

ALGUNOS PROBLEMAS (SIN SOLUCIÓN)
ACERCA DEL TRATAMIENTO
DE LA INSOLVENCIA
DE GRUPOS EMPRESARIALES:
ANÁLISIS DE PRECEDENTES Y PROPUESTAS
DE REFORMA LEGAL

SOME PROBLEMS (WITHOUT SOLUTION)
ABOUT THE TREATMENT OF CORPORATE
GROUP INSOLVENCY: ANALYSIS
OF PRECEDENTS AND PROPOSALS
FOR LEGAL REFORM

*Eduardo Godoy Hales**
*Ricardo Reveco Urzúa***

RESUMEN: La ley N° 20.720, sobre insolvencia y reemprendimiento, trata de los procedimientos concursales de empresas deudoras en forma individual, y desconoce, en lo sustantivo, que se relacionen a un grupo empresarial. A partir de la experiencia nacional, donde se han conocido concursos para reestructurar pasivos y activos de sociedades pertenecientes a *holdings*, se revisan algunos lineamientos del Derecho comparado para abordar globalmente estos casos mediante la coordinación procesal y la consolidación patrimonial. Se sugiere observar esas experiencias comparadas para evitar que se produzcan resultados ineficientes para el deudor y los acreedores.

Palabras clave: Insolvencia - Empreñdimiento - Procedimientos concursales - Consolidación patrimonial.

* Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Liquidador concursal y profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Los Andes, de Derecho de Insolvencia en el diplomado de la Universidad del Desarrollo; correo electrónico: egodoy@gha.cl

** Abogado y profesor de Derecho Privado de la Universidad de Chile y de Derecho de Insolvencia en el diplomado de la Universidad del Desarrollo. Socio de Carey y Cia; correo electrónico: rreveco@carey.cl

ABSTRACT: The law 20,720, on insolvency and re-entrepreneurship, deals with bankruptcy proceedings of isolated debtor companies, ignoring their relation with corporate groups. Based on insolvency national proceedings to restructure liabilities and assets of holding companies, we reviewed some guidelines of comparative law to deal with these cases globally through procedural coordination and debt consolidation. We suggested that comparative guidelines and law should be observed to avoid inefficient results for debtors and creditors.

KEYWORDS: Insolvency - Entrepreneurship - Bankruptcy proceedings - Equity consolidation.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20720, sobre insolvencia y reemprendimiento (en adelante LIR¹), gira en torno al concepto de una persona singular, es decir, bajo el supuesto que la empresa deudora es una entidad “individual”, asumiendo que los deudores son verdaderas sociedades “islas”² sin relaciones exógenas. Esto significa que cada deudor debe presentar su propio proceso concursal³. Este supuesto, obviamente, desconoce una realidad propia del modelo actual y que implica una evolución, pues los negocios se estructuran como *holdings* o grupos empresariales, de los que penden sociedades filiales, coligadas u otros “vehículos”.

Esta evolución implica un cambio en el presupuesto subjetivo de la insolvencia: del comerciante decimonónico al grupo empresarial contemporáneo⁴. En efecto, por motivos de especialidad, tributarios o de diversificación de riesgos, los negocios se estructuran en varias entidades jurídicas, entre las cuales existen distintos tipos de interrelaciones. Y, para efectos de financiamiento, los prestamistas sofisticados normalmente asimilan estos grupos como una sola unidad, generándose intrincadas y complicadas redes de control, con efectos sobre las participaciones accionarias, relaciones laborales, tanto de crédito como de garantías entre ellas, entre tantas otras.

Dicho lo anterior, la paradoja que detectamos, es que aun cuando en Chile los grupos empresariales aparecen reconocidos expresamente como

¹ Cualquier invocación a ley, legislación concursal o LIR se deberá entender referida a la Ley n. 20720 o alguno de sus artículos.

² JEQUIER (2015), p. 570.

³ RASPALL Y RASPALL (2014), p. 3.

⁴ RODRÍGUEZ (2019), p. 231.

tales en el artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores⁵, dicha circunstancia fue ignorada por la LIR en sus aspectos más relevantes.

Este vacío de la legislación concursal pretendemos revisarlo a la luz de dos casos de grupos empresariales que fueron objeto de múltiples procedimientos concursales tramitados en Chile bajo la actual LIR. Nuestra conclusión es que el resultado obtenido no es óptimo y, por ello, la LIR debería ser objeto de una modificación que la actualice, considerando algunos principios de derecho concursal comparado.

Dividimos el trabajo en los siguientes capítulos. Primero, revisamos los escasos aspectos de la LIR que regulan a los grupos empresariales. Luego, expondremos las principales normativas existentes en la materia, con énfasis en las guías proporcionadas a nivel comparado para la regulación de la insolvencia de grupos empresariales. Acto seguido, y a la luz de los casos de San Pablo-Lagunillas y de Fernández Wood, expondremos los principales problemas que observamos y cómo la aplicación de algunos principios de insolvencia comparado hubieren generado beneficios procesales y sustantivos para los acreedores de dichos grupos. Finalmente, haremos las conclusiones sobre las deficiencias de la legislación nacional.

