

**LA MEDIACIÓN CONCURSAL: UN INSTRUMENTO Y ORGANISMO EXTRAJUDICIAL PARA SUPERAR EL ESTADO DE CRISIS DE LAS EMPRESAS EN DIFICULTAD FINANCIERA**

**Mónica María FUENTES-MANCIPE**

**Resumen:** Actualmente la mediación concursal se presenta como un instrumento y organismo extrajudicial con una regulación limitada en el ámbito concursal, lo que podría afectar negativamente su eficacia y especialmente su carácter extrajudicial y complementario en los ordenamientos jurídicos donde se ha implementado recientemente. Es por esto, que en este escrito se propone su aplicación como un procedimiento preconcursal que actúe de manera anticipada a la crisis y a la insolvencia en protección de la empresa y de la preservación de su actividad productiva a través de la viabilidad económica-financiera y el alivio empresarial.

En este sentido, para el cumplimiento de este objetivo se analizará la mediación concursal y su potencial como una herramienta de rescate empresarial: en un primer momento desde su análisis y conexidad con la mediación mercantil; para en un segundo momento proponerlo como un procedimiento preconcursal y finalmente analizar su aplicación en Italia con la vanguardia y novedad del *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza* y en Colombia desde la polémica derogación y aplicación permanente a futuro del régimen de rescate empresarial.

**Palabras clave:** mediación, concurso, insolvencia, crisis de empresa, insolvencia, precrisis, insolvencia probable, viabilidad financiera, rescate empresarial.

**Abstract:** Currently, bankruptcy mediation is presented as an extrajudicial instrument and body with limited regulation in the bankruptcy field, which could negatively affect its effectiveness and especially its extrajudicial and complementary nature in the legal systems where it has been recently implemented. This is why this document proposes its application as a pre-bankruptcy procedure that acts in advance of the crisis and insolvency to protect the company and the preservation of its productive activity through economic-financial viability and business relief.

In this sense, to fulfill this objective, bankruptcy mediation and its potential as a business rescue tool will be analyzed: initially from its analysis and connection with commercial mediation; to then propose it as a pre-bankruptcy procedure and finally analyze its application in Italy with the avant-garde and novelty of the *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza* and in Colombia since the controversial repeal and permanent application in the future of the business rescue regime.

**Keywords:** mediation, bankruptcy, insolvency, business crisis, insolvency, pre-crisis, probable insolvency, financial viability, business rescue.

## INTRODUCCIÓN

El derecho concursal en las últimas décadas se ha caracterizado por regular en los diferentes ordenamientos jurídicos procedimientos concursales recuperatorios y liquidatorios de carácter judicial y contractual, cuyo objetivo principal es solventar la situación de insolvencia del deudor; siquiera cuando dichos procedimientos no tienen el carácter de preinsolventes<sup>1</sup> pero su esencia parte de la corriente europea de propiciar, diseñar y construir soluciones a la crisis, previo a la insolvencia inminente.

---

<sup>1</sup> RICHARD, Efrain Hugo. "Perspectiva del derecho de la insolvencia" 2010, p. 19-28; ROJO, Ángel. Las ejecuciones en el concurso de acreedores: VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. aranzadi/civitas, 2016, Richard, E. H. Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. 2017. p. 1-31.

Así las cosas, el concepto de insolvencia probable juega un papel determinante frente a la crisis, dado que su fin: es el de atender la precrisis a través de la previsión del desequilibrio económico-financiero del deudor en un escenario preconcursal que otorgue todas las medidas necesarias para proteger la empresa como una unidad productiva, fuente de capital y de trabajo de los efectos de la insolvencia inminente<sup>2</sup>.

Seguidamente, las actuales circunstancias de crisis producto de fenómenos económicos como el decrecimiento de la productividad, la inflación y desinflación, propician que desde la arquitectura concursal de los diferentes ordenamientos jurídicos se tomen iniciativas destinadas a rescatar las empresas. Esto con el fin de preservar su viabilidad financiera desde su estabilidad económica a partir de la creación de estrategias y procesos destinados a renegociar las deudas y reestructurar la empresa en diferentes campos y con la ayuda de herramientas transversales de las Tic y la inteligencia artificial que proporcionen: transparencia, exactitud, celeridad y economía procesal.

