parte de dicho contrato. Dijo en esa ocasión la Corte:

“5º [...] Si bien la cláusula compromisoria puede tener valor por sí sola, ello no quiere decir que si el contrato en que se establece el arbitraje es nulo por falta de consentimiento de las partes, la falta de consentimiento solo puede referirse al pacto social y no a la designación de árbitro.

6º Que el nombramiento de árbitro ha emanado del concierto de voluntades surgido entre dos personas que lo designaron como tal al constituir una sociedad, y si esta convención es inexistente por ser simulada y de mera apariencia, también comprende todas las cláusulas convenidas, entre las cuales figura el nombramiento del árbitro y, por lo tanto, el asunto debe ser decidido por la justicia ordinaria.

[...] 8º Que, en consecuencia, no correspondiendo al árbitro resolver que la escritura social es inexistente por falta de consentimiento de las partes, puesto que en ella aparece su designación que también tendría el mismo vicio, esta cuestión debe ser resuelta por la justicia ordinaria ...” SELMAN D., PEDRO (1967).

¹⁶ Es lo que sostiene también AYLWIN (2005) p. 402.

¹⁷ VÁSQUEZ (2009) p. 216.

cación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento del Acuerdo”. En consecuencia, y por expresa disposición legal, el árbitro será competente para conocer de la acción de incumplimiento del acuerdo, contemplada en el art. 98 LC.

En este punto no existe mayor problema, pues la norma legal es clara. Así lo ha dicho recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago: “5°. Que cabe tener presente que en los Acuerdos de Reorganización se puede estipular una cláusula de arbitraje, que es precisamente lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa, según consta del párrafo IX del Acuerdo de Reorganización respectivo, que corre a fojas 100 y siguientes de autos, correspondiendo entonces, al árbitro respectivo el conocimiento del cumplimiento o declaración de incumplimiento que se produzca respecto de los contratos considerados en el Acuerdo señalado”¹⁸.

1.4.2. En cuanto a la nulidad del acuerdo

Las dudas retornan nuevamente en este caso, pues, a diferencia del incumplimiento, no existe aquí una norma legal que declare explícitamente la competencia del árbitro concursal, para conocer de la acción de nulidad del Acuerdo. Por el contrario, el art. 68 no menciona siquiera al árbitro concursal, lo que llevaría a concluir que la ley ha querido dejar esta materia extramuros de esta alternativa jurisdiccional.

Por otro lado, el art. 295 LC circunscribe el arbitraje a “los Procedimientos Concur-sales de Reorganización y Liquidación”, de manera que, *a contrario*, no podrán someterse a arbitraje (al menos en los términos de esta ley) todas aquellas materias que no formen parte del *iter* procesal de los señalados procedimientos concursales.

A lo anterior se suma, nuevamente, el completo silencio de la LC en cuanto al momento en que termina el procedimiento de reorganización, circunstancia que, como se dijo *supra*, dificulta la formulación de un criterio preciso sobre la extensión de la competencia del árbitro. Ha sido la SIR, reitero, la que ha tenido que llenar por vía interpretativa el vacío legal en este punto, al señalar que un procedimiento concursal de reorganización se entiende finalizado una vez ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el Acuerdo de Reorganización; planteamiento que, visto siempre a la luz de los arts. 295 inc. 1° y 296 inc. 4° LC, llevaría a concluir que el árbitro concursal carece de competencia para conocer de la nulidad del acuerdo, pues tal materia tendrá lugar, necesariamente, una vez concluido el procedimiento concursal de reorganización.

Pero las omisiones y la improvisación de la ley no terminan aquí y, por el contrario, se complican todavía más:

En conformidad con el art. 68, pues, las acciones de nulidad y de incumplimiento del Acuerdo de reorganización se sujetarán al procedimiento del juicio sumario “y será competente para conocer de estas acciones el tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”, declaración que, nuevamente, nos enfrenta a la disyuntiva de determinar a qué “tribunal” se refiere la norma. Y el panorama se enrarece todavía más, pues, en diversas disposiciones, la LC parece distinguir entre “tribunal” y “árbitro”, asimilando el primer concepto únicamente con los tribunales ordinarios de letras (*v. gr.* arts. 68 inc. final, 295 inc. 2° y 296

