

LA REORGANIZACIÓN CONCURSAL
DE LAS MIPES FRENTE
A LOS PRINCIPIOS DE NEGOCIACIÓN
DE CRISIS O NEGOCIACIÓN DURA

THE BANKRUPTCY REORGANIZATION
OF MIPES FACING THE PRINCIPLES
OF CRISIS NEGOTIATION
AND/OR HARD NEGOTIATION

*Álvaro Rodrigo Rodríguez Sepúlveda**

RESUMEN: En el año 2023 se publicó la Ley n.° 21563, que crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, pretendiendo recoger con esta nueva normativa las críticas que el sector de las PYMES y MIPES formulaba a la ley concursal original. Sin embargo, solo consideró aspectos jurídicos, económicos y financieros, omitiendo aquellos relacionados con los procedimientos de negociación como método alternativo de solución de conflictos. Así, se pasó por alto que todo procedimiento concursal de reorganización, en especial de la micro y pequeña empresa, constituye un proceso complejo, multilateral y anormal; que se desarrolla en un plano de desigualdad de poder y donde todas las partes en la mesa saben que se encuentran frente a una parte que está en estado de necesidad y, por tanto, en situación de crisis; generando la tentación natural de los grandes acreedores a adoptar un estilo de negociación dura.

PALABRAS CLAVE: reorganización, negociación, asimetría, intereses, *cramdown*.

ABSTRACT: In 2023, Law No. 21,563 was published, creating new procedures for micro and small businesses, seeking to address with this new regulation the

* Abogado Universidad de Concepción. Magister en Derecho de la Empresa Universidad del Desarrollo. Profesor Derecho Comercial y Negociación, Escuela Derecho Universidad Católica de Temuco. Profesor Derecho Corporativo (Eclass), Escuela de Derecho Universidad de Los Andes. Profesor negociación MBA Universidad de la Frontera. Correo electrónico: arodsep@gmail.com

criticisms that the SME and MIPES sector made of the original bankruptcy law. However, only took into account legal, economic, and financial aspects, but not those related to negotiation procedures as an alternative method of conflict resolution, ignoring that all bankruptcy reorganization procedures, especially for Micro and Small Businesses, represent a complex, multilateral, abnormal process; carried out under conditions of power inequality; and where all parties at the table know they are facing a party in a state of need and therefore in crisis; so the natural tendency of creditors is to adopt a tough negotiation style.

KEYWORDS: reorganization, negotiation, asymmetry, interests, cramdown.

INTRODUCCIÓN

Cuando se promulga la Ley n.º 20720 irrumpe como una forma distinta de abordar las empresas en crisis de solvencia, poniendo énfasis en el rescate de aquellas que demuestran viabilidad. Así se expresa en el Mensaje del Ejecutivo al Congreso con fecha 15 de mayo de 2012, al referirse a la reorganización concursal:

“Responde al nuevo tratamiento sistémico de los hoy denominados ‘convenios’. El propósito de esta nueva legislación, incluso desde el punto de vista estructural y de lectura, es hacer prevalecer el régimen de salvataje institucional sobre el esquema liquidatorio predominante, cambiando el eje desde la extinción empresarial hacia la reorganización eficiente. Merecen destacarse las figuras de la protección financiera concursal o período en que el deudor ve suspendidas sus ejecuciones, lo que le permite abocarse completamente a su procedimiento de reorganización; la incorporación de los acreedores que detentan créditos con garantía, lo que incentiva alcanzar una solución global; el rol del denominado ‘veedor’ o experto que acompaña al deudor y valida su accionar concursal; entre otras modificaciones de importancia”¹.

Se esperaba que con la nueva ley las empresas en crisis de solvencia contarán con una herramienta adecuada en el procedimiento concursal de reorganización para superar este estado, demostrando, mediante procesos negociadores adecuados, que ellas poseían la viabilidad económica y financiera suficiente para cerrar acuerdos con sus acreedores.