Bajo este contexto, la mediación mercantil como un proceso extrajudicial en la última década ha cobrado gran relevancia, pues por su especialidad, elasticidad y naturaleza dinámica asegura que ante las clásicas controversias de derecho privado (contractuales, obligacionales, societarias, con proveedores entre otras); la posibilidad de no solo negociar a través de un experto independiente neutral; sino de reestructurar y proveer soluciones consensuadas fuera de un escenario judicial donde prima: la voluntariedad, neutralidad, confidencialidad, flexibilidad y en algunos casos ahorro de tiempo y costos.

Por lo expuesto, este artículo explorará la mediación concursal desde tres ángulos así: en primer lugar, como un instrumento y organismo extrajudicial equivalente y propio de los métodos alternativos de solución de conflictos en un ámbito puramente mercantil, para en un segundo momento verificar su denominación y naturaleza como un procedimiento preconcursal para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera desde la aplicación de esta figura en los ordenamientos jurídicos colombiano e italiano como un tercer y último escenario.

### **1. El papel de la mediación en las relaciones mercantiles**

Los métodos alternativos para la resolución de conflictos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se manifiestan como un instrumento y organismo extrajudicial, en el que un tercero neutral puede administrar justicia de manera imparcial y no discriminatoria a través de la prestación de un servicio, justo, transparente, eficaz y responsable<sup>3</sup> como es el caso de la mediación mercantil, claro está siempre y cuando se exteriorice el principio de la autonomía de la voluntad contractual por parte de los interesados que decidan recurrir a este instrumento.

En este sentido, medios extrajudiciales como la mediación se ocupan de dirimir conflictos propios del cumplimiento de las obligaciones entorno de las relaciones comerciales a través de los contratos, en donde comúnmente suelen producirse controversias relacionadas con: el conflicto

---

<sup>2</sup> Cfr. Con relación al concepto de insolvencia inminente CAMPUZANO, Ana Belén, 2024. "La insolvencia inminente en la legislación concursal española", Revista e-mercatoria. 23, Vol,1 (mar. 2024) p. 161–186., señala que: " el acceso al concurso de acreedores requiere insolvencia inminente o actual, sin perjuicio del alcance de la insolvencia cualificada y de la probabilidad de insolvencia en caso de solicitud de nombramiento de experto para recabar ofertas de adquisición de la unidad productiva, pudiéndose tomar esta referencia a los diferentes estados de insolvencia de un deudor y en específico en el escenario de la preinsolvencia en donde indudablemente en la adquisición de ofertas para superar este estado puede incursionar el instrumento de la mediación concursal".

<sup>3</sup> GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Contributi orig. di Guido Alpa. Giuffrè, 1976. p. 513 y ss.

entre socios o accionistas, disputas contractuales, problemas con proveedores o clientes entre otras que en resumidas cuentas guardan una relación estrecha con la administración de una unidad productiva desde un enfoque patrimonial como no patrimonial.

A este respecto, la mediación mercantil se caracteriza por contener una naturaleza heterocompositiva, en donde los interesados en una controversia buscan una solución a través de la intervención de un tercero neutral, quien tomará la decisión final a la controversia por medio de un proceso dinámico y continuo que permitirá no solo la solución a un problema; sino además la transformación de estructuras económicas y sociales desde la proposición de diferentes alternativas para preservar los negocios jurídicos, las relaciones contractuales y las obligaciones.<sup>4</sup>

Por lo expuesto, la mediación mercantil tiene un efecto interno al momento de su realización, razón por la que este método alternativo en algunos casos carece de efectos jurídicos obligantes para quienes acuden a negociar sus conflictos por este medio, ya que su fuerza vinculante radica en la centralidad y la libertad de las partes de negociar y llegar a un acuerdo; a diferencia de los efectos formales de métodos alternativos autocompositivos, como se muestra continuación:

**Tabla 1:** Efectos de los Métodos alternativos de resolución de conflictos autocompositivos y heterocompositivos.

Efectos formales Métodos Autocompositivos	Efectos Formales Métodos Heterocompositivos
La decisión que resuelve la controversia con ayuda del conciliador, amigable componedor e incluso las partes en el caso de la transacción produce un efecto vinculante, Inter partes y de obligatorio cumplimiento que consta por escrito, hace tránsito a cosa juzgada y presta merito ejecutivo.	Los efectos no se presentan, puesto que no es imprescindible hacer constar en un documento por escrito los acuerdos y soluciones a los que llegan las partes en compañía del mediador como fruto de una negociación.