¹⁸ COMERCIAL DE VALORES S.A. LEASING CON ANTONIO CRESPO LEMUS (2018)

inc. final), mientras que en otras, en cambio, no hace tal distinción, refiriéndose en términos genéricos al “tribunal” y a materias que pueden ser conocidas tanto por el juez ordinario como por un árbitro. Así ocurre, por ejemplo, con la cuenta final de la administración concursal y la designación del tribunal que debe conocer de ella y de las eventuales objeciones (art. 2 N° 11, en relación con el art. 296 inc. 4°), con el sistema recursivo que establece el art. 4 (que, aunque se refiere allí al “tribunal”, resulta aplicable tanto al juez ordinario como al árbitro), con el régimen de notificaciones (art. 6), etc.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en Chile prima aun la tesis jurisdiccionalista del arbitraje¹⁹, sustentada principalmente en la terminología que utiliza el art. 222 COT en materia de arbitraje interno (“...se llaman árbitros los jueces...” y en lo que disponen los artículos 76 y 77 de la Constitución Política de 1980 –CP– y el art. 5 del COT. La mayoría de los autores, como también la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores de justicia²⁰, se pronuncian explícita y decididamente por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, afirmando, por ejemplo, que “aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral [...] con las limitaciones que le son propias, y que dicen relación con la falta de imperio [...] no obstante su origen preferentemente privado, los árbitros en nuestro medio son reputados jueces en sentido propio, gozando sus sentencias de mérito ejecutivo sin necesidad de homologación judicial, quedando incluso los árbitros sometidos a ciertos controles propios de todo juez ordinario o especial, como es el caso de la jurisdicción disciplinaria...”²¹. Más aun, una parte de la doctrina ha llegado a sostener incluso que los árbitros forman parte del Poder Judicial²², lo que cierta-

¹⁹ Esta tesis le atribuye al arbitraje una naturaleza esencialmente jurisdiccional, poniendo el énfasis para ello en los efectos que el ordenamiento jurídico le confiere al laudo arbitral y, en concreto, a su fuerza ejecutiva y a la autoridad de cosa juzgada que se le reconoce. Como señala Armenta, “el carácter jurisdiccional queda de manifiesto en que tales efectos [de cosa juzgada] no derivan en modo alguno de la voluntad de las partes, sino directamente “ex lege”, lo que se traduce en que lo relevante para esta teoría radica en lo que los árbitros hacen, y no en la forma en que son designados o en el modo como adquieren sus facultades”. ARMENTA (2004) p. 610.

²⁰ Así lo ha entendido la Corte Suprema, al señalar por ejemplo que “El arbitraje voluntario es una especie de jurisdicción establecida en la ley...”, agregando luego que “El Código Orgánico de Tribunales consulta entre las diversas categorías de jueces a los árbitros, y reconoce en ellos una de las formas de jurisdicción establecidas para la resolución de determinados asuntos...” Corte Suprema, 17 de octubre de 1955, *RDJ*, LII, 2° parte, secc. 1°. La Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado a su turno que los jueces árbitros administran justicia y desempeñan por lo mismo “3° [...] una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y solo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se les otorga con el carácter de extraordinaria”. *URRUTIA CON DE LA MAZA* (1986).

²¹ ROMERO (1999) p. 484. La tesis mencionada no es nueva en Chile, pues ya la proponía Ballesteros a fines del siglo XIX. Según este autor, la legislación chilena (se refería obviamente a la Ley de Organización de los Tribunales, cuyo artículo 172 es del todo idéntico al artículo 222 del COT) hace del arbitraje “una jurisdicción”, por lo que las partes debían acatar sus sentencias o laudos como si emanaren de los jueces ordinarios. BALLESTEROS (1890) p. 74. También puede consultarse la obra de ARAVENA (1969) pp. 22 y ss.

²² Así lo dice Picand, al afirmar que los árbitros forman parte del Poder Judicial del Estado, o sea, “del staff de tribunales reconocidos por la ley”. PICAND (2007) p. 199. En cambio, el mismo autor ha dicho, en otra obra suya, que “los árbitros, como antes de administración de justicia que son, no forman parte del Poder Judicial

mente no es correcto. En favor de esta tesis, que no compartimos²³, se pronuncian también Silva²⁴, Pereira²⁵ y Rodríguez²⁶.

Distinta es la situación tratándose del arbitraje comercial internacional regulado en la LACI, pues allí se hace un claro distinguo entre el juez como órgano estatal y el “tribunal arbitral”, proscribiéndose además toda y cualquier injerencia de los tribunales ordinarios de justicia respecto del mérito o contenido sustantivo de la decisión del árbitro, incluyendo la vía del recurso de queja (art. 5 LACI). La misma ley, además, habla indistintamente de árbitro y de “tribunal arbitral”, concepto este último que significa “tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros” (art. 2, letra b, LACI).

En conclusión, y reiterando no obstante la improvisación de la LC en esta materia, cuando el art. 99 inc. 1° habla del “tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”, entendemos que lo hace en los mismos términos extensivos ya dichos, que incluyen por cierto al árbitro concursal y que, por tanto, lo hacen perfectamente competente para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de reorganización.

II. ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

En esta parte, la LC da un paso determinante e incluso pionero en el ordenamiento jurídico, que reafirma además la concepción privatista del Derecho concursal chileno: la incorporación del arbitraje concursal no solo para el procedimiento y Acuerdo de reorganización (pues, como ya se dijo, también en la LQ existieron algunas disposiciones aisladas sobre arbitraje en materia de convenios), sino como cauce procesal idóneo respecto del procedimiento concursal de liquidación.

Tradicionalmente, la posibilidad de someter a arbitraje materias relacionadas con la quiebra ha sido negada en Chile, dadas las consecuencias de orden público –y por tanto indisponibles– que genera su declaración. Como apunta Vásquez, “el Derecho concursal tiene por finalidad asegurar la concentración de todo el contencioso referente al concursado, evitando así, cualquier ruptura de la igualdad entre los acreedores, razón por la que se evidencia un interés público innegable que colisiona, por dicha razón, con el arbitraje como método de resolución de conflictos, por cuanto, en función de los intereses que pro-

del Estado, y en ese sentido, no poseen un sistema normativo preestablecido que les indique de manera clara y precisa cómo deben dirigir el proceso arbitral [...]”. PICAND (2005) p. 10.

²³ La exégesis de las normas constitucionales y legales en que se apoya este criterio jurisdiccionalista llevan a concluir, por el contrario, que los árbitros no forman parte del Poder Judicial ni tienen, siquiera, el carácter de jueces especiales o extraordinarios. Son, precisamente, “árbitros”. Para más antecedentes sobre la naturaleza jurídica del arbitraje puede consultarse a JEQUIER (2013) pp. 157 y ss.

²⁴ SILVA (2014) p. 95.

²⁵ PEREIRA (1993) p. 242.

²⁶ RODRÍGUEZ (2004) p. 265. Según este autor, “Los árbitros son jueces que se insertan en el sistema judicial chileno, designados por las partes con facultades para ellos, y que integran, por lo tanto, un Poder del Estado (el Poder Judicial).”

tege, esta materia está reservada de manera exclusiva y excluyente para ser conocida por tribunales ordinarios²⁷.

La cuestión a resolver, entonces, es si este nuevo planteamiento normativo ha venido a suprimir el criterio anterior, por mandato expreso del art. 295 LC, pues, si así fuese, estaríamos ante una notoria afectación de uno de los pilares esenciales del arbitraje como institución: la disponibilidad en derecho de las materias arbitrables.

1. ARBITRAJE Y DISPONIBILIDAD DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SUJETOS A CONCURSO

Para responder a esta interrogante, una primera mirada debe ponerse en la naturaleza de los intereses involucrados en el conflicto que la ley permite someter a arbitraje, pues, en la medida que aquellos superen el puro ámbito de lo disponible para las partes, el arbitraje (o, mejor dicho, lo que verdaderamente es el arbitraje) quedará excluido como cauce procesal válido (y en tal caso, la regla competencial del art. 296 inc. 4° LC se aplicaría solo en la medida que los intereses en conflicto sean disponibles para los contendientes). Por el contrario, si consideramos que tales derechos subjetivos –y el cauce de solución de los conflictos que generan– son disponibles para las partes, la conclusión será precisamente la contraria.

Planteado así el problema, la respuesta debe abordarse desde una doble perspectiva.

1.1. *El sistema concursal chileno se basa en una concepción privatista del concurso*

Lo primero que debe destacarse es la marcada filiación privatista del sistema concursal chileno²⁸, pues, a fin de cuentas, los intereses públicos comprometidos en el concurso, mencionados *supra*, quedan supeditados a la decisión de los acreedores, en el entendido que son estos quienes determinan, en último término, si sus créditos se pagarán en un contexto de reorganización o de liquidación. Por lo mismo, en esta concepción privatista la preservación de la empresa en funcionamiento –y con ello los incentivos de rescate que pueda poner el legislador– no mira a la situación del empresario en sí, sino al valor económico de aquella en cuanto elemento primordial del análisis que habrán de realizar los acreedores –y solo ellos– de cara a las opciones de rescate o liquidación. Dicho de otra forma, no existe en el sistema concursal chileno un “principio de conservación de la empresa”, sino uno de conservación de la empresa “económicamente viable”, pues, como apunta Goldenberg, “(l) a sobrevivencia de la unidad económica solo tendrá sentido en cuanto los propios acreedores determinen que se trata esta 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 elementos, sino en una situación coyuntural o en errores administrativos por completo reversible²⁹”. Ejemplos concretos de esta noción privatista del Derecho concursal chileno son las actuales

²⁷ VÁSQUEZ (2009) p. 513. En España, por todos, PERALES (2005) pp. 3061-3086 (en particular pp. 3063-3065). En igual sentido Bordachar, quien, refiriéndose al régimen concursal imperante durante la derogada LQ, señalaba de “Quiebra y arbitraje no se entienden”, agregando que “mientras que en la Quiebra hay intereses colectivos que custodiar –acreedores, terceros, comunidad–, el arbitraje solo entiende resguardar una relación jurídica particular, que es la de las partes que suscribieron el acuerdo de arbitraje”. BORDACHAR (2010) p. 521.