I. LA ESCASA REGULACIÓN CONCURSAL SOBRE LOS GRUPOS EMPRESARIALES EN LA LIR

La LIR no abordó el tratamiento global de la insolvencia de una estructura societaria compleja e integrada. En efecto, nuestro legislador concursal solo reguló algunos aspectos muy limitados y enfocados en la sanción por el otorgamiento de créditos al interior de grupos empresariales (entre otros), que son totalmente insuficientes para dar un tratamiento apropiado y global a las múltiples relaciones y efectos que pueden generarse en ese contexto. Revisaremos esa limitada regulación de las circunstancias que usualmente se generan en los grupos empresariales.

En primer lugar, aborda a los créditos otorgados por personas relacionados con la sociedad deudora, que son propios de la forma como se estructura el financiamiento entre entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial (veremos esta situación en el caso del financiamiento en algunos

⁵ Se entiende por grupo empresarial, el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a estos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

de los casos ocurridos bajo la vigencia de la LIR). A raíz de ello, el legislador prescinde de su derecho de voto en los procedimientos de reorganización, como también en las juntas de acreedores en un procedimiento de liquidación concursal, conforme aparece en los artículos 79 y 191, respectivamente.

Del mismo modo, de la creación de créditos otorgados por acreedores personas relacionadas con la deudora, surge la figura de la postergación de los créditos⁶, de conformidad al artículo 63, en el marco del procedimiento de reorganización, y del artículo 241 inciso final, en el contexto de una liquidación. El principio que ambas reglas recogen, es que los créditos de los acreedores relacionados con la deudora concursada o en liquidación quedan pospuestos bajo ciertas circunstancias hasta que los créditos no relacionados se hayan pagado íntegramente.

Asimismo, en virtud del artículo 74, y en el contexto de la protección financiera concursal, particularmente, del suministro asegurado destinado a darle viabilidad operativa y funcional a la unidad en reorganización, se determina que cualquiera operación con personas relacionadas a la empresa deudora, deberá ser autorizada por acreedores que representen más del 50% del pasivo del deudor. Ello, obviamente hace muy dificultoso que el acreedor relacionado proporcione fondos durante la protección financiera concursal.

En el marco de las acciones revocatorias concursales, particularmente en el artículo 287, aparecen las denominadas acciones revocatorias concursales objetivas, es decir, aquellas donde se revocará el acto o contrato ejecutado por el deudor, sin que sea necesario para ello indagar o acreditar si el cocontratante estaba en conocimiento del mal estado de los negocios, bastando, en principio, que el acto o contrato sea uno de aquellos que tipifica el legislador. Si esos actos típicos (*v.gr.* pago anticipado, dación en pago, otorgamiento de cauciones destinadas a asegurar obligaciones previamente contraídas) son ejecutados por personas relacionadas al deudor, el “periodo de sospecha” se amplía a dos años, desde el inicio del procedimiento concursal respectivo⁷. Adicionalmente, se autoriza la declaración de inoponibilidad de algunas modificaciones a la estructura societaria del deudor, ya sea fusiones, divisiones, reducciones de capital, si ellas causan perjuicio a los acreedores, conforme lo dispone el artículo 289.

Por otro lado, se crean tipos penales especiales tendientes a sancionar al administrador de hecho⁸, que harían referencia al grupo empresarial, contenidos en el artículo 463 quáter del *Código Penal*⁹. Sin embargo, se objeta

⁶ JEQUIER (2015), p. 571.

⁷ CÁRDENAS Y REVECO (2018), p. 587.

⁸ JEQUIER (2015), p. 573.

⁹ El artículo 463 quáter establece: “Será castigado como autor de los delitos contemplados en los artículos 463, 463 bis y 463 ter quien, en la dirección o administración de los negocios

su utilidad, atendido a que la responsabilidad en este caso sería penal y personal, y no de la persona jurídica propiamente tal¹⁰.

En ese sentido, nuestro legislador concursal se enfocó exclusivamente en la sanción por la intervención de grupos empresariales (derecho a voto, posposición de créditos, extensión de periodos sospechosos en el contexto de acciones revocatorias concursales, delitos especiales, etcétera).

En definitiva, dicho enfoque es insuficiente para dar un tratamiento apropiado y global a las múltiples relaciones y efectos que pueden generarse en el contexto de la insolvencia de un grupo empresarial, prueba de ello, son los problemas que surgieron en los casos de San Pablo - y del grupo Fernández Wood, que revisaremos más adelante.

II. ALGUNAS PAUTAS DE DERECHO CONCURSAL COMPARADO PARA EL TRATAMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA DE GRUPOS EMPRESARIALES

Aun cuando el enfoque del legislador concursal nacional sigue parcialmente los lineamientos del derecho comparado, ya se observan modificaciones a esa visión en el ámbito global.

La visión tradicional enfocada en la sanción¹¹, aparece, por ejemplo, en el caso de Argentina, que reguló en su Ley de Concursos y Quiebras¹², la

del deudor, sometido a un procedimiento concursal de reorganización o de liquidación, hubiese ejecutado alguno de los actos o incurrido en alguna de las omisiones allí señalados, o hubiese autorizado expresamente dichos actos u omisiones”.

¹⁰ JEQUIER (2015), p. 573.

¹¹ Un completo desarrollo de estos puntos en la legislación comparada puede revisarse en JEQUIER (2015), p. 574 y ss.