**Fuente:** Interpretación propia acorde a lo propuesto por REMO F, Entelman, “Teoría de Conflictos”. Serie coordinada por Raúl Calvo Soler. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002, p. 43-66.

Respecto al carácter informal de los efectos que puede conllevar este instrumento, organizaciones internacionales como la CNUDMI en la adopción de la Convención sobre Mediación Comercial abierta en Singapur el 7 de agosto de 2019 destacan el papel del mediador, quien además de poseer un carácter informal y negocial deberá comportarse según lo requieren las circunstancias negociales de las partes y posteriormente según la estructura procesal predefinida en cada ordenamiento jurídico; en donde se aplique este instrumento acorde a su regulación y competencia.

En lo referente, la mediación trae consigo un alto valor de voluntariedad y reciprocidad, el cual implica para las partes llegar a una negociación, libre y espontánea con la posibilidad en algunos

<sup>4</sup> DI PIETRO, Maria. (2020). “La Estrategia Probatoria: La Prueba En La Mediación-Proceso Autocompositivo-Y En Juicio-Proceso Heterocompositivo”. Anuario XVIII centro de investigaciones jurídicas y sociales, p.263-276.

eventos de no existir un mínimo de confianza y fuerza vinculante para asegurar el cumplimiento de las obligaciones pactadas.

De ahí que, el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI<sup>5</sup> proponga dentro de sus instrumentos de *soft law* para la formulación, creación y aplicación de este tipo de acuerdos las siguientes recomendaciones:

- i. que se encuentre la firma del mediador en el acuerdo de mediación
- ii. que el acuerdo conste en un documento separado firmado por el mediador y que indique que la mediación efectivamente tuvo lugar;
- iii. que se expida un certificado emitido por una institución bajo cuyo auspicio tuvo lugar la mediación;
- iv. finalmente, que, en ausencia de cualquiera de los tres requisitos anteriores, cualquier medio de prueba aceptable para las autoridades competentes<sup>6</sup>.

Recomendaciones que hacen parte de la ley modelo sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales<sup>7</sup>, en donde además se sugiere un enfoque uniforme en cuanto a la definición, procedimiento y conducta de la mediación, así como sobre el nombramiento y funciones de mediadores, la confidencialidad y la relación de este instrumento con otros procedimientos judiciales o arbitrales, con el propósito de garantizar un entorno comercial más seguro y predecible.<sup>8</sup>

Es así como gracias a estos instrumentos de *soft law* y frente a las relaciones mercantiles transfronterizas en la actualidad se cataloga a la mediación como: “(i) una vía óptima para resolver conflictos transfronterizos, (ii) canalizar los conflictos derivados de las relaciones comerciales y (iii) otorgar un método que pueda desenvolverse a través de las diferentes formas tecnológicas de información y telecomunicación a distancia (on-line)”<sup>9</sup>.

Sobre la aplicación de la mediación mercantil desde un contexto internacional en países como Estados Unidos, se despliega como un procedimiento que responde a las exigencias del mercado en el derecho mercantil y privado en sectores como el manufacturero y financiero a través del uso de las TIC. Así como en el sector concursal, en donde este instrumento se manifiesta en las diferentes etapas del proceso de reorganización para conseguir que las partes interesadas en el momento previo y/o que se produzca la crisis se unan por medio de un acuerdo para facilitar la transición de

---

<sup>5</sup> Cfr. El se ocupa de analizar y proponer herramientas de *soft law* para la solución de controversias mediante el estudio de los métodos alternativos de solución de conflictos.

<sup>6</sup> Cfr. estas recomendaciones desde una versión actual de las siguientes sesiones de trabajo del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI : A/CN.9/1025 - Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018), A/CN.9/1026 - Proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI, A/CN.9/1027 - Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación, A/CN.9/1031 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos, A/CN.9/1031/Add.1 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos, A/CN.9/1031/Add.2 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de observaciones de los Gobiernos – Singapur

<sup>7</sup> COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, (2018), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación

<sup>8</sup> CHARRIS ESCOBAR, Adalgisa Elena, Et Al. “Los principios de mediación y conciliación en américa latina y el caribe: análisis comparado a partir de la ley modelo de La CNUDMI sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”. 2021.p.12-23.

