

## Actualidad Internacional

---

*Por Juan Luis Goldenberg, profesor titular de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile y Consejero Académico de DICTVM Abogados.*

### La alternativa del convenio de liquidación en reemplazo de la acción de incumplimiento del acuerdo de reorganización: una mirada a la luz del Derecho concursal chileno

Observada una parte relevante de los acuerdos de reorganización judicial más complejos aprobados en Chile en los últimos años, se puede apreciar un cierto denominador común. Más allá de la densidad del contenido propiamente reorganizativo, se suelen conceder facultades a la ‘comisión de acreedores’ y al ‘veedor interventor’ (administrador concursal) para la declaración del incumplimiento del acuerdo y, en tal caso, dar paso a una fase diferente relativa a la ‘venta ordenada de bienes’ para el posterior pago de los acreedores. En otras palabras, se establece un contenido liquidatorio del acuerdo para el caso que el deudor hubiese incurrido en alguna infracción grave de sus disposiciones.

En general, la dinámica de las cláusulas en estudio supone que, de producirse un ‘evento de incumplimiento’, la comisión de acreedores podrá determinar la forma de venta de los activos de la empresa deudora, sea de manera conjunta o separada, otorgando amplios poderes al interventor conducentes a la enajenación y posterior pago. Para tales efectos, se suele indicar que la infracción al acuerdo debe ser certificada por el propio veedor interventor, sin ser necesaria una declaración judicial, lo que da lugar al vencimiento anticipado de todos los créditos objeto del acuerdo a fin de poder proceder a su pago inmediato según las reglas de prelación. A

veces se agrega que los saldos insolutos se entenderán condonados o, alternativamente, serán declarados como incobrables para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta, de modo de obtener un resultado similar al *discharge*, beneficio de extinción del saldo insoluto que confiere el artículo 255 de la Ley 20.720 (en adelante, ‘LC’).

1

La pregunta que tal contenido plantea se refiere a que dicho clausulado contractual intenta resolver una cuestión que ya se encuentra tratada en la LC, como es la acción de incumplimiento regulada en sus artículos 98 y siguientes, similares a las previstas en los artículos 402 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal española. Conforme a tales disposiciones, el incumplimiento o el agravamiento del mal estado de los negocios que haga temer un perjuicio para los acreedores, habilita a cualquiera de los acreedores a quienes afecte el acuerdo a solicitar al tribunal su declaración para que, una vez quede firme y ejecutoriada, se dicte de manera oficiosa la correspondiente resolución de liquidación (artículo 100 LC). La regla del artículo 99 completa el régimen, disponiendo del procedimiento aplicable para tal declaración de incumplimiento. Y es aquí donde se produce el problema: por una parte, se señala que tal procedimiento será el del juicio sumario, y, por la otra, se indica que la resolución



que acoja la acción de incumplimiento será apelable en ambos efectos, lo que supone la pervivencia del acuerdo hasta que la sentencia se encuentre efectivamente firme y ejecutoriada.

Así, la cláusula de liquidación (o de 'venta ordenada') parece responder a la necesidad de dar mayor celeridad al cambio de fase de reorganización a liquidación. La prolongación del juicio sumario y sus eventuales recursos incrementan el riesgo para los acreedores, toda vez que el deudor mantendrá sus facultades de administración, aun cuando se haya previsto un régimen más intenso de intervención al confrontar los artículos 69, inciso primero, y 99, inciso segundo, LC. Asimismo, a pesar de que algunos de estos actos pudiesen ser eventualmente revocables en el marco de un eventual procedimiento de liquidación, la cuestión se centra en que la declaración de incumplimiento no tiene efecto retroactivo y no afecta la validez de los actos o contratos debidamente celebrados en el tiempo que media entre la resolución que aprueba el acuerdo y la que declare el incumplimiento (artículo 99, inciso tercero, LC).