¹² Para ese caso, aparece el artículo 161 de la ley N° 24.522, que dispone: “Artículo 161.- Actuación en interés personal. Controlantes. Confusión patrimonial. La quiebra se extiende: 1) A toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores; 2) A toda persona controlante de la sociedad fallida, cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte. A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social; b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descrita en el primer párrafo de este inciso. 3) A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impida la clara delimitación de sus activos y pasivos o de la mayor parte de ellos”.

figura de la extensión de la quiebra por confusión de patrimonios¹³. Por su parte, Gran Bretaña estableció casos en que se extiende la responsabilidad de la sociedad a sus directores¹⁴. España, por su parte, también reconoce la figura del administrador de hecho y de los créditos subordinados¹⁵. Francia mantiene el esquema sancionador, generando responsabilidad civil para los directores de derecho o de hecho, sean o no accionistas, por los daños sufridos por los acreedores causada por su mala gestión¹⁶. Como se observa, la perspectiva comparada tiende a regular el aspecto punitivo de la injerencia del denominado administrador de hecho, haciendo extensiva las consecuencias patrimoniales de la quiebra a esos intervinientes, y responsable al administrador *de facto* respecto de entidades filiales del grupo empresarial.

Cabe advertir que la regulación de los procesos de insolvencia de los grupos empresariales es uno de los aspectos más espinudos del derecho concursal, pues, como vimos, la regulación tradicional asume la existencia de sociedades islas, reconociéndose, en pleno vigor, el principio de la personalidad jurídica, de modo que cada entidad se reconocerá por separado, abriendo cada una de ellas, un proceso de insolvencia individual, con su propio juez, liquidador, activos por liquidar, pasivos por verificar y acreedores por pagar, según la prelación legal de créditos aplicable a esa entidad.

Sin embargo, a nivel comparado, aparece la idea de proveer reglas especiales en el contexto de la insolvencia de entidades que pertenecen a un grupo empresarial, y ello, cuando existe un alto grado de interdependencia entre las entidades pertenecientes al mismo grupo¹⁷. Se pretende, así, que por la insolvencia de un vehículo no se arrastre al resto del grupo.

¹³ Para mayor análisis, se sugiere revisar GRAZIABILE (2018), p. 403.

¹⁴ PUGA (2017), p. 225. Señala el autor que la cuestión aparece tratada en la Insolvency Law de 1986, que regula dos casos en que se extienden la responsabilidad de la sociedad a sus directores. Estos casos son tratados en: 1) La acción de Fraudulent Trading del art. 213, en el que dentro de un proceso de liquidación, a solicitud del liquidador, puede decretar que quienes hayan administrado los negocios de la sociedad con la intención de defraudar a los acreedores se vean obligados a hacer contribuciones a la sociedad para satisfacer sus obligaciones concursales cuando los activos sociales sean insuficientes, aplicándose la misma regla a las sociedades matrices o filiales de la fallida. 2) La Wrongful Trading, en el art. 214, que sanciona a los directores y los "shadow directors", cuando hay continuidad del negocio a sabiendas de que la liquidación es inevitable dada la irremontable insolvencia

¹⁵ En ese sentido, véanse los artículos 172 N° 3 de la ley N° 22/2003, artículos 93.2.2, 164.1, 172.2 y 172.3, donde se reconoce la figura del administrador de hecho. De igual modo, en el artículo 92.5, se reconoce la figura de los créditos subordinados. Y los artículos 6.2.2 y 6.3.4 que recogen la declaración de pertenencia a un grupo empresarial.

¹⁶ PUGA (2017), p. 226 y ss., citando Redressement Judiciaire de 1985, L'Ordonnance N° 2008-1345.

¹⁷ UNCITRAL (2012), p. 22.

En esa línea, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral) sobre Régimen de Insolvencia, en su *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia* (2012), realizó algunas sugerencias en torno al tratamiento de la insolvencia de grupos empresariales¹⁸. De hecho, algunos países ya las han implementado en su derecho interno¹⁹. Revisamos a continuación estas sugerencias legislativas.

Se plantea la posibilidad de prevenir el efecto de la insolvencia mediante la presentación de una solicitud conjunta de apertura del procedimiento, lo que tendría la virtud de reducir costos, trámites y anticipar al juez sobre la existencia del grupo, entre otros beneficios²⁰, y ello permitiría, a su vez, buscar una solución global para todas las entidades del grupo, incluyendo aquellas que serían solventes de otras que tendrían problemas de liquidez.

La coordinación procesal es otro principio que aparece destacado en estos casos de insolvencia y grupos empresariales²¹. Generaría beneficios de economía procesal, costos e identificación de activos, pasivos, acreedores, coordinación de audiencias, juntas, la participación de acreedores en comités de acreedores, etc. Pero hay que destacar que la coordinación propiamente tal mira, más bien, a la administración del proceso y no a soluciones sustantivas. Supone, como dice Marta Flores:

“resolver de forma unitaria las cuestiones que eventualmente podrían tener un tratamiento separado, y, por ello, contradictorio o desacompañado. Por otro lado, con la coordinación procedimental los costes directos e indirecto de los concursos pueden mantenerse más bajos que cuando la tramitación está descoordinada. Esta reducción de costos (económicos o temporales) deriva principalmente de la concentración de competencias en determinadas personas o instituciones, aunque también puede obtenerse ventajas gracias al aprovechamiento de economías de escala”²².