²⁸ JEQUIER (2019) pp. 48 y ss.

²⁹ GOLDENBERG (2013) pp. 26 y 27.

Leyes N° 20.416 (artículo undécimo) y N° 20.720, esta última marcada, además, por una notoria tendencia hacia la intervención jurisdiccional mínimamente invasiva, reflejada en un régimen recursivo fuertemente restringido (art. 4° de la LC), en plazos procesales brevísimos, en audiencias verbales y únicas para resolver cuestiones de especial complejidad, en la restricción de los incidentes (art. 5° de la ley), etc.

1.2. *El arbitraje concursal no alcanza materias de orden público*

Por otra parte, el art. 295 inc. 4° LC tiene especial cuidado al señalar que, en cualquier caso, es el juez de letras competente y no el árbitro quien dicta la respectiva resolución de liquidación, la que se transforma por lo mismo en un presupuesto indispensable para la ulterior intervención del árbitro. Según la disposición referida, “En el Procedimiento Concursal de Liquidación, la Junta Constitutiva referida en el artículo 193 de esta ley o cualquier Junta posterior podrá acordar, con Quórum Especial, someterse a arbitraje, designar a los árbitros titular y suplente, y fijar sus honorarios”, juntas que, como es evidente, son una consecuencia de la declaración judicial previa del concurso.

De esta forma, entonces, los efectos inmediatos y retroactivos de la resolución de liquidación son el resultado de una expresa declaración judicial, de la que parte y en la que se asienta la labor del árbitro concursal. Y no podría ser de otra forma, además, considerando que ni el deudor ni los acreedores están facultados para someter a arbitraje materias de las que no disponen y que superan largamente la pura esfera de sus intereses individuales. Como apunta Bordachar, “tras la declaración de quiebra hay varios intereses involucrados [...], el interés del propio deudor insolvente, así como el de los acreedores de este, pero también están involucrados los de terceros, a quienes las acciones revocatorias podían alcanzar y, además, un interés general de la comunidad por el resultado de la situación de insolvencia del deudor”³⁰.

El interés público involucrado en la declaración judicial de dicho estado jurídico-patrimonial, por tanto, no resulta alcanzado por el arbitraje ni integra el ámbito de arbitrabilidad material que la ley le asigna, pues, como se acaba de señalar, este viene delimitado por el propio legislador para materias y pretensiones que sí son disponibles en derecho (determinación del pasivo y sistema de objeción e impugnación de créditos, derecho de voto, preferencias, repartos, ejercicio y tramitación de acciones revocatorias concursales [en la medida que el tercero demandado consienta en el arbitraje], impugnación de la cuenta del liquidador, oposición a la realización simplificada o sumaria del activo, etc.).

2. ARBITRAJE E IMPERATIVIDAD DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN

Relacionado con lo anterior, otro aspecto a considerar, de cara a la viabilidad del arbitraje en un contexto de liquidación concursal, es el carácter imperativo de las normas legales que regulan dicho procedimiento, en sus vertientes forzosa y voluntaria.

El arbitraje, desde sus primeras manifestaciones históricas como mecanismo de solución heterocompositiva de conflictos con relevancia jurídica, tiene su fuente en la li-

³⁰ BORDACHAR (2010) pp. 519 y 520.

bertad de las personas y en la autonomía de la voluntad que el ordenamiento jurídico les reconoce en la actualidad, mediante normas de rango fundamental³¹. En lo que concierne al derecho concursal, sin embargo, y a diferencia de lo que ocurre por regla general con el derecho contractual, la libertad de los intervinientes (deudor, acreedores y terceros interesados) y el libre juego de voluntades se ven restringidos por el ordenamiento jurídico desde el momento mismo en que se dicta la resolución de liquidación (arts. 130, 134, 135, 136, 137, 139, 140 y 287 y ss. LC, entre otros), pues, a partir de ese momento y durante todo el procedimiento concursal, el ejercicio de los derechos de las partes involucradas queda sujeto a –y delimitado por– los efectos de la insolvencia del deudor y la comunidad de pérdidas que esta genera. Esta convivencia forzada de intereses, por tanto, condicionada por la imposibilidad de pago por medios normales, justifica la intervención del Estado en un ámbito originalmente reservado a la autonomía de la voluntad (las relaciones particulares de crédito entre el deudor y sus distintos acreedores), la que se ve desplazada –al menos en una concepción orgánica del concurso– por normas imperativas que aspiran a coordinar esos intereses y a mitigar el impacto de la insolvencia, en cuanto fenómeno generador de un escenario jurídico-económico excepcional caracterizado por la asimetría de la información y la diversidad del colectivo de acreedores.