Ahora bien, comprendida la finalidad de este tipo de cláusulas, queda observar ciertos problemas que concita su operatoria y que podrían poner en riesgo su validez. Se trata ésta de una cuestión que cobra hoy en día más relevancia, sobre todo a partir de la entrada en vigor de la reforma propiciada por la Ley 21.563 en el año 2023, toda vez que se han incrementado los controles de legalidad del acuerdo. Así, el informe que debe ser presentado por el veedor previo a la junta de acreedores (artículo 57, núm. 8, LC) alude ahora a una declaración explícita respecto a la legalidad de la propuesta, mientras el artículo 85, núm. 6, LC, amplía las causales de impugnación del acuerdo por contener una o más estipulaciones contrarias al ordenamiento jurídico. Estas reglas suponen que

el veedor deberá velar especialmente por el ajuste de la propuesta a todo el ordenamiento, con una mirada que incluso supere los contornos mismos de la LC y se plantee en lo que toca a los deslindes generales de la autonomía privada, tales como el orden público, la moral y las buenas costumbres. También supone que, dado que no todos los acreedores del deudor son parte del acuerdo de reorganización, a la luz del mandato de esta clase de reglas, el veedor deberá cuidar por su respeto de manera de no perjudicar a dichos terceros. Se trata ésta de una cuestión que ha quedado especialmente reflejada para el caso de los créditos laborales, dado que el artículo 60A LC dispone que los derechos de los trabajadores se seguirán rigiendo por las normas del Código del Trabajo y demás normas pertinentes, excluyendo las reglas concursales (salvo el artículo 57, núm. 1, letra a, LC) y su eventual participación en el acuerdo.

Centrados ahora en los problemas generados por la confrontación del clausulado en análisis con la normativa concursal, podemos destacar los siguientes:

1. En términos generales, nuestros tribunales ya han resuelto que el contenido liquidatorio de un acuerdo de reorganización contraviene la legislación concursal. Una limitación que, por ejemplo, apareció de modo explícito en el ordenamiento concursal español (artículo 100.3 del texto original de la Ley 22/2003), cuestión que se ha ido matizando en revisiones legislativas posteriores, del modo como ahora queda expresado en su texto refundido. En Chile, al menos desde la perspectiva jurisprudencial, existiría la idea de que el mecanismo que efectivamente resguarda la posición del conjunto de acreedores en un escenario propiamente liquidatorio es precisamente el procedimiento concursal de liquidación. En el caso de Delta



Ingeniería, se resolvió que: «[...] esta magistratura tiene la convicción de que una liquidación de bienes para hacer pago a los acreedores como resultado de un proceso de reorganización, resulta absolutamente contrario al espíritu general de la actual legislación concursal, recopilada en la Ley 20.720, esto porque el objetivo del procedimiento concursal de reorganización busca la reestructuración de sus activos y pasivos, logrando la continuidad en el tiempo de una empresa viable [...] Sin embargo, si la empresa no es viable, como presumiblemente ocurre en el caso de marras, procede la única solución legal vigente, el procedimiento concursal de liquidación, lo que garantiza el debido resguardo de las principales víctimas de la insolvencia, los acreedores, permitiéndoles a los últimos tomar control inmediato de la liquidación, como en equidad corresponde».

De modo similar se ha pronunciado la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento que, en su Oficio N° 3542, de 12 de marzo de 2024, observó el informe de la veedora respecto a la propuesta de reorganización presentada por Factop SpA, en cuanto esta tenía por objeto «la continuación efectiva del giro a contar de la fecha de presentación de la propuesta de acuerdo; con el objeto de lograr la venta ordenada, por parte del interventor que se designe y la comisión de acreedores, en representación de la empresa deudora, de bienes inmuebles que actualmente son de propiedad de Factop SpA y bienes inmuebles de terceros, que se pondrán a disposición de los acreedores». En este sentido, el órgano fiscalizador señaló que el mentado objeto no calza con la previsión del artículo 60 LC, que señala que las propuestas pueden versar sobre cualquier objeto tendiente a reestructurar los pasivos y activos de una Empresa Deudora. Al efecto, sostiene que «de lo

anterior se observa que el objeto de la propuesta de reorganización en el presente concurso sería contrario al definido anteriormente, por cuanto busca la venta ordenada, es decir, la liquidación de los activos de la empresa deudora, sin que conste reestructuración en concreto, a fin de promover, además, la continuidad de unidades productivas que sean viables, a través de mecanismos transparentes».