Desde luego, la implementación de esta finalidad de coordinación procedimental plantea retos importantes como, por ejemplo, regular quién y cuándo

¹⁸ Véase www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-S.pdf [fecha de consulta: 21 de octubre de 2019].

¹⁹ En Latinoamérica: Colombia, cuya experiencia puede revisarse en RODRIGUEZ (2018), p. 232 y ss., y Argentina, mediante el concurso de agrupamiento, que puede analizarse en RASPALL Y RASPALL (2014), p. 3 y ss. Para España, sugerimos revisar FLORES (2018), p. 304 y ss., legislación donde se trata de concursos conexos y la posibilidad de presentar concursos de empresas condicionados.

²⁰ UNCITRAL (2012), p. 24.

²¹ Véase RODRIGUEZ, p. 233 y FLORES (2018), p. 304.

²² FLORES (2018), p. 304.

puede iniciar este procedimiento, el tribunal competente, determinar la forma en que participarán los acreedores, la forma en que se enterarán de la existencia de este procedimiento coordinado, entre muchos otros aspectos.

Otro aspecto a destacar, es el trato que se le dará a las entidades del grupo empresarial cuando se inicia un procedimiento concursal en contra de una sociedad insolvente perteneciente al grupo. Una cuestión, por ejemplo, sería resolver si el “automatic stay”²³ podría extenderse a otra entidad que no sea objeto del procedimiento de insolvencia²⁴. Misma situación con el otorgamiento de medidas cautelares²⁵. Ello podría ser de interés cuando un vehículo del grupo se viere expuesto a una ejecución por haber otorgado un bien propio y esencial en garantía a favor de un acreedor de la entidad en insolvencia, en cuya contra se inició un procedimiento de insolvencia. Si la ejecución prospera, se perdería un bien esencial para la unidad económica, perjudicándose al grupo y a los acreedores de esa unidad respectiva. Otra cuestión que urge en estos casos, se refiere al financiamiento de la entidad en cuya contra se inició un procedimiento de insolvencia, dado que la iniciación de este tipo de procedimiento permite, en algunos casos, a los financistas suspender el desembolso de sus créditos bajo contratos de financiamiento y, por rebote, ello también podría afectar a otras entidades del grupo cuando se convienen pactos de *ratio* de endeudamiento de sociedades del grupo empresarial. Esta cuestión puede ocurrir, incluso, luego del procedimiento de insolvencia²⁶. En estas condiciones parecería conveniente, en una visión global, dar facilidades para el otorgamiento de financiamiento a estas entidades y crear protecciones para el financista que proporcione esos fondos frente a eventuales ataques de su preferencia, incluso si es relacionado, entre otros²⁷.

Las cuestiones a que da lugar el financiamiento de las empresas del grupo también pueden extrapolarse al uso de bienes esenciales dentro del *holding* cuando una de las entidades de este es objeto de un proceso de insolvencia. ¿Podrá una sociedad seguir gozando de esos bienes y viceversa?

²³ El *automatic stay*, en general, se trata de un efecto de la apertura de un procedimiento de reorganización, que implica una suspensión de las acciones de los acreedores contra el deudor, cuando se inicia un procedimiento bajo el capítulo 11 de la Ley de Insolvencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Aparece en nuestro artículo 57 mediante la Resolución de Reorganización, véase CÁRDENAS y REVECO (2018), p. 546.

²⁴ UNCITRAL (2012), p. 38.

²⁵ *Op. cit.*, p. 40.

²⁶ Vimos que el artículo 74 autoriza la venta, enajenación o contratación que excedan determinados montos, pero si esas operaciones se practican con personas relacionadas con la empresa deudora, se requerirá la autorización de los acreedores que representen más del 50% del pasivo del deudor.

²⁷ UNCITRAL (2012), p. 41.

Se plantea:

“El uso de esos bienes podría suscitar impugnaciones con fines de anulación, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además, tal ocupación preocuparía a los acreedores de la empresa solvente”²⁸.

Ello deriva en que también será necesario determinar la forma cómo seguirán operando las entidades pertenecientes al grupo empresarial, es decir, regular las operaciones que se realizan intragrupo, creando mecanismos de impugnación, autorización, revocación, subordinación de determinados créditos intragrupo, etc. Como se observa, todas estas cuestiones son difíciles de ponderar, pero requieren de una regulación precisa, que aborde los eventuales conflictos de intereses que puedan surgir, determinación de las preferencias que puedan otorgarse a estos préstamos, autorización judicial eventual para su otorgamiento, entre otras materias.

Otro aspecto crucial de los regímenes de insolvencia tiene relación con la configuración de factores para evaluar si una empresa del grupo empresarial debe asumir la responsabilidad de las deudas externas de una entidad insolvente del grupo²⁹. No nos referidos, claramente, al caso en que la empresa relacionada asuma la responsabilidad de la deuda cuando ha otorgado una garantía con respecto a sus subsidiarias, coligadas, etc., por simple aplicación del principio de la fuerza obligatoria del contrato, frente al otorgamiento de una caución real o personal. Nos referimos al caso por el cual se genera una responsabilidad de indemnizar cualquier pérdida o daño en casos de fraude o culpa en transacciones intragrupo, recurriendo al régimen de responsabilidad civil, penal o simplemente al levantamiento del velo.