<sup>9</sup> MARTÍN DIEZ, F; “Mediación en derecho privado en Revista General de Derecho Procesal” (2014) Núm. 33 p. 2

la crisis a la insolvencia, en los términos del *Chapter 11, Title 11, del United States Code Bankruptcy*.<sup>10</sup>

En países como Reino Unido, Austria y Alemania,<sup>11</sup> la mediación mercantil se ha caracterizado por ser un método eficaz para resolver conflictos empresariales derivados de incumplimientos contractuales, de obligaciones pendientes de pago y en general de todos aquellos conflictos comerciales internos que aparecen como producto del desequilibrio del giro ordinario de los negocios de la empresa y el empresario en tiempo de crisis.

Por cuanto antecede, aunque la mediación concursal parte de la mediación mercantil, su diferencia radica en que en la primera el objetivo principal que busca el mediador no solo recae en negociar las deudas, sino además en reestructurar la empresa a través de sus funciones y conocimientos, ya que durante el curso del procedimiento y con base en su experticia deberá crear un plan de reestructuración que permita la negociación y comunicación de las necesidades del deudor y sus acreedores previo a su situación de crisis e insolvencia.

Con referencia al propósito de la mediación concursal, debe señalarse que sus aspectos procesales y sustanciales cambian acorde a las necesidades de los comerciantes en los regímenes de insolvencia, siquiera cuando permea su carácter flexible que permite la continuidad de las negociaciones y del giro ordinario de la empresa, siempre y cuando esta continúe siendo viable y su actividad permita la reestructuración como una gestión anticipada a los riesgos de la insolvencia en un escenario probable de insolvencia y precrisis.

Lo anterior, es un escenario consecuencia de los factores de la precrisis tales como: el decrecimiento de ingresos sin una disminución proporcional en los gastos, el aumento de obligaciones, mala gestión de los recursos por falta de planificación financiera o decisiones empresariales ineficaces y cambios negativos en el mercado, como pérdida de clientes importantes, competencia creciente y/o crisis económicas.

En este orden de ideas, los factores negativos que conlleva en algunos casos la mediación concursal pueden ser subsanado a través de componentes como la reestructuración de las deudas, la planificación financiera, la reducción de costos, la maximización de los bienes y el aumento de ingresos.

Traduciéndose estas habilidades en la eficacia, imparcialidad y competencia del mediador en aras de proporcionar economía procesal por su bajo costo, flexibilidad en el procedimiento y celeridad en los cortos plazos para encontrar una solución que en consideración con otros métodos como el arbitraje o incluso un procedimiento judicial requieren mayores formalidades procedimentales y judiciales, así como el estado de insolvencia inminente.

## **2. ¿La Mediación concursal como un procedimiento Preconcursal?**

---

<sup>10</sup> BERKOFF, Leslie et al, "The Use of Mediation in Large Chapter 11 Cases: Useful, Voluntary and Mandatory (Part I)". *American Bankruptcy Institute Journal*, 2023, vol. 42, no 8, p. 20-52.

<sup>11</sup> Cfr. GIACALONE, Marco; GIACALONE, Paola. "The development of e-mediation in Europe and in the rest of the world: comparative approach and the reasons for a double speed". *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022, vol. 2, p. 343-379, señalan que la mediación concursal surge en estos países desde la década de los 60 y 70 como un método de descongestión judicial en donde por ejemplo en Austria, han optado por una alta densidad normativa sobre la mediación en protección al consumidor promoviendo el Estado la mediación, la seguridad jurídica y la necesidad de trazar una línea entre la mediación y los servicios jurídicos profesionales, mientras que en países como Holanda prefieren muy pocas intervenciones legislativas, para no sofocar la creatividad y la flexibilidad necesarias para una disciplina que aún está en desarrollo y que entonces demuestra la tensión entre la voluntariedad de la mediación y el abuso de la libertad por parte de algunos actores del mercado a través de una regulación seleccionada.

En sede de regulación del concurso de acreedores donde se delimita la insolvencia inminente y la insolvencia actual y previo a este escenario por lo ya expuesto, se infiere sobre la mediación concursal que resulta oportuno en esta reflexión a continuación: identificar y describir a este instrumento desde la necesidad de la eficiencia y simplificación de los procedimientos de insolvencia, para su proposición como un procedimiento concursal que permitan la protección efectiva de los derechos y principios del posible deudor y sus acreedores.