Entre la fecha de entrada en vigor de la Ley n.º 20720 (2014) y el año 2022, si bien es cierto que se produjo un aumento considerable de procedimientos

¹ Mensaje n.º 081-360 del Ejecutivo al Congreso de fecha 15 de mayo de 2012 del Proyecto de Ley n.º 20720.

concursoales (cinco mil trescientas “quiebras” del régimen de la Ley n.º 18175 versus diecinueve mil procedimientos de liquidación de empresas y personas, y seis mil procedimientos de renegociación y doscientos sesenta y cinco de reorganización), quedó claro que por diversos motivos aún en estudio, no se utilizó en una proporción mayoritaria el procedimiento de reorganización. De hecho, se estimó que el 95 % de las empresas y el 66 % de las personas prefirieron optar en forma directa por el procedimiento de liquidación.

En el ámbito de las MIPES (micro y pequeñas empresas), en 2022 la situación era aún más crítica en materia de negociación de crisis. Se ha estimado que, de 987 465 empresas, solo 1 653 se habían acogido a la ley concursal vigente, señalándose por el gremio empresarial que mientras no se simplificaran las barreras de entrada de la Ley n.º 20720, no se cumplirían sus objetivos.

Es por ello que el 10 de mayo de 2023 se publica la Ley n.º 21563, que moderniza los procedimientos concursales contemplados en la Ley n.º 20720 y crea nuevos procedimientos para micro y pequeñas empresas, buscando recoger las críticas que el sector de las PYMES y MIPES formulaba sobre las normas poco flexibles que la ley modificada establecía para la reorganización concursal de este tipo de empresas. El Mensaje del Ejecutivo, de fecha 2 de septiembre de 2020, otra vez optimista al respecto, señalaba:

“Este proyecto contempla una batería importante de medidas que tienen por objeto [...] ii) crear procedimientos simplificados de rápida tramitación y bajos costos de administración para personas, y micro y pequeñas empresas; [...] Dichas medidas se traducen en modificaciones de aplicación general de artículos de Ley N° 20.720, ajustes a cada uno de los procedimientos concursales existentes y a la creación de dos nuevos procedimientos simplificados: uno de liquidación para personas y micro y pequeñas empresas y otro de reorganización para dicho tipo de empresas [...] 2. Crear procedimientos simplificados de rápida tramitación y bajos costos para las personas y micro y pequeñas empresas [...] Considerando la importancia de las micro y pequeñas empresas en nuestra economía, y la especial vulnerabilidad con la que enfrentan situaciones de crisis –como la actual crisis sanitaria–, el presente proyecto de ley busca facilitar la reincorporación de estas empresas al mercado, mediante la creación de un nuevo procedimiento de reorganización simplificado para MIPES y de un nuevo procedimiento simplificado de liquidación para estas empresas y para las personas deudoras”².

² Mensaje del Ejecutivo del Proyecto de Ley n.º 21563 al Congreso, de fecha 10 de mayo de 2023.

Pero como lo vamos a desarrollar en esta ponencia, la modificación introducida por la Ley n.º 21563 tampoco logró convencer a las MIPES de las bondades del procedimiento de reorganización concursal. En efecto, de acuerdo con las propias estadísticas de la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, acerca de los procedimientos de reorganización simplificada utilizados por este tipo de empresas entre enero y septiembre del año 2024, solo hubo dieciséis procedimientos de reorganización, siete correspondientes a pequeña empresa, seis correspondientes a la micro empresa y tres sin información.

I. EL PROCESO DE REORGANIZACIÓN CONCURSAL COMO MODELO DE NEGOCIACIÓN

Para quienes ejercemos en forma liberal de la profesión de abogado y, por lo tanto, hemos participado en estos procesos de reorganización y, en consecuencia, en los procedimientos de negociación que conducen –o no– a la celebración de los concordatos respectivos, queda claro que en esta última modificación legal se consideraron mejorar aspectos jurídicos, económicos, financieros e, incluso, políticos y sociales, pero se obviaron aquellos aspectos relacionados con el estándar de los procedimientos de negociación, como método alternativo de solución de conflictos de relevancia jurídica y económica, o como método que pueda dar término exitoso a un procedimiento concursal de reorganización.