En esos casos se evita aplicar en toda su extensión el principio de la personalidad jurídica autónoma de cada empresa³⁰, y los tribunales tienen discreción para extender la responsabilidad de una o más empresas del gru-

²⁸ UNCITRAL (2012), p. 42.

²⁹ En Chile, vimos que la regulación de las deudas internas recurre a la subordinación en determinados casos, véase artículo 63. También se generan especiales deberes de impugnación del liquidador con esos créditos (artículo 173) y exclusión de quórum y derecho a voto en juntas de acreedores (artículo 191), entre otros.

³⁰ FLORES (2018), p. 316, quien lo explica para el régimen de insolvencia español. Otras jurisdicciones prescriben soluciones adicionales. En algunas circunstancias, por ejemplo, la ley puede tratar a la empresa insolvente como un agente de la compañía relacionada, lo que permitiría a terceros hacer cumplir sus derechos directamente contra la empresa relacionada como principal. Sin embargo, para una visión general del asunto, se puede revisar en UNCITRAL (2012), p. 61.

po por las deudas de otras empresas del grupo, sujeto a ciertos criterios³¹. En el caso español, se recurre a la hipótesis de confusión agravada de patrimonios³². Su efecto: un acreedor de una entidad del grupo lo pasará a ser de un conjunto de bienes de las entidades pertenecientes al grupo, ahora consolidado. En definitiva, bajo esos supuestos, se determina que un grupo empresarial operó como una sola empresa, decretándose la consolidación de sus activos y pasivos. Este es el denominado mandato sustantivo de consolidación patrimonial, una orden que algunos países proveen, pero que es muy estricta en sus requisitos para ser obtenida, pues pone en jaque el principio de la personalidad jurídica, que propicia y alienta a tomar riesgos en el mundo de los negocios. Pero el abuso o desviación de esa libertad de emprender, permite excluir su aplicación mediante la llamada consolidación patrimonial.

El dilema que presenta la aplicación de estas reglas de consolidación patrimonial tiene relación con su efecto en los acreedores de las diversas entidades del grupo empresarial. La disyuntiva llama a su ejercicio prudente y cauteloso³³. La visión global del grupo empresarial observa, por un lado, un gran conjunto de acreedores, que requeriría un tratamiento equitativo (por el abuso de la personalidad jurídica) y, por otro lado, su conciliación con los intereses de cada grupo de acreedores dependientes de cada vehículo corporativo. Ello puede generar una colisión de los derechos de los acreedores si los activos combinados de las empresas no son suficientes para cubrir los pasivos³⁴. Se afecta así, la seguridad jurídica, y ello se traduce en un mayor

³¹ Estos criterios observan las siguientes consideraciones: la medida en que la administración, el negocio y las finanzas de las empresas se entremezclan; la conducta de la empresa relacionada hacia los acreedores de la empresa insolvente; la expectativa de los acreedores de que estaban tratando con una entidad económica en lugar de dos o más empresas del grupo; y la medida en que la insolvencia es atribuible a las acciones de la empresa del grupo relacionado. Véase UNCITRAL (2012), p. 62 y ss.

³² FLORES (2018), p. 318.

³³ El principio común es que para decretar la consolidación, el tribunal debe estimar que los acreedores sufrirían un mayor perjuicio en ausencia de consolidación que lo que las empresas insolventes y los acreedores opositores sufrirían de su imposición. Algunas jurisdicciones permiten la consolidación parcial al eximir los reclamos de acreedores específicos, satisfaciéndolos con activos particulares (excluidos de la orden de consolidación) de una de las empresas insolventes. Este ejercicio de reconciliación conlleva dificultades que resultan en que se aplique con poca frecuencia en los Estados donde están disponibles, según lo informa la *Guía*.

³⁴ Estos intereses colectivos entrarán en conflicto si los activos totales de las empresas combinadas son insuficientes para satisfacer todas las reclamaciones. En tal caso, los acreedores de una empresa del grupo con una base de activos significativa verían sus probabilidades de recupero disminuidas por los reclamos de los acreedores de otra empresa del grupo con una base de activos baja. Véase FLORES (2018), p. 317 y ss.

costo al crédito (por la existencia de un mayor riesgo deudor), y, consecuentemente, a la libertad de emprender y de endeudamiento de las empresas. Pero, por otro lado, se generan externalidades positivas por la consolidación patrimonial, como sería una coordinación perfecta de los procesos (habría solo uno proceso concursal), no habría necesidad de recurrir a las acciones revocatorias intragrupo, se facilitarían las reglas de obligación a la deuda y contribución a la deuda en caso de deudores subsidiario o solidarios pertenecientes al mismo grupo, pues habría un solo deudor, y no varios fiadores o codeudores solidarios³⁵.

III. ALGUNOS CASOS DE GRUPOS EMPRESARIALES

QUE SE HAN SOMETIDO A UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL BAJO LA LIR

Revisado la normativa nacional y comparada que establece algunos principios aplicables a la insolvencia de los grupos empresariales, comentamos dos relevantes casos de grupos empresariales que enfrentaron múltiples procesos de insolvencia, para detectar cómo esos principios, como de coordinación procesal y consolidación patrimonial, podrían haber facilitado los derechos de los acreedores, mejorado su *ratio* de recupero, entre otros aspectos.