La interrogante que surge aquí, entonces, consiste en definir hasta qué punto esas normas de orden público afectan la arbitrabilidad material del conflicto concursal; o dicho de otra forma: ¿puede considerarse al arbitraje como un mecanismo idóneo para resolver aquellas controversias surgidas en el marco del procedimiento de liquidación, regulado por normas de *ius cogens* o de derecho necesario? Y de ser así, ¿cuáles son los límites procesales y materiales que debe observar el árbitro en el desempeño de su función jurisdiccional?

Aclaremos, en primer lugar, que la sola circunstancia de que una materia se encuentre regulada por normas imperativas o de *ius cogens* no excluye, en modo alguno, la posibilidad de someter la solución de las controversias que surjan en ese entorno a árbitros, pues el concepto de imperatividad de la norma jurídica no es en modo alguno asimilable con su indisponibilidad en Derecho, ni viceversa. Tal postulado, si bien tuvo acogida en un sector autorizado de la doctrina mercantilista española³², parece hoy un tanto simplista³³, considerando las consecuencias que conllevaría su aplicación extensiva a los diversos espectros del Derecho privado, bien surtido de normas imperativas. Sin embargo, no solo la doctrina recién mencionada defendió en su momento la tesis mencionada, sino también la jurisprudencia, de lo que son muestra clara las sentencias del Tribunal Supremo español de 15 de octubre de 1956, de 27 de enero de 1968, de 21 de mayo de 1970 y de 15 de octubre de 1971³⁴. Todas ellas, en fin, sirvieron de base para consolidar jurisprudencialmente una

³¹ Como señala el Tribunal Constitucional español, “el arbitraje solo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”. En otros términos, el mandato del árbitro, del cual se derivan sus atribuciones para dirimir las disputas sometidas a su conocimiento, “tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia”. STC, 1993/259.

³² Por todos GARRIGUES (1976) pp. 647 y 648.

³³ CARAZO (1998) p. 1214, nota 3.

³⁴ Citadas por VICENT CHULIÁ (1998) pp. 9360 y 9361.

tendencia abiertamente contraria al arbitraje, nutrida por –y arraigada en– la existencia de normas imperativas o de Derecho necesario, no susceptibles de modificación y mucho menos de derogación por los particulares.

Según esto, en fin, la opción arbitral para la solución de las controversias de relevancia jurídica estaría vedada a las partes en la mayoría de los casos (particularmente el concursal o el societario mercantil, para poner otro claro ejemplo), por la sola circunstancia de originarse en materias reguladas por normas de derecho necesario, lo que no parece acertado. Al optar las partes por el arbitraje no están disponiendo de norma sustantiva alguna, sino solo de la vía procesal para resolver una controversia³⁵, de manera tal que no existe allí ningún conflicto entre los conceptos de imperatividad normativa y disponibilidad en Derecho. En el arbitraje, como sostiene Gómez³⁶, no hay transacción ni renuncia al ejercicio de una acción, “sino sustitución de su tramitación en la vía judicial por la arbitral, por lo que el arbitraje solo afecta al modo o procedimiento de resolución de la controversia.” Por ello, los acreedores y el deudor, al optar por el arbitraje para resolver los conflictos que surgen durante el procedimiento, una vez dictada la resolución de liquidación por el juez de letras competente, no están renunciando a las normas imperativas que regulan el señalado procedimiento ni de la ley aplicable al fondo, sino únicamente del camino procesal que seguirán para resolver esos conflictos³⁷.

3. ARBITRAJE Y EFECTO INMEDIATO DE ACUMULACIÓN DE JUICIOS

Uno de los efectos inmediatos de la declaración judicial del estado concursal de liquidación concursal, derivado de la *vis attractiva* que genera dicha resolución, consiste en la acumulación de juicios ante el tribunal del concurso, en los términos del art. 142 LC. Según esta norma, y como regla general, todos los juicios civiles pendientes contra el deudor ante otros tribunales, de carácter patrimonial y que interesen por tanto a la masa, “se acumularán al Procedimiento Concursal de Liquidación”, mientras que, los que se inicien con posterioridad a la notificación de la resolución de liquidación, “se promoverán ante el tribunal que esté conociendo del Procedimiento Concursal de Liquidación”.

Queda por definir, entonces, cuál será el tribunal que habrá de conocer de dichos procesos judiciales, para el caso en que se pacte arbitraje en el concurso, pues, nuevamente, la ley guarda completo silencio en este punto.