Y se afirma esto, porque parece que el legislador pasa por alto que todo procedimiento extrajudicial o concursal de reorganización, en especial de la micro, pequeña y mediana empresa, constituye un proceso de negociación compleja; multilateral; anormal; que se desarrolla en un plano de desigualdad de poder; y donde todas las partes en la mesa saben que están frente a una negociación de crisis, es decir, son conscientes de que una de las partes negociadoras se encuentra en estado de necesidad, y que como consecuencia de ello el estilo de negociación, en forma indefectible, será el de la negociación dura.

Frente a esta asimetría de poder: ¿es posible afirmar que el legislador ha establecido con la reforma de la Ley n.º 21563 los mecanismos necesarios para garantizar a la MIPE deudora una igualdad de condiciones para enfrentar esta dura negociación?

Sostendremos en este trabajo que la reforma y su aplicación práctica no han establecido las salvaguardas para nivelar de alguna forma estos desequilibrios de poder. Existen, al menos, tres razones que fundamentan esta afirmación negativa:

- 1) Se observa que no siempre todos los intereses en juego pueden satisfacerse en la negociación.

- 2) Las reglas de reorganización obliga a la MIPE deudora a exponer toda la información sensible que revela su estado de necesidad, debilidad o crisis.
- 3) La asimetría de poder impide la libertad para elegir las opciones de solución a la crisis, promoviendo el estilo de negociación dura.

En otras palabras, lo que no ha logrado eliminar la reforma de la Ley n.º 21563 en el procedimiento de reorganización concursal de las MIPES, es el desequilibrio de poder entre la MIPE deudora y sus acreedores, cuya consecuencia necesaria es la desigualdad negociadora.

Existe relativo consenso en que el acuerdo de reorganización es un contrato³. Y como contrato, el acuerdo es fruto de un proceso de negociación o tratativas, las que deben ser libres y desarrollarse en un plano de igualdad⁴. Como contrato, debe contar con una fase precontractual o de negociación previa, exenta de distorsiones que afecten la igualdad de condiciones y el equilibrio entre los negociadores.

De acuerdo con los modelos de negociación más utilizados en el mundo mercantil occidental (muchos derivados del modelo de Harvard), un acuerdo exitoso en situación de crisis solo es posible cuando concurren, entre otros, los siguientes presupuestos:

- 1) Que se satisfagan los intereses de todas las partes involucradas.
- 2) Que las partes puedan mantener información relevante en reserva.
- 3) Que, en caso de manifiesto desequilibrio de poder, existan mecanismos que compensen dicha distorsión al momento de negociar.
- 4) Que se mantengan las relaciones de negocios en el tiempo y así las partes tengan disposición de cumplir dicho acuerdo.

La mayoría de estos presupuestos, como lo ha demostrado la aplicación práctica del procedimiento reglado en la actual legislación, antes y después de la reforma, no se cumplen en el actual sistema de reorganización concursal para MIPES, como se explicamos a continuación.

II. NO SIEMPRE TODOS LOS INTERESES EN JUEGO SE PUEDEN SATISFACER EN LA NEGOCIACIÓN

Una de las contribuciones más importantes de los académicos Roger Fisher y William Ury en el Proyecto de Negociación de Harvard (Negociación Basada

³ PUGA (2015) p. 39.

⁴ MANOSALVA (2020) p. 1.

en Principios)⁵ fue cambiar el paradigma tradicional de la negociación, proponiendo un enfoque centrado en los intereses de las partes, en vez de centrarlas en las posiciones de las partes. Este enfoque entiende que en un proceso de negociación, cuyo resultado deseable es un acuerdo final sobre la forma o formas en que un conflicto será resuelto, existen múltiples intereses subyacentes, que corresponden a lo que los sujetos del proceso experimentan como sus miedos, deseos, esperanzas, expectativas, visión del futuro, creencias sobre lo que para ellos es justo, etc., y que deben diferenciarse de sus posiciones, que representan la propuesta inmediata, objetiva y directa, es decir, la concesión que se exige. Entonces, se afirma que un acuerdo final es exitoso en la medida que sus opciones de solución satisfacen los intereses de todas las partes en conflicto, sino en forma completa, al menos en buena medida.