A) *El caso San Pablo-Lagunillas*

Este grupo empresarial contaba con dos áreas de negocios. Una entidad que operaba como contratista de transporte de empresas forestales (Transportes San Pablo, en adelante TSP) y un intrincado árbol de sociedades dedicado al giro agroindustrial (explotación de predios agrícolas y la exportación de sus productos), que era desarrollado a través de una estructura *holding* que tenía como matriz a la sociedad Lagunillas.

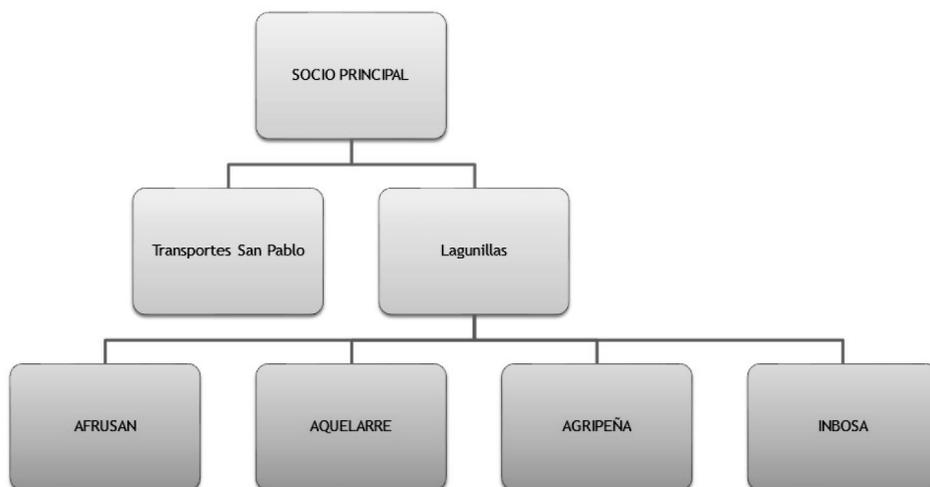
El problema del grupo devino originalmente por TSP, que al perder licitaciones y tener un fuerte apalancamiento financiero, presentó su propia liquidación concursal^{36,37}. Lo anterior, derivó en que los pasivos de TSP también se hicieran exigibles al socio principal y a la sociedad Afrusan, como

³⁵ FLORES (2018), p. 320.

³⁶ Véase proceso rol N° C-5407-2014 del Primer Juzgado Civil de Los Ángeles.

³⁷ TSP tenía estructurados sus pasivos principalmente con contratos de *leasing*, que conforme a la LIR, los acreedores deben optar por alguna de las posibilidades que les otorga el art. 225 (continuar con el contrato de arrendamiento en los términos originalmente pactados, ejercer anticipada la opción de compra o terminar anticipadamente el contrato).

codeudores, quienes en paralelo presentaron sus propios procesos de reorganización para reestructurar la deuda directa e indirecta.



El socio principal planteó un plan de reorganización³⁸ que consistió en otorgar segundas hipotecas sobre los inmuebles agrícolas de las sociedades Aquelarre, Agripeña e Inbosa, mientras que el otro acuerdo se realizó por Afrusan³⁹, que planteó su continuidad de giro y un nuevo calendario de pagos asociados.

Como nuestra legislación concursal no contempla herramientas de coordinación entre los procesos, todos estos fueron tramitados independientemente, en distintos tribunales, circunstancia que generó dificultades de orden práctico y sustantivo. En concreto, los acreedores y quórums eran distintos para cada proponente, pues se congregaron acreedores directos e indirectos de cada una de las entidades del grupo empresarial, generando pasivos autónomos para cada proceso. Al no existir coordinación procesal y tampoco consolidación patrimonial (del activo ni pasivo), ello generó que algunos acreedores pudieran exigir condiciones mejoradas en su caso, y, en el otro acuerdo, ciertos acreedores no fueron considerados en la propuesta.

Lo anterior, llevó a que los acuerdos de reorganización aprobados por los acreedores fueron soluciones meramente coyunturales, que no reestructuraron de forma adecuada los pasivos. En ese sentido, Afrusan, para aprobar su acuerdo, debió excluir al acreedor hipotecario de primer grado, quién, a

³⁸ Véase proceso rol N° C-727-2015 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

³⁹ Véase proceso rol N° C-30-2015 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

causa de lo anterior, demandó la liquidación forzosa de Lagunillas⁴⁰, cuyo único patrimonio eran sus participaciones sociales en sus sociedades filiales. Esta entidad, a efectos de defenderse, se sometió a un nuevo acuerdo de reorganización⁴¹.

La dificultad que presentó el acuerdo de Lagunillas, fue que debía integrar los activos de Afrusan, que ya tenía un acuerdo previamente alcanzado. Dicha coordinación no tenía una modalidad prevista en la LIR. Frente a ello, las dos opciones que se revisaron fueron la modificación del acuerdo original o la presentación de un nuevo acuerdo de reorganización. En un primer momento, se intentó modificar el original, pero fue imposible, dado que quienes lo votaban eran los acreedores originales, que como recordaremos había excluido al acreedor hipotecario de primer grado. Ese marco de pasivo generaba que ciertos acreedores tuvieran una preminencia, que en el contexto general de los pasivos del grupo, no les correspondía. Por ello, estos acreedores reclamaron tratos especiales que no era posible otorgar, por lo que la propuesta de modificación del acuerdo original fracasó, debiéndose proponerse un nuevo, que generó un problema importante respecto de cual tribunal era el competente para conocerlo, resolviéndose después de una contienda, que le correspondía conocer de la nueva propuesta al mismo que había tramitado la original⁴².