El diseño legal de la preconcursalidad en los últimos años se ha venido presentando gracias al fenómeno de la gestión anticipada de la crisis, el cual tiene como fin responder con celeridad y eficiencia al estado de precrisis de los comerciantes a través de diferentes instrumentos extrajudiciales como la mediación concursal, que además de proteger a los acreedores proporcionan una solución para afrontar las dificultades económicas-financieras de una manera más expedita y especializada<sup>12</sup>.

De ahí que, la propuesta de este instrumento como preconcursal surja desde su esencia como una forma preventiva de reorganizar al deudor y evitar a toda costa la insolvencia inminente en términos expeditos con sus acreedores y diversas formas de viabilidad y financiación. Teniendo en cuenta que dichas propuestas tendrán como fin establecer medidas consensuadas entre el deudor (empresa) y sus acreedores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones pendientes y restablecer el equilibrio económico y financiero de la actividad productiva como un proceso de esta naturaleza.

Por consiguiente, la viabilidad de la empresa debe resultar determinante a través de los acuerdos de reestructuración, los procedimientos de refinanciación y la homologación de las deudas. Implicando ello que este tipo de procedimientos contengan un carácter correctivo, toda vez que de la determinación de la insolvencia probable su fin principal será el de corregir las dificultades del giro ordinario de los negocios de la empresa como actividad productiva, así como asegurar a los acreedores el cumplimiento de las obligaciones dinerarias por medio de la creación de una fórmula de pago anticipada y renegociada<sup>13</sup>.

Labor que, desde luego, le corresponderá al mediador como un experto independiente que garantizará el cumplimiento de los intereses del crédito de los involucrados en el pre-concurso, sin considerar elementos formales y procedimentales para su validación en cuanto a su naturaleza y fuerza interna Reorganizacional. Siquiera cuando la introducción de este instrumento en un régimen de insolvencia: puede limitar o ampliar aspectos procesales determinantes de la *lex fori Concursus* como puede ser la intervención en casos excepcionales de una autoridad judicial que valide supervise y monitore la función del mediador desde la reestructuración de la empresa.

Frente a las funciones de reorganización del mediador, la experiencia europea con la Directiva (UE) 2019/1023 ha establecido los marcos de reestructuración preventiva de la crisis, que tienen como propósito establecer un conjunto de normas y procedimientos diseñados para permitir que las empresas en dificultades financieras se reestructuren de manera temprana y eficiente. Conservando su viabilidad financiera desde herramientas como los planes de reestructuración, la mediación y negociación, la supervisión judicial administrativa, la incursión de herramientas financieras para la conversión de las deudas en capital, la reprogramación de pagos, reducción de intereses y la participación de acreedores.

---

<sup>12</sup> ROJO FERNÁNDEZ, Ángel. "Intervención en el Congreso Internacional sobre Insolvencia, realizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia." Bogotá, Colombia. Mayo de (2007).

<sup>13</sup> FUENTES-MANCIPE, Mónica María (2021). Editorial. Inciso, 23(2) p. 1-4.

Siendo esencial a este punto resaltar la importancia del concepto de viabilidad, ya que “la falta de esta no sólo conlleva el mantenimiento artificial de actividades o empresas inviables, sino que una reestructuración sin viabilidad o con serias dudas sobre la recuperación de esa viabilidad puede agravar aún más la situación, en detrimento de todos los interesados o afectados”.<sup>14</sup>

En suma, la posibilidad de negociación directa de las deudas permite beneficios como la extensión de plazos, la reducción de tasas de interés, o la condonación parcial de la deuda desde los planes de reestructuración como un conjunto de medidas y estrategias diseñadas para reorganizar la situación financiera y operativa del deudor en crisis desde la mediación concursal en un escenario preconcursal.

No obstante, en relación con la elaboración de acuerdos extrajudiciales debe señalarse que la mediación concursal conlleva a que la renegociación en algunos casos sea aislada en un escenario precrisis,<sup>15</sup> pues no todos los acreedores tendrán que involucrarse y esta situación conlleva a que el mediador obtenga un papel crucial en el éxito de este instrumento, pues dentro del plan y de los acuerdos extrajudiciales no todos los créditos y clases concursales son llamados a renegociar.