Parece haber consenso en que los intereses que confluyen en el procedimiento concursal de reorganización de MIPES son los del Estado, los de los acreedores y los del deudor (MIPES). Estos intereses, a veces, se declaran en forma explícita, y otras veces se deducen de las conductas, fines y cultura negocial de los involucrados.

1. Intereses del Estado

Al Estado como poder político y a la sociedad en su conjunto les interesa que frente a un estado de insolvencia económica o ante un proceso de progresivo deterioro de las finanzas de una MIPE, se activen los mecanismos que él mismo ha creado para enfrentar de manera eficiente este estado patrimonial en decadencia. Esta herramienta es el derecho concursal.

En general, la doctrina coincidía en que los intereses o bienes jurídicos protegidos por el derecho concursal eran:

- 1) La seguridad del crédito público.
- 2) La igualdad jurídica de los acreedores.
- 3) El funcionamiento adecuado del mercado en general y del sistema crediticio en particular, valor que se denominaba, de forma especial en el país, “de la fluidez macroeconómica”⁶.

Con la promulgación de la actual ley concursal, el Estado ya no busca como único objetivo la liquidación de los deudores insolventes, sino que manifiesta su interés (mensaje presidencial) en que las empresas que tienen viabilidad financiera puedan optar por un proceso de reorganización.

Cuando, con posterioridad, el Estado advierte que con la Ley n.º 20720 no se está logrando que las pequeñas y medianas empresas, y en forma especial

⁵ FISHER y URY (1992).

⁶ CORDERO (2008) p. 28.

las microempresas, recurran al procedimiento de reorganización, debido a la persistencia de barreras de entrada, promulga la Ley n.º 21563 que, conforme expresa su Mensaje, pretende facilitar la reincorporación de las MIPES viables al mercado, e incrementar las tasas de recuperación de créditos.

En consecuencia, debería entenderse que es interés del Estado que las MIPES que enfrenten un estado de insolvencia patrimonial, y que demuestren viabilidad, puedan ser rescatadas, protegidas y reencausadas en sus finanzas para así evitar fisuras en el sistema macroeconómico chileno; impedir que estas empresas pierdan a sus trabajadores y sus bienes de capital; afecten el sistema financiero; y no trastornen la eficiencia de la cadena de bienes y servicios desarrollada con sus *stakeholders*. El Estado pretende que solo en casos extremos y cuando la inviabilidad sea manifiesta, se proceda a la liquidación de la empresa, recordando que bajo conceptos antiguos se buscaba retornar a la cadena macroeconómica los factores productivos administrados de manera ineficiente por el deudor.

La Ley n.º 21563 no estableció ningún mecanismo específico que permitiera al Estado asegurar sus intereses en el proceso de negociación de un procedimiento de reorganización, es decir, que, acreditándose la viabilidad financiera de la propuesta de la MIPE, algún órgano estatal velara porque de manera efectiva esa empresa pudiera reemprender y evitar la liquidación, como hubiera sido, por ejemplo, el establecimiento de un sistema de salvataje judicial como el *cramdown*.

En consecuencia, se advierte como primer problema la ausencia de un mecanismo efectivo que permita asegurar, ante la viabilidad objetiva de una MIPE deudora, y frente a la opinión positiva del veedor, que el Estado, a través del poder judicial, garantice de una manera obligatoria la adopción de un acuerdo de reorganización. Dicho de otro modo, que se satisfaga el interés del Estado de Chile y de la sociedad en su conjunto.

2. Intereses de los acreedores

La ley concursal no define al acreedor o acreedores, como sí lo hace con el deudor. Para estos efectos, un acreedor es una persona natural o jurídica a quien se le adeuda una obligación (dar, hacer o no hacer) y, por lo mismo, tiene un derecho de crédito contra otra persona denominada deudor.

En el caso de las MIPES, no es posible hablar de un solo tipo de acreedores. Es muy frecuente encontrar entre los acreedores de las MIPES a otras MIPES, cuya azarosa vida comercial no difiere mucho de la empresa deudora. Estos acreedores casi siempre son proveedores, y dependen para su subsistencia como empresas de que sus deudores, otras MIPES, sigan siendo viables y cumplan sus compromisos de pago. Asimismo, estos acreedores son, respecto de la deudora,

un grupo de interés con una relación simbiótica, donde la mayoría de las veces tienen, a veces en forma recíproca, la calidad de proveedores y clientes estratégicos.