Para responder a esta interrogante, debe reiterarse que el art. 296 inc. 4º LC circunscribe el ámbito de arbitrabilidad material a “todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”, circunstancia que traslada el análisis al contenido mismo

³⁵ FERNÁNDEZ DEL POZO (1995) p. 6928 y ss.

³⁶ GÓMEZ PORRÚA (2002) p. 1965.

³⁷ Así lo señala Campo Villegas, refiriéndose a la impugnación de los acuerdos adoptados por la junta de accionistas en la sociedad anónima, como materia regida también por disposiciones imperativas: “[...] cuando los socios someten a arbitraje el tema de la validez o nulidad de los acuerdos sociales no renuncian a su derecho o facultad de impugnarlos; ni se transige ni se renuncia el derecho o facultad sustantivos de impugnar el acuerdo; tan solo se dispone de la vía procedimental. No hay ninguna disposición sobre el derecho de impugnación; el convenio arbitral únicamente sustituye el cauce jurisdiccional por la vía arbitral”. CAMPO VILLEGAS (1998) p. 338.

de tales procedimientos; o dicho de otra forma, se trata de determinar si los juicios acumulados forman parte o no del procedimiento de liquidación, y si aquellos son necesarios para la tramitación de este último.

En este sentido, y como primera observación, debe aclararse que la acumulación de juicios, de que habla el art. 142 LC, no es asimilable a los efectos de la acumulación procesal o “acumulación de autos”, regulada en los arts. 92 y ss. del CPC. En esta última, todos los juicios acumulados, tramitados en instancias análogas y con sujeción a una misma clase de procedimiento, pasan a formar un solo proceso, que termina en una sola y única sentencia. En la acumulación concursal, en cambio, no existe una “fusión” semejante: se trata, a fin de cuentas, de una regla de competencia objetiva, en donde el tribunal del concurso resulta competente para conocer de todos los juicios de relevancia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado, con las excepciones que la misma ley establece³⁸.

De lo anterior se desprende, entonces, que los juicios acumulados al concurso no forman parte del mismo ni resultan “necesarios” para su tramitación, pues, como ya se dijo, aquellos siguen por carriles separados y procesalmente independientes. Por ello, los juicios iniciados con anterioridad a la notificación de la resolución de liquidación, que según el art. 142 deben acumularse al concurso, no quedan comprendidos dentro del marco competencial que fija el art. 296 inc. 4° LC, los que deberán seguir su tramitación ante el juez que dictó la señalada resolución.

En cuanto a los juicios por iniciar, posteriores a la notificación de la resolución de liquidación, en cambio, nos parece que la redacción del art. 142 LC tolera perfectamente la arbitrabilidad de los mismos, al señalar que dichos procesos “se promoverán ante el tribunal que esté conociendo del Procedimiento Concursal de Liquidación”; y hemos dicho, pues, que el término “tribunal”, que utiliza aquí la norma legal, debe entenderse en un sentido amplio, comprensiva por tanto del arbitraje concursal.

CONCLUSIONES

La LC contempla un estatuto amplio sobre arbitraje concursal, con un enfoque que resulta novedoso no solo en el ámbito del derecho chileno, sino también del derecho concursal comparado. Se crea, para ello, un sistema de arbitraje enteramente voluntario y de doble vertiente, según se trate del procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, que eventualmente puede alcanzar incluso a los terceros demandados en el caso de las acciones revocatorias concursales, siempre y cuando estos consientan en el arbitraje³⁹. No se extiende la competencia del árbitro a materias de carácter sancionatorio o infraccional,

³⁸ El mecanismo de la LC chilena es distinto al que contemplan otros ordenamientos. Para la LC española, por ejemplo, el juez del concurso está obligado a asumir la competencia de los juicios iniciados con posterioridad a la declaración del concurso, mientras que, respecto de los anteriores, asumirá su conocimiento si lo estima necesario y conveniente a los intereses del concurso (art. 51 Ley 22/2003, de 9 de julio). Sobre esta materia puede consultarse a HERNÁNDEZ (2012) pp. 673 y ss.

³⁹ No es posible hablar aquí de ultraactividad o de un efecto extensivo del pacto arbitral a los –mal llamados– “terceros no signatarios del pacto”, pues en este caso este surgirá siempre con posterioridad a la celebración del acto o contrato objeto de revocación y, además, en un contexto completamente distinto.

como ocurre por ejemplo con el incidente de remoción a que se refiere el art. 337 N° 7 LC, pues ello, amén de no estar relacionado directamente con el fundamento ontológico de los procedimientos de reorganización y liquidación, involucra el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y, por tanto, una materia indisponible para las partes.