En efecto, la elaboración del plan de reestructuración descansa sobre dos ejercicios previos: la adecuada delimitación del pasivo afectado por el plan y la correcta formación de las clases de créditos. De esta forma, la delimitación del pasivo “afectado” y “no afectado” por el plan debe realizarse al mismo tiempo que la “estratificación” del pasivo en clases por su orden de prelación (la formación de clases); todo ello teniendo presente que, como se verá, el pasivo “no afectado” también constituye una clase de acreedores (aunque caracterizada por no participar y no votar en la adopción del plan).<sup>16</sup>

Implicando lo anterior que la naturaleza de los planes de reestructuración dentro de la renegociación directa entre el acreedor y deudor en la mediación concursal otorguen un papel trascendental al mediador, quien deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- **Claridad entre los conceptos de categorías y clases de créditos**, pues aunque estos términos suelen utilizarse en los ordenamientos jurídicos indistintamente, su división y clasificación representan efectos diferentes; toda vez que las categorías de créditos se refieren a la clasificación de las obligaciones del deudor según su naturaleza; mientras que las categorías se presentan como una subdivisión dentro de cada categoría que agrupa a los créditos con características similares para propósitos específicos, como votaciones en un plan de reestructuración y/o para estar sujetas o no a una mediación concursal.
- **Suspensión de ejecuciones forzosas**, en los casos en que el deudor requiera de este beneficio con el propósito de generar estabilidad financiera para renegociar la deuda de manera libre y sin la presión de ejecuciones inminentes.

---

<sup>14</sup> CAMPUZANO, Ana, Belén, “La insolvencia inminente en la legislación concursal española”, Revista e-mercatoria. 23, vol 1, (mar. 2024), p. 161–186

<sup>15</sup> MARTÍ, Adrián Thery, “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016” Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2017, no 27, p. 513-548.

<sup>16</sup> MORENO BUENDIA, Francisco, Jesús. “El alcance de los planes de reestructuración: los créditos afectados. En La Reestructuración como solución de las empresas viables”, Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 295-329.

- **Intervención judicial**, para aprobar y hacer cumplir los planes de reestructuración, especialmente en casos donde el uso de los métodos alternativos para la solución de conflictos como la mediación requieren de formalidades adicionales.
- **Tener en consideración la mayoría de los acreedores**, ya que como el carácter de la renegociación es residual todo los acuerdos y decisiones para el saneamiento de la crisis debe ser vinculante para todos los acreedores en cuanto a su aprobación y a la mayoría cualificada que se requiere para ello; ya sea mediante renegociaciones colectivas o a través de un consenso generalizado<sup>17</sup>.

Dentro de estos aspectos sustanciales, la asimetría de poder entre un crédito categorizado y uno privilegiado requiere que durante el tiempo en que se realice la mediación concursal prevalezca el principio de la *omnium para conditio creditorum* frente a todos los acreedores, aun cuando en la realidad algunos acreedores sean más fuertes que otros y ello dificulte la negociación y el alcance de un acuerdo equitativo.

Por lo expuesto, la mediación concursal tiene una aplicación residual entre los acreedores, ya que algunos de ellos pueden tener intereses diferentes y propiciar este escenario para ejercer una posición dominante, aun cuando el carácter de este instrumento es preventivo y actúa como una gestión anticipada de la crisis.

En consecuencia, el mediador no solo debe poseer conocimientos judiciales sino además económicos y financiero, así como contar con un equipo técnico que posea experiencia y conocimientos sobre: la estructura de la deuda y la creación del plan de reestructuración. Ya que esta labor puede ser compleja cuando la empresa cuenta con múltiples acreedores y diferentes tipos de deuda que incluso pueden conllevar a conflictos trasfronterizos y a la negociación con acreedores en otras jurisdicciones.

Finalmente, para que la mediación concursal tenga éxito como un procedimiento preconcursal desde la opinión de la doctrina; es necesario que responda a los siguientes tipos de eficiencia concursal:

**Tabla 2:** La eficiencia concursal ex ante e intermedia de la insolvencia en la mediación concursal

Tipo de Eficiencia	Contexto de la eficiencia	El papel de la mediación Concursal
Ex ante	La creación de instrumentos preventivos a la crisis evita que el deudor tome decisiones en contra de los intereses de los acreedores y proporciona eficiencia en la distribución de activo en asuntos relevantes la calificación y categorización de los créditos acorde al principio de la <i>omnium par conditio creditorum</i> .	En este tipo de eficiencia, la promoción de acuerdos Preconcursoales a través de este instrumento, no solo permite la reestructuración de las deudas sino celeridad en cuanto a parámetros claros sobre la prioridad de pagos a los diferentes acreedores. Asegurando esta estrategia una distribución justa y equitativa sin la