B) Grupo Fernández Wood

En el caso del grupo Fernández Wood, su matriz era la sociedad FW Corp, sociedad que tenía una serie de filiales, que podríamos distinguir en dos grupos: sociedades que desarrollaban proyectos inmobiliarios, que en su mayoría tenía participaciones de inversionistas distintos al grupo, siendo cada una distinta y no estando necesariamente integradas o relacionadas entre sí; y, sociedades constructoras, donde la principal era Constructora Fernández Wood, pero de la cual dependían otras sociedades filiales que fueron constituidas para proyectos inmobiliarios particulares o, bien, que tenían especialidades distintas como, por ejemplo, participar en registros de ciertas instituciones públicas.

FW Corp⁴³ y la Constructora Fernández Wood⁴⁴ presentaron sus liquidaciones concursales en forma conjunta, sin embargo, estos procesos quedaron en tribunales distintos, nombrándose dos liquidadores. Posteriormente,

⁴⁰ Véase proceso rol N° C-618-2016 del Juzgado de Letras de Molina.

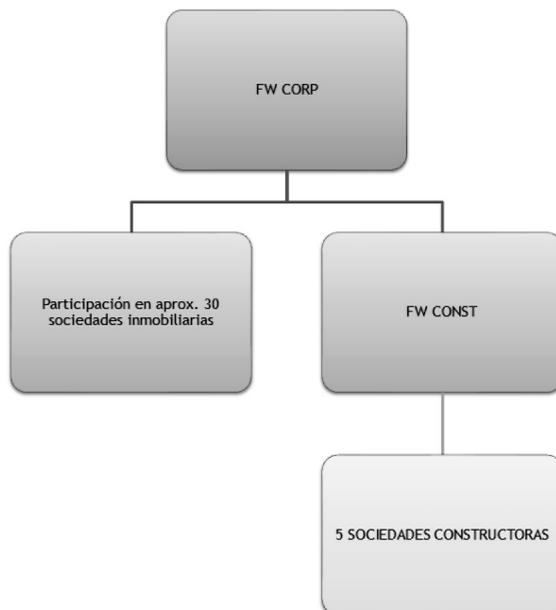
⁴¹ Véase proceso rol N° C-920-2016 del Juzgado de Letras de Molina.

⁴² Véase proceso rol N° C-18200-2019 del Décimo Juzgado Civil de Santiago.

⁴³ Véase proceso rol N° C-1499-2017 del Vigésimo Sexto Juzgado Civil de Santiago.

⁴⁴ Véase proceso rol N° C-1916-2017 del Sexto Juzgado Civil de Santiago.

dos de las sociedades filiales constructoras fueron también declaradas en liquidación⁴⁵, procesos que quedaron también en manos de otros liquidadores. Ninguno de los procesos se coordinó, al no existir esa herramienta concursal en nuestro derecho.



Adicionalmente a lo anterior, otro de los graves problemas que representó este caso, fue la falta de consolidación de patrimonio, dado que los activos principales del grupo estaban en las sociedades filiales que consistían en proyectos inmobiliarios que cada una de las sociedades desarrollaba en distinto nivel de avance. Por su parte, las sociedades constructoras tenían pagos pendientes de sus mandantes, recupero de impuestos y reclamos por mayores obras.

De este modo, los liquidadores a cargo de los procesos debieron asumir *de facto* la administración de las sociedades filiales, sin ningún estatuto concursal *ad hoc* que regulara sus actuaciones. Por ello, cada uno utilizó las formas que la LIR contempla, que no necesariamente se adecuan a estas situaciones. En el caso de FW Corp, se decretó una continuación de actividades económicas⁴⁶, en cambio, en la sociedad Fernández Wood Constructora,

⁴⁵ Un acreedor demandó la liquidación forzosa de la sociedad Constructora Pulmahue (proceso C-5747-2017 el Trigésimo Juzgado Civil de Santiago) y la otra sociedad filial Constructora Fernández Wood-Chamisero inició su liquidación voluntaria (proceso C-30771-2017 el Sexto Juzgado Civil de Santiago).

⁴⁶ La continuidad de actividades económicas está contemplada en el artículo 230 y siguientes de la LIR, con ciertos objetivos bastante expuestos que son: “a) Aumentar el por-

se recurrió a la figura de gastos necesarios para la mantención del activo, al amparo del artículo 41 de la LIR⁴⁷. Lo anterior, solo confirma la deficiencia de nuestra legislación en el tratamiento de grupos empresariales, dado que no tiene una normativa que permita coordinar los procesos y consolidar los patrimonios y darles una administración adecuada en el marco de un concurso, lo cual es necesario para mejorar la tasa de retorno de los acreedores en las reestructuraciones financieras o liquidaciones de activos.

Otra circunstancia en que se advierte la falta de consolidación de patrimonios es en el tratamiento de acreedores simultáneos, es decir, aquellos que se presentan en varios de los procesos del grupo reclamando el mismo crédito, sobre la base de garantías personales y solidarias que las sociedades habían constituido entre sí. Así como no existe consolidación de activos conforme revisábamos en los párrafos anteriores, en los pasivos esta falta se traduce en que los pagos que puedan ser realizados en uno de los procesos, por parte de uno de los integrantes del grupo, no sea adecuadamente representado en los otros procesos⁴⁸.