El interés de este tipo de acreedores no solo es la satisfacción de su crédito, sino que, de una manera genuina, la supervivencia de la empresa deudora, respecto de la cual tienen la calidad de *stakeholders*, y cuya liquidación resulta muchas veces desastrosa para ellos mismos⁷.

Por otro lado, existen los grandes acreedores institucionales, que poseen un peso económico, político y financiero muy superior al resto de los acreedores. Casi siempre tendrán las acreencias de mayor volumen, y las garantías reales y personales constituidas con eficiencia. La práctica bajo la actual ley concursal (y desde siempre) demuestra que para este tipo de acreedores el único interés real es la satisfacción de su crédito minimizando lo mejor posible las pérdidas.

Por tanto, el segundo problema que se advierte es la asimetría negociadora entre los propios acreedores de la MIPE, porque no siempre existe igualdad y comunidad de intereses entre ellos. Y la legislación sigue privilegiando el interés de aquellos acreedores con mayor poder económico y político, triunfando en la negociación los más fuertes.

3. Intereses de la MIPE

Los intereses de las MIPES consisten en recibir el apoyo de sus acreedores, y en especial de sus *stakeholders*, y con alguna eventualidad de sus grandes acreedores, para así llegar a un acuerdo de beneficio mutuo que tenga por objetivo salvar la empresa bajo condiciones razonables y sostenibles en el tiempo.

La MIPE expresará y demostrará su viabilidad económica al presentar su propuesta u oferta, dirigida a todos sus acreedores, donde les manifiesta en primer lugar que se encuentra en crisis de solvencia; en segundo lugar, que es viable y, en tercer lugar, la forma en que cree puede reorganizar sus activos y pasivos para cumplir con sus deudas, buscando el consentimiento de estos últimos⁸.

Ocurre con frecuencia que, antes de realizar la oferta o propuesta, habrá tratativas previas, que podrían denominarse como fase precontractual, donde se “explora” el terreno para estudiar la factibilidad de contar con los votos que aseguren la aprobación del convenio definitivo.

Los intereses de la MIPE coinciden algunas veces con los del Estado: que la deudora no vaya a liquidación, sino que se recupere, manteniendo así los empleos de sus trabajadores, pagando las acreencias de otras MIPES acreedoras,

⁷ CARVAJAL (2024).

⁸ MADRID (2022) p. 42.

preservando indemnes los factores productivos y, en definitiva, evitando que liquidaciones masivas alteren el orden macroeconómico del país.

Los intereses de la deudora son igualmente los intereses de las otras MIPES, que en esta negociación tienen la calidad de acreedoras. Muchas veces estas acreedoras tienen la calidad de proveedores y titulares de créditos de menor monto que los grandes acreedores, por lo que saben que la única forma de que se les paguen sus créditos es aprobando un convenio que permita la continuidad de la MIPE deudora.

Pero existe otro interés en juego en esta negociación, que la mayoría de las veces es común entre MIPES deudoras y acreedoras: la buena relación de negocios a mediano y largo plazo. Entre este tipo de empresarios micro y pequeños, a diferencia de lo que ocurre con los grandes acreedores, se desarrolla una relación simbiótica, es decir, una relación estratégica en la que ambas partes –a pesar del incumplimiento o crisis financiera– colaboran para maximizar el valor económico y garantizar la continuidad del negocio, en lugar de optar por una liquidación conflictiva. A estas MIPES les interesa seguir haciendo negocios entre ellas, se necesitan entre ellas. Por ello, la característica que se advierten cuando negocian MIPES que son acreedoras de una deudora, es el enfoque colaborativo, que se traduce en superar la visión adversarial tradicional (donde los acreedores buscan cobrar y los deudores evaden obligaciones), y en que ambas partes reconocen que preservar la empresa en crisis podría ser más beneficioso que su liquidación. De esta forma, estas otras MIPES acreedoras se convierten en los *stakeholders* externos de la deudora.