<sup>17</sup> Cfr. Las sugerencias frente al papel del mediador concursal provienen de una interpretación propia de lo propuesto por VÁZQUEZ GONZÁLEZ, José Carlos. El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica. Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), 2023, vol. 11, p. 83-140.

		necesidad de cesar las actividades del giro ordinario de los negocios del deudor.
<b>Intermedia</b>	La realización de acuerdos extrajudiciales busca una eficiencia intermedia en donde la maximización del valor de las empresas es un aspecto determinante para superar la crisis económica patrimonial y no patrimonial previo de la declaración de insolvencia.	La maximización de los bienes del deudor en un escenario preconcursal implica la realización de un acuerdo preconcursal y de un plan de reestructuración que asegure la precisión y transparencia para la valoración de activos a través de mecanismos eficientes que no solo permitan: la venta de activos, la renegociación y reestructuración sino además la máxima recuperación de la empresa.

**Fuente:** Interpretación propia a partir de LÓPEZ-GUTIÉRREZ, Carlos; et. al “¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia”. *Innovar*, 2011, vol. 21, no 41, p. 125-144, BECCHETTI, Leonardo; SIERRA, Jaime. “Bankruptcy risk and productive efficiency in manufacturing firms. *Journal of banking & finance*”, 2003, vol. 27, no 11, p. 2099-2120.

### 3. La aplicación de la Mediación como mecanismo extrajudicial para superar la crisis de las empresas en Italia y Colombia

Posterior a la conceptualización de la mediación concursal y su propuesta como un instrumento preconcursal, se procederá analizar brevemente la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico italiano desde las novedades y soluciones preventivas propuestas por el *Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza* y su vanguardia en el seguimiento de la Directiva Comunitaria 2019/1023 y en el caso colombiano el análisis de los Decretos 550 y 772 de 2020, los cuales preveían el régimen de rescate empresarial derogado recientemente y con efectos de aplicación futuros como parte de un proyecto de ley recientemente aprobado para su vigencia de carácter permanente.<sup>18</sup>

Para el cumplimiento del propósito antes expuesto en ambos ordenamientos jurídicos frente a la aplicación de la mediación concursal se revisarán los siguientes aspectos: condiciones para acceder a la mediación concursal, validación judicial (en caso de ser requerida), el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación.

La elección del ordenamiento jurídico italiano y colombiano, recae en el que la experiencia de la introducción de la mediación concursal como una herramienta preconcursal en respuesta a la gestión anticipada de la precrisis y preinsolvencia en ambos regímenes revela: 1. La creación y regulación de la mediación concursal desde un marco legal preconcursal en respuesta a la preinsolvencia; 2. La naturaleza de la mediación concursal como un instrumento de negociación

<sup>18</sup> República de Colombia, Proyecto de Ley, “Por medio del cual se establece la legislación permanente de los decretos legislativos 560 y 772 de 2020 en materia de insolvencia empresarial y se dictan otras disposiciones.

libre y sujeto a la discrecionalidad de los intereses como una gestión anticipada de la crisis y 3. La introducción de este instrumento y la extinción de su aplicación por efectos procesales y materiales que disminuyen la celeridad, eficiencia, confidencialidad, neutralidad y negociabilidad de este instrumento.

### 3.1 La aplicación de la Mediación Concursal en el Ordenamiento Jurídico Italiano

Previo analizar la existencia de la mediación concursal en el *Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza*, debe señalarse que en este cuerpo normativo la gestión anticipada de la crisis surge como una alternativa para la prevención de la liquidación judicial como insolvenza irreversible a través del salvamento de las empresas. En este contexto, los conceptos de precrisis, crisis e insolvenza son trascendentales, ya que estructuran el marco concursal, así como los procedimientos preconcursales, concursales y para concursales.