2. Se deberá tener presente que, a diferencia de otros modelos comparados, el procedimiento concursal de reorganización no se estructura en Chile bajo una lógica de absoluta universalidad. Más allá del caso puntual del artículo 60A LC, relativo a los trabajadores, se han planteado dudas sobre la posición de los demás acreedores preferentes, habida cuenta que las reglas pertinentes sólo refieren a los acreedores garantizados y a los acreedores comunes ('valistas', en la nomenclatura chilena). Considerando lo anterior, la cláusula contractual asume una forma de enajenación que pretende un efecto absoluto y en que aquellos acreedores titulares de créditos no afectos al acuerdo no tienen oportunidad de cuestionar. Alternativamente, si se procediera a la dictación de la resolución de liquidación en los términos del artículo 100 LC, la decisión del modo de ejecución correspondería a la junta de acreedores (artículos 206 y 207 LC, distinguiendo realización sumaria y ordinaria) y no a la comisión de acreedores o al interventor nombrado en el acuerdo que a aquéllos no les afecta.
3. Lo anterior tampoco se ve alterado por el hecho de asumir que los créditos se verán igualmente pagados en el escenario de la 'venta ordenada' en pleno respeto del orden de prelación dispuesto por el legislador. Así, por ejemplo, en el caso de los trabajadores, la regla de prelación relativa a la indemnización sustitutiva de aviso previo del núm. 2 del artículo 163 bis



del Código del Trabajo (artículo 2472, núm. 5, del Código Civil), razona sobre la lógica que se ha dictado una resolución de liquidación y que, en consecuencia, se ha producido una terminación del contrato de trabajo por ese solo hecho. La decisión de la comisión de acreedores (o del veedor interventor) para declarar incumplido el acuerdo y proceder a la venta de los bienes no tiene igual virtud y, de tener que recurrirse a otras causales para dar por terminado los contratos laborales (como la referente a las 'necesidades de la empresa' del artículo 161 del Código del Trabajo), no tiene aplicación el especial régimen tutelar previsto en la legislación laboral para el escenario concursal dado que este no tiene lugar en caso de reorganización. En consecuencia, esta situación puede desmejorar las posibilidades de cobro de los trabajadores e implicar una vulneración de la regla restrictiva prevista en el artículo 60A LC.

4. A su turno, el artículo 66 LC distingue los créditos 'en la masa' de los créditos 'de la masa', de forma tal que todos aquellos que tengan un origen posterior a la resolución de reorganización tampoco quedan afectos a los términos del acuerdo de reorganización. En el caso que nos preocupa, el problema se produce porque la cláusula que propicia la 'venta ordenada' con motivo del incumplimiento del acuerdo supone que existió una fase en que se intentó la reestructuración efectiva de los activos y pasivos de la empresa, pero que ello no fue posible, con independencia del motivo. De ahí que se pueda asumir que, en el tiempo de vigencia del acuerdo de reorganización, hayan surgido nuevos créditos para quienes el contenido del acuerdo les resulta inoponible. Aquí, además del problema ejemplificado en el punto 2 anterior, existe un asunto adicional: si del incumplimiento resultase la apertura de

un procedimiento concursal de liquidación se deberá llevar a cabo una nueva fase de determinación del pasivo (no siendo útil la que tuvo lugar en el procedimiento de reorganización), de forma tal que podrán identificarse tales nuevos créditos y aplicar a su respecto las normas de determinación del pasivo y de prelación. En el caso que planteamos, ello no es posible, pues la 'venta ordenada' acordada no incluye tal etapa ni refiere cómo se podrían acreditar los montos y preferencias de tales créditos ni cómo resolver disputas en torno a los mismos. A mayor abundamiento, si existiese algún conflicto sobre este particular, ya no podría ser resuelto por el tribunal porque, con la reforma de la Ley N° 21.563 y la incorporación del artículo 96A LC, queda claro que la competencia de aquél habrá cesado.

5. Esta aseveración también tiene importancia, por ejemplo, para los casos en que se haya hecho uso de las fórmulas<sup>4</sup> de dotación de liquidez a la empresa deudora durante la fase de negociación del acuerdo (denominado en Chile como periodo de 'protección financiera concursal'). Con el remozado texto de la reforma del año 2023, el privilegio del *fresh money* contemplado en los artículos 72 y 74 LC tiene lugar «en caso de dictarse la resolución de liquidación de la empresa deudora, por cualquier causa». Pero en el supuesto de la 'venta ordenada' no hay una resolución de liquidación, sino sólo una declaración de la comisión de acreedores o del interventor. Ello implica que no tiene lugar el privilegio del artículo 2472, núm. 4, del Código Civil, recordando que en esta materia rige el principio de tipicidad de las preferencias. Así, la aclaración de la reforma de la Ley N° 21.563, en el sentido de hacer surgir el privilegio en cualquier contexto liquidatorio, no podría operar si no se da apertura a éste.