Esto no ocurre entre la MIPE deudora y sus grandes acreedores (instituciones financieras, cadenas de *retail*, grandes proveedores, etc.). El acreedor de mayor tamaño persigue, como fin último, y así lo demuestra la práctica profesional de los últimos diez años, el pago de su acreencia sin importar la satisfacción de los demás intereses en juego. Y la ley concursal, incluso con sus modificaciones, ha venido a proteger con especial preferencia este interés.

El tercer problema, en consecuencia, es la indiferencia de nuestra legislación frente a los legítimos intereses de la MIPE deudora, que siempre sucumbirá ante los de sus grandes acreedores.

En conclusión, no puede existir un buen acuerdo si no se satisfacen los intereses de todas las partes en la negociación o, al menos, parte de esos intereses. Pero lo que se observa en la práctica es que la ley no contiene normas que permitan, tanto en el proceso de negociación del convenio como en su resultado final, la satisfacción equilibrada de todos los intereses en juego, es decir, tanto los del Estado, como la de los acreedores y de la MIPE deudora. Por el contrario, lo que vemos hasta hoy, es que el sistema de votación y aprobación de los convenios de reorganización privilegian, en primer lugar (sino en forma única) el interés de los acreedores, y no de todos los acreedores, sino de aquellos que detentan el mayor poder.

III. LAS MIPES SE ENCUENTRAN EN DESVENTAJA AL NO PODER MANTENER SU INFORMACIÓN RELEVANTE Y SENSIBLE EN RESERVA DURANTE LA NEGOCIACIÓN DEL CONVENIO

Según Lourdes Munduate y Francisco Medina⁹, en un proceso de negociación racional, es decir, aquel donde las partes en conflicto deciden resolver sus problemas mediante un modelo de comunicación y decisión conforme a óptimos lógicos, debe darse una serie de supuestos básicos, sin los cuales no puede hablarse de un proceso de acuerdo libre, informado, equilibrado y racional.

Estos supuestos son: la existencia de partes en conflicto que han decidido someterse a un proceso (legal o espontáneo) de comunicación y decisiones que logren una solución; una relación de poder entre las partes que no implique una asimetría que signifique la imposición de un acuerdo o ultimátum, sino un resultado de un proceso persuasivo; una voluntad real y sincera de llegar a un acuerdo en el sentido que aconseja la naturaleza del problema; y un proceso sistemático de ofertas y contraofertas, basadas en mecanismos de comunicación, persuasión e información objetiva.

Cada vez que se cumplen estos supuestos, se puede afirmar que estamos frente a un proceso regular de negociación de buena fe y equilibrada.

Pero cuando existe desequilibrio de poder, el proceso negociador se distorsiona, y lo más probable es que la parte que tiene un poder que se manifiesta superior sobre la otra, no negociará, sino que impondrá un resultado, un acuerdo que solo beneficiará a esta última. O, lo que es peor, no llegará a ningún acuerdo, rechazando de plano la propuesta de la deudora.

Este desequilibrio de poder puede darse en el ámbito de la capacidad económica, política o social. Pero en otras ocasiones surge por el contexto interno y externo de una de las partes, que, por diversas circunstancias, se encuentra en desventaja frente a la otra, como ocurre, por ejemplo, en un estado de necesidad o situación de crisis.

Si las partes en un proceso de negociación perciben que están en un plano de igualdad para negociar, la tendencia de los negociadores es trabajar de buena fe, buscando acuerdos favorables para todas las partes, utilizando estrategias que desde la perspectiva ética son válidas, y los acercamientos entre las partes son cautos, prudentes, buscando toda la información que permita detectar alguna debilidad en la situación y en la posición del otro negociador; pero siempre creyendo que la contraparte debe ser respetada porque podría contar con herramientas (visibles u ocultas) que le permitan obtener buenos resultados.

⁹ MUNDUATE y MEDINA (2011).

Por eso, las debilidades y situaciones de necesidad que pueda estar experimentando uno de los negociadores, serán ocultadas por este para mantener el poder negociador que implica reservar esa información sensible. Y esto, porque la experiencia indica que cuando una de las partes detecta debilidad o estado de necesidad en la contraparte, estará tentada a aprovechar esa ventaja; y cuando esa debilidad o estado de necesidad es relevante o grave, la tendencia será cambiar de un estilo de negociación colaborativo a un estilo duro.