En la concreción normativa del arbitraje concursal, sin embargo, la ley ha sido particularmente parca en cuanto al desarrollo del proceso arbitral –partiendo por la celebración del pacto arbitral– y la competencia material y subjetiva del árbitro, lo que plantea una serie de interrogantes cuya respuesta, además, no puede buscarse simplemente en la aplicación supletoria de las normas comunes sobre arbitraje interno. Estas, además de anacrónicas, no han sido concebidas para un escenario concursal ni, por ende, para un procedimiento de carácter universal que, además de atraer hacia sí otros tantos procesos civiles del deudor, inicialmente autónomos (*vis atractiva*), aglutina y coordina una diversidad de intereses contrapuestos, que resultan afectados por la insolvencia. Tal circunstancia, por tanto, se traduce en la necesidad de ajustar el examen de arbitrabilidad del conflicto concursal a las particulares características y fines del proceso concursal, sea este de reorganización o de liquidación, en los términos planteados en el presente texto.

El arbitraje, además, se desenvuelve aquí en un ambiente que le resulta en cierto modo extraño o al menos inusual: siendo un instituto originado en –y justificado por– la voluntad de las partes en conflicto y por la libre disponibilidad de los derechos subjetivos puestos en juego, es situado *ex lege* y sin ninguna delimitación en un escenario –el concursal– caracterizado por la imperatividad de sus normas y por la convivencia forzada de aquel haz de intereses disímiles, cuyo ejercicio se encuentra condicionado por la imposibilidad de pago y, desde allí, por principios indisponibles que trascienden los mecanismos y criterios de la tutela individual del crédito. Sin embargo, no existe incompatibilidad entre la imperatividad de dichas normas legales y la libre disponibilidad de derechos que presupone el arbitraje, pues las partes no renuncian ni disponen de tales normas, sino que optan únicamente por el cauce procesal en el que aquellas deberán aplicarse para la solución de un conflicto sobre materias disponibles.

Todos los aspectos antes mencionados, que la ley no aclara debidamente, han impactado directamente en la eficacia del arbitraje, como herramienta alternativa de solución de los conflictos en este ámbito concursal. Prueba de ello es que, a cinco años de vigencia de la ley, no ha existido ningún procedimiento concursal, de reorganización o liquidación, sometido a arbitraje⁴⁰.

Por último, podría decirse que el arbitraje concursal genera cargas económicas adicionales (honorarios del árbitro) en un contexto de insolvencia que, por el contrario, reclama una economía de costes procesales. Sin embargo, nos parece que este aspecto en particular no es un factor que pueda reprochársele al modelo de arbitraje de la Ley N° 20.720, pues, al consagrarlo como un cauce procesal alternativo enteramente voluntario (como debe ser, por cierto), serán siempre los acreedores y el propio deudor los llamados a optar o no por esa vía, ponderando libremente sus beneficios y contras. Ser trata, en fin, de una decisión económica más, dentro de este esquema general de insolvencia. Las barreras para el despegue del

⁴⁰ Información proporcionada al autor por la SIR mediante Oficio N° 5313, de fecha 17 de abril de 2019.

arbitraje concursal en Chile, por tanto, no son atribuibles al instituto arbitral en cuanto tal, sino, lejos de eso, a las deficiencias de su regulación legal actual, ya analizadas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo (1969): *Naturaleza jurídica del arbitraje* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ARMENTA DEU, Teresa (2004): *Lecciones de Derecho Procesal Civil* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons, segunda edición).
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2005): *El Juicio Arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).
- BALLESTEROS RÍOS, Manuel Egidio (1890): *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Tomo II (Santiago, Imprenta Nacional).
- BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo (2010): “Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una relación imposible?”, en VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (coord.), *Estudios de Derecho Comercial* (Santiago, Abeledo Perrot).
- CARAZO LIÉBANA, María José (1998): “La aplicación del arbitraje a la impugnación de acuerdos societarios en las sociedades de capital. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998)”, *Revista de Derecho Mercantil*, N° 229, julio-septiembre: pp. 1211-1222.
- CAMPO VILLEGAS, Elías (1998): “El Arbitraje en las sociedades mercantiles”, *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 97, N° 2: pp. 313-350.
- CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (2005): “URRUTIA CON DE LA MAZA (1986): Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de agosto”, en *El arbitraje en la jurisprudencia chilena* (Santiago, Cámara de Comercio de Santiago) pp. 80-82.
- CONTADOR ROSALES, Nelson y PALACIOS VERGARA, Cristián (2015): *Procedimientos concursales* (Santiago, Thomson Reuters).
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis (1995): “Sobre la arbitrabilidad de las controversias relativas a la impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General de Derecho*, N° 609: pp. 6913-6957.
- GARRIGUES, Joaquín (1976): *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Vol. I (Madrid, Imp. Aguirre, tercera edición).
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis (2013): “Bases para la privatización del derecho concursal”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20: pp. 9-49.
- GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel (2002): “La cláusula compromisoria estatutaria y su aplicabilidad a la impugnación de acuerdos sociales en las sociedades de capital”, en A.A.V.V., *Derecho de sociedades. Libro Homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Vol. II (Madrid, McGraw-Hill) pp. 1925-1976.
- GUZMÁN FLUJA, Vicente (2004): “De la Competencia de los árbitros”, en A.A.V.V., *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)* (Madrid, Thomson-Civitas) pp. 805-824.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María del Mar (2012): “Capítulo 7. Solicitud de concurso. La solicitud anticipada”, en: A.A.V.V., *Tratado Judicial de la Insolvencia* (Navarra, Aranzadi) pp. 547-678.

- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2011): “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, *Revista de Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2: pp. 453-498.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2015): “Nuevas tendencias para la reorganización de empresas insolventes en la legislación chilena: estatuto jurídico de los acreedores hipotecarios y prendarios en el procedimiento de reorganización judicial preventivo”, en A.A.V.V., *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*, Libro II (Montevideo, Universidad de Montevideo) pp. 381-417.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo (2019): *Curso de Derecho Comercial*, Tomo III, Vol. 1 (Santiago, Thomson Reuters).
- MARTÍN MORAL, Ma. Flora (2014): *El concurso de acreedores y el arbitraje* (Madrid, Wolters Kluwer).
- PERALES VISCASILLAS, Pilar (2005): “Arbitraje y concurso”, en: A.A.V.V., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 3 (Barcelona, Marcial Pons), pp. 3061 a 3086.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo (1993): *Curso de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica Conosur).
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y GRAHAM, James (2007): “El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana”, *Revista Lima Arbitration*, N° 2: pp. 240-249.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2005): *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo (2007): “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral”, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coord.), *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 193-210.
- PUELMA ACCORSI, Álvaro (2000): *Sociedades*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2004): *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999): “Panorama general de la justicia arbitral en Chile”, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 11, N° 3: pp. 483-504.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2007): *El arbitraje interno y comercial internacional* (Santiago, LexisNexis).
- RUZ LÁRTIGA, Gonzalo (2017): *Nuevo Derecho Concursal Chileno*, Tomo I (Santiago, Thomson Reuters).
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo (2005): *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): “La justicia arbitral ante la Constitución”, en: A.A.V.V., *Estudios de Arbitraje* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 89-100.
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPREDIMIENTO (s/f): “Nóminas de Árbitros Concursales”. Disponible en: <http://www.superir.gob.cl/nominas/nominas-ley-n-20-720/nominas-de-arbitros/>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2019.

- TORRES ZAGAL, Óscar (2014): “El arbitraje concursal en la nueva Ley N° 20.720”, en PICAND ALBÓNICO, Eduardo (edit.) *Estudios de Arbitraje. Homenaje a Patricio Aylwin Azócar* (Santiago, Thomson Reuters/Legal Publishing, segunda edición) pp. 445-457.
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2009): *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago, LegalPublishing).
- VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda (2010): “Comprensión del Principio ‘Competencia-Competencia’ y Configuración de la Nulidad o Ineficacia del Acuerdo Arbitral”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15: pp. 181-196.
- VICENT CHULIÁ, Francisco (1998): “El arbitraje en materia de impugnación de acuerdos sociales”, *Revista General de Derecho*, año LIV, Núm. 646-647: pp. 9355-9372.

NORMAS CITADAS

- ESPAÑA, Ley N° 22/2003 (10/07/2003), Ley Concursal.
- CHILE, Ley N° 20.720 (9/01/2014), Sustituye el régimen concursal vigente por una Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo.
- CHILE, Norma de Carácter General N° 3 (05/09/2014), Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 17 de octubre de 1955, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LII, 2ª parte, sec. 1ª, p. 337.
- SELMAN D., PEDRO (1967): Corte Suprema, 15 de septiembre (nulidad de cláusula compromisoria), *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXIV, 2ª parte, sec. 1ª, pp. 304-312.
- MILLAS NAVARRETE, PATRICIO (1996): Corte Suprema, 26 de marzo, *Revista del Abogado*, N° 11, 1997.
- COMERCIAL DE VALORES S.A. LEASING CON ANTONIO CRESPO LEMUS (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de junio, Rol N° 244-2018 (terminación contrato de arrendamiento) en Westlaw Chile, Cita online CL/JUR/2986/2018, Fecha de consulta 1 de julio de 2020.

ESPAÑA

- ATC, 20 de julio de 1993, Sala 1ª, Sección 1ª (Aranzadi Westlaw, RTC 1993/259).