6. Otra cuestión se refiere a la posición de los acreedores garantizados. En un escenario de liquidación, se les conserva el derecho de ejecución separada en los términos del artículo 135 LC, la que, ajeno a su voluntad, sólo encuentra excepción en el caso de la venta como unidad económica (artículo 218 LC) y las facultades de subrogación real concedida al liquidador en el caso de la prenda (artículo 242 LC). Como contraste, los efectos del acuerdo de reorganización dependerán de si se trata de bienes esenciales o no y, luego, si ellos son de propiedad del deudor o de terceros (artículos 94, 95, 286Q y 286R LC). Así, si estamos frente a bienes calificados como esenciales, la obstrucción al paso a la liquidación en virtud de una cláusula del acuerdo destinada a la ‘venta ordenada’ (en especial, si ha votado en contra) implicará que no podrá ejecutar separadamente su garantía, sino que deberá someterse a la fórmula de enajenación dispuesta por la comisión o el interventor, según sea el caso.
7. Una cuestión aún más crítica se refiere a la posición de los acreedores que forman parte del acuerdo de reorganización. De seguir el procedimiento de incumplimiento dispuesto en la ley, resultará que el acuerdo deja de tener vigor, y, en consecuencia, los acreedores deberán verificar sus créditos en los términos preconcordatarios (por ejemplo, si hubiese existido una condonación). En las cláusulas de ‘venta ordenada’ se supone precisamente lo contrario: que el acuerdo sigue vigente, y, en consecuencia, los pagos a efectuarse considerarían los términos y condiciones de los créditos conformes a aquél y no en su situación preconcordataria. Si bien el punto podría quedar mejor resuelto en el texto del acuerdo de reorganización, no se ha observado una preocupación sobre este punto en la práctica que se ha tenido a la vista.
8. Como contrapunto, en los casos en que se ha previsto la condonación de los saldos, a diferencia del *discharge*, ella no podrá ser limitada por la ocurrencia de actos calificados como demostrativos de la mala fe (artículo 169A LC), ni tampoco dejará a salvo ciertas obligaciones no extinguibles (por ejemplo, las derivadas de las reglas de la responsabilidad civil) ni se permitirá la subsistencia de las acciones respecto a terceros garantes (artículo 255 LC). Todo ello porque el régimen de la condonación difiere bastante de la exoneración del pasivo.
9. Respecto a los actos ejecutados durante la tramitación y vigencia del acuerdo, resultará que no podrían ser objeto del ejercicio de las acciones revocatorias concursales, a pesar de la eventual procedencia de sus requisitos. En efecto, tales acciones suponen la revisión de actos anteriores al ‘inicio del <sup>5</sup> procedimiento’, lo que no se daría en este caso por estar en el ámbito de la ejecución de un acuerdo de reorganización judicial sin cambio del tipo de concurso. Alternativamente, si se dictase una resolución de liquidación por el hecho del incumplimiento, tal posibilidad estaría abierta.
- En suma, como se puede observar de las cuestiones antes enumeradas, parece que el legislador ha previsto que la liquidación *ex officio* en caso de ser acogida una acción de incumplimiento es el mecanismo que de mejor manera protege los intereses de todos los involucrados en las resultas del concurso. Su alteración por vía contractual puede ocasionar más problemas que respuestas al evento del incumplimiento, sin perjuicio de la necesidad de revisar, aunque de *lege ferendae*, los



términos de los artículos 99 y 100 LC para efectos de acelerar el paso hacia la liquidación. En el Derecho comparado, por ejemplo, basta el pedido de un acreedor interesado en el Derecho argentino (artículo 63, Ley 24.552) y en el Derecho peruano (artículo 67.4, Ley 27.809), la celebración de una audiencia de incumplimiento en el Derecho colombiano (artículo 46, Ley 1.116) o la tramitación por medio de incidente concursal en el Derecho español (artículo 403, Texto Refundido de la Ley Concursal). Quizás sea mejor revisar la cuestión en vistas de tales ejemplos que complejizar la situación por medio de un clausulado ambiguo e incompleto y que, como han señalado nuestros tribunales, no es realmente protector de la posición de todos los acreedores.