Uno de los exponentes más críticos del modelo de negociación de Harvard, Jim Camp, y que, por lo mismo, es uno de los paladines del estilo de negociación dura, señala que todo empresario debe dejar de lado la ingenuidad de creer que el mundo de los negocios es un mundo de amigos. Afirma que siempre hay que pensar que cuando una persona se enfrenta a un negociador que es un gran empresario, se debe considerar –sin exagerar– que es un depredador. El depredador sabe que, si la “presa” puede causarle algún daño, mantendrá las distancias con ella, pero en el momento que detecte alguna “debilidad” en esa posible presa, cambiará de actitud y se abalanzará sobre ella. Todo es cuestión de poder versus debilidad¹⁰.

Para Jim Camp, la debilidad más importante y que es explotada por un negociador es el conocimiento que se tiene del estado de necesidad del otro negociador. No es lo mismo negociar con alguien respecto de quien se cree que tiene poder y recursos o, al menos, un poder similar al del otro negociador, que saber que la contraparte está débil, debilitada su economía, al borde del colapso, al borde de perderlo todo, de que su MIPE desaparezca, en otras palabras, en un estado de grave crisis o de necesidad.

Y esto es lo que ocurre en el procedimiento concursal de renegociación de las MIPES cuando se les exige –y no podría ser de otra manera– que en su solicitud reconozcan encontrarse en un estado de insolvencia que podría ser reversible, revelando su situación económica, financiera y jurídica, exhibiendo su contabilidad (artículo 286 A en relación con los artículos 54 y 56 de la Ley n.º 20720). Entonces, al comenzar a negociar con sus acreedores, la MIPE parte con una enorme desventaja, ya que estos conocen de primera fuente su real situación económica, financiera y jurídica. Y a partir de este momento el proceso negocial se distorsiona y cualquier acuerdo está destinado al fracaso, o es un acuerdo que solo satisface los intereses de los acreedores, y como ya se ha señalado en este trabajo, no de todos los acreedores, sino de aquellos a quienes la ley les otorga más poder, y que son aquellos que tienen más poder económico y político.

Pero eso no es todo. Una de las tácticas de negociación dura muy utilizada es el uso de ultimátum: “si no accedes a tal petición que yo hago vendrá tal consecuencia para ti”. En el actual sistema de reorganización, ni siquiera es ne-

¹⁰ CAMP (2004) p. 34.

cesario que los acreedores den un ultimátum a la MIPE deudora. Es la propia ley la que en su artículo 96 le da un ultimátum a la deudora: Si los acreedores no concurren a conformar el *quorum* legal para aprobar la propuesta, el juez deberá dictar la resolución de liquidación, de oficio y sin más trámite. Entonces, ¿quién puede negociar de manera libre si se encuentra en desigualdad de armas y, de entrada, frente a un ultimátum legal?

Luego, el cuarto problema que se advierte es la institucionalidad normativa de la desigualdad negociadora entre la MIPE deudora y sus acreedores, desigualdad que va a desincentivar a aquella a recurrir a un procedimiento que ya está estructurado en favor de sus acreedores más poderosos, y que provoca dos efectos perversos:

- a) Distorsión del proceso negociador: Como advierte Jim Camp¹¹, cuando una parte detecta debilidad en la otra, la tentación de adoptar tácticas de negociación dura (ultimátum, amenazas veladas, chantaje, etc.) se vuelve casi irresistible.
- b) Pérdida de la libertad negociadora: La MIPE, al no poder ocultar su estado de necesidad, ve reducida su capacidad para realizar contraofertas o imponer condiciones.

IV. ANTE EL MANIFIESTO DESEQUILIBRIO DE PODER Y DESIGUALDAD NEGOCIADORA, NO EXISTEN EN LA LEY MECANISMOS QUE COMPENSEN DICHA DISTORSIÓN AL MOMENTO DE NEGOCIAR

En el ordenamiento jurídico chileno se observa como la ley, en algunas materias especiales, protege a una de las partes en conflicto cuando estas se encuentran en un plano de desigualdad, debilidad o asimetría de poder jurídico o económico. Lo podemos ver en el derecho laboral (trabajadores), en el derecho del consumidor (consumidores), en el derecho de familia (menores, adultos mayores, mujeres, etc.). La ley, cada vez que advierte una situación de asimetría de poder, interviene, estableciendo mecanismos sustantivos o procesales para restablecer los equilibrios.