En este sentido, las causales de objeción contempladas en los arts. 70 y 174 de la LIR que pueden saltar a la vista como la forma más adecuada para salvar el problema, no se ajustan de forma apropiada por un tema de temporalidad, dado que dicho mecanismo procesal, se plantea normalmente al

centaje de recuperación por parte de los acreedores del Deudor; b) Facilitar la ejecución de prestaciones que se encontraren pendientes y de las cuales se derive un beneficio para la masa, y c) Propender a la realización de los activos del Deudor como unidad económica". Cuando se analiza la continuidad de giro realizada en FW Corp resulta una interpretación extensa y válida de la norma, pero ciertamente no circunscrita a las consideraciones que el legislador tuvo en su dictación, dado que la empresa deudora no mantenía actividades, su condición siguió siendo de socio pasivo en las sociedades inmobiliarias, pero como la administración de estas era desarrollada desde la matriz, se mantuvo una continuidad con el exclusivo objeto de mantener operativas dichas sociedades, desarrollando la venta de las unidades o la terminación de proyectos, según haya sido el caso.

⁴⁷ El artículo 41 de la LIR establece la posibilidad del liquidador de efectuar contrataciones especializadas, recordemos que todos los gastos administrativos del procesos, deben ser solventados por el liquidador con cargo a sus honorarios fijados en el artículo 40 de la misma norma legal, siendo este caso, la excepción. Estas contrataciones especiales tienen un estatuto estricto en cuanto a su objeto y aprobación, dado que la ley solo las permite en los supuestos que sean necesarias para el "cuidado y mantención del activo del Deudor, a la recuperación y realización del mismo y a su entrega material". Para ser aprobadas requieren un quórum especial, es decir, 66% del pasivo con derecho a voto.

⁴⁸ En el caso del Acuerdo de Reorganización de la Isapre Mas Vida (véase proceso rol N° C-3831-2017 del Primer Juzgado Civil de Concepción) se optó por incluir una cláusula que permite reflejar pagos obtenidos a determinados acreedores a causa de la realización de garantías otorgadas por la Isapre ante la Superintendencia de Salud para deducir sus acreencias en la masa sometida al Acuerdo.

inicio del proceso, cuando dichos créditos son verificados quedando firmes e inmutables, no existiendo un vehículo procesal para descontar los pagos que sean realizados después que los créditos quedan incluidos en las nóminas de créditos reconocidos.

IV. CONCLUSIONES

Como se puede advertir, la legislación nacional en materia de concursos de grupos de empresas regula aspectos circunscritos muy específicos, como son el tratamiento de créditos de personas relacionadas y sanciones de orden civil, revocatorio y penal, que no responden a los criterios dados por la Uncitral en la *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia* (2005). Al no seguirse esos lineamientos se afectan seriamente los objetivos de reducir los costos de los procesos y mejorar la tasa de recupero de los acreedores.

La falta de coordinación procesal resulta ser una falta sistémica que se hace necesario abordar, en este sentido las legislaciones mencionadas (como Colombia y España, por nombrar algunas), demuestran criterios interesantes de acumulación de procesos, y de flexibilidad para determinar el establecimiento del concepto de grupos económicos, que está por sobre criterios hermenéuticos meramente formales, sino aplicando criterios prácticos que se encuentran determinados por control, actuación conjunta o interrelación de créditos o activos.

Se hace urgente una norma que, además, permita la consolidación de patrimonios, dado que la realidad superó la legislación. En los casos revisados se advierte el uso de herramientas legales de modo extensivo para solucionar esta omisión, pero con resultados que, en definitiva, son más costosos y no mejoran la *ratio* de recupero de los acreedores del *holding*, generando situaciones oportunistas para algunos acreedores, lo que violaría alguno de los criterios de la prelación de créditos.

BIBLIOGRAFÍA

- CÁRDENAS, Hugo y Ricardo REVECO (2018): *Remedios Contractuales* (Santiago, Thomson Reuters) 8.
- UNCITRAL (2012): *Guía Legislativa para Leyes de Insolvencia*. Disponible en www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-S.pdf [fecha de consulta: 21 de octubre de 2019].
- GRAZIEBILE, Darío (2018): *Efectos concursales sobre las obligaciones y los contratos* (Buenos Aires, Editorial Astrea).

- FLORES, Marta (2018): “Los concursos conexos”, en Belén CAMPUZANO y Enrique SANJUÁN, *El derecho de la Insolvencia. El concurso de Acreedores* (3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch).
- JEQUIER, Eduardo (2015): “Responsabilidad por insolvencia en los grupos empresariales. Una aproximación a la teoría del administrador de hecho en el derecho chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 N° 2: p. 570.
- PUGA, Juan Esteban (2017): *Derecho Concursal: Del procedimiento concursal de liquidación. Ley N° 20.720* (4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RASPALL, Miguel Ángel y María Laura RASPALL (2014): *Derecho Concursal de la Empresa* (Buenos Aires, Editorial Astrea), tomo 2.
- RODRÍGUEZ, Juan José (2019): *Nuevo Régimen de Insolvencia* (2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia).

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