Esto no se aprecia en el derecho concursal, y menos en la reorganización concursal.

Por el contrario, puede existir un caso donde el informe del veedor sea favorable, bien fundamentado y acompañado de sólidos antecedentes que le permitan sostener que la propuesta de reorganización concursal es viable desde la

¹¹ CAMP (2004).

perspectiva económica y financiera, y, sin embargo, tener el voto desfavorable de los acreedores, sin que el juez tenga las facultades para evitar esta situación, que bien pudiera constituir un caso de abuso del derecho.

Varios autores chilenos han propuesto como mecanismo de equilibrio o nivelación de las distorsiones que produce la asimetría de poder negociador entre la MIPE y sus acreedores, en forma especial los más poderosos, facultar al juez concursal de facultades que vayan más allá de verificar el cumplimiento formal de las formalidades, requisitos y *quorum* del procedimiento.

Este mecanismo sería similar a la figura del *cramdown*, y que consistiría en una aprobación judicial forzada de un plan de reorganización, incluso contra la oposición de algunos acreedores, siempre que cumpla ciertos requisitos legales de equidad y viabilidad.

Estoy de acuerdo, en principio, en esta posibilidad, ya que, como se ha venido repitiendo, no cabe duda que el sistema de reorganización concursal hay manifiesto desequilibrio de poder. Y la manifestación más clara de desequilibrio es la visión privatista del derecho concursal chileno que mira al solo interés de los acreedores, y no prevé la homologación judicial sustantiva de la propuesta de acuerdo que presenta la empresa, ya que la opinión favorable a la viabilidad de la empresa del veedor no es vinculante para los acreedores.

Y por eso, frente al quinto problema que se enuncia en el presente artículo, sostenemos que uno de los mecanismos compensatorios que podría incorporarse al sistema es la figura del salvataje judicial de la empresa o *cramdown*.

CONCLUSIONES

La Ley n.º 21563 no logró corregir la asimetría negocial en los procedimientos de reorganización, y al ignorar los principios de negociación en crisis, perpetúa un sistema donde los acreedores fuertes imponen todas las condiciones, y se ven tentados a utilizar el estilo de negociación dura. Amén de no resolver el conflicto de los distintos intereses, y no establecer las herramientas que armonicen estos intereses (del Estado, de los acreedores y de la MIPE).

Por eso, en la medida que la ley no establezca nuevos instrumentos eficientes que reduzcan aún más el desequilibrio de poder negocial entre MIPES y acreedores, permanecerá todavía el desincentivo para recurrir a la renegociación concursal.

BIBLIOGRAFÍA

- CAMP, Jim (2004): *De entrada, diga no* (Barcelona, Ediciones Urano).
- CARVAJAL ARENAS, Lorena (2024): "Los stakeholders de la mipyme insolvente", en Martínez Freile, Andrea y Lagos Villarreal, Osvaldo (dirs.) *Estudios de derecho comercial. XIII Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Tirant lo Blanch).
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2008): *Derecho concursal. La insolvencia en el derecho chileno* (Editorial Legal Publishing).
- FISHER, Roger y URY, William (1992): *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder* (Barcelona, Editorial Norma).
- MADRID CONTRERAS, Nicolás (2022): *Acuerdo de reorganización: objeto y límites*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Facultad Derecho, Universidad de Chile).
- MANOSALVA CARRASCO, Paulina (2020): "Tres supuestos de retiro unilateral en las negociaciones de un contrato"; *Revista Actualidad Jurídica de la Universidad Austral de Chile*.
- MUNDUATE, Lourdes y MEDINA, Francisco (2011): *Gestión del conflicto, negociación y mediación* (Madrid, Editorial Pirámide).
- PUGA VIAL, Juan (2015): *El acuerdo de reorganización* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).