Ahora bien, en aras de verificar la aplicación de la mediación concursal en este ordenamiento, los conceptos de crisis e insolvenza a la luz del CCI y de precrisis acorde a la doctrina son los siguientes:

**Tabla 3:** Definiciones de precrisis, crisis e insolvenza en el régimen de insolvenza italiano

PRECRISIS	CRISIS	INSOLVENCIA
Aunque no está contenida esta definición dentro del CCI, la doctrina la ha definido desde el procedimiento de la composición negociada de la crisis como una condición de desequilibrio patrimonial económico-financiero, que ve la necesidad de adecuar, acomodar la actividad empresarial a una ruta que le permita dar discontinuidad al pasado, recuperando la empresa de la inestabilidad en la que se encuentra. <sup>19</sup>	El CCI la define como el estado del deudor que hace probable la insolvenza y que se manifiesta con la insuficiencia de flujos de caja esperados para hacer frente a las obligaciones pendientes de pago en los sucesivos doce meses siguientes al momento en que se presenta un desequilibrio económico-financiero y/o patrimonial. <sup>20</sup>	Así mismo, el CCI define la insolvenza como el Estado del deudor que se manifiesta con el incumplimiento u otros hechos externos, los cuales demuestran que el deudor no está en grado de satisfacer regularmente sus obligaciones <sup>21</sup> .

**Fuente:** Interpretación propia desde AMBROSINI, Stefano, «La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 12 y los literales (b) y (c)

<sup>19</sup> AMBROSINI, Stefano, «La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 12

<sup>20</sup> Cfr. *El Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8. En su el art. 2 literal C) consagra expresamente: «crisi»: lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi.

<sup>21</sup> Cfr. *El Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8. En su el art. 2 literal b) define a la insolvenza como: lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

del art. 2 del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione* della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8.

Las anteriores definiciones, implican que, en este ordenamiento, el estado de precrisis para la incursión en la mediación concursal se establezca en 12 meses desde la previsibilidad de la insolvenza, determinada a través de la verificación del estado financiero y patrimonial de la empresa. Esta precrisis puede ser causada por dificultades patrimoniales, como un desequilibrio económico-financiero, y/o por dificultades no patrimoniales, como consecuencia de una gestión, administración y funcionamiento inadecuados de la empresa.

Con relación a la determinación de la crisis como un estado antecedente y propio de la insolvenza previsible y la precrisis, el desequilibrio económico-financiero que se percibe al interno de la empresa puede ser reestablecido a través del mecanismo extrajudicial denominando composición negociada de la crisis (*Composizione negoziata della crisi*),<sup>22</sup> el cual más allá de verificar el estado financiero y patrimonial de un deudor con dificultades; tiene como objetivo evitar su liquidación desde un enfoque interno, preventivo, confidencial, alternativo y preconcursal.<sup>23</sup>

En este sentido, la aplicación de la mediación concursal en este procedimiento radica en la posibilidad que comparten ambos instrumentos de reestructurar y renegociar las dificultades financieras del deudor en un escenario preconcursal a través de la realización de acuerdos de reestructuración que posteriormente pueden homologarse con el fin de reaccionar ante la posible insolvenza de los empresarios desde una vía extrajudicial.<sup>24</sup>

Es por ello, que frente a la determinación de la naturaleza de este procedimiento las condiciones para acceder a la composición negociada de la crisis, su validación judicial (en caso de ser requerida), el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación en este ordenamiento son las siguientes:

**Tabla 4:** Características del procedimiento de la composición negociada de la crisis

<p><b>Condiciones de acceso</b></p>	<p>Desde la naturaleza preventiva de este instrumento, el <i>Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza</i> no contempla los presupuestos objetivos de la insolvenza para su acceso, ya que su incursión se deriva de la iniciativa del deudor, sus acreedores y los directamente interesados.</p> <p>Razón por la cual este instrumento es apto para todos los comerciantes (persona jurídica incluso los grupos de empresa) con excepción de los deudores persona natural denominados en el <i>Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza</i> como consumidores y profesionales independientes.</p> <p>Por lo expuesto y de acuerdo con el carácter extrajudicial de este instrumento, el art. 12 del CCI señala como condiciones para su acceso una</p>
-------------------------------------	--

<sup>22</sup> Cfr. Este instrumento concursal se encuentra en el Título II - *Composizione negoziata della crisi*, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi, Capo I - *composizione negoziata della crisi*, Artículo 25 - *conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese* del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, decreto legislativo del 12 gennaio 2019.

<sup>23</sup> NIGRO, Alessandro, VATTERMOLI, Daniele, "Diritto della crisi delle imprese, le procedure concursuali", Il Mulino strumenti, quinta edizione, Bologna, 2021, Parte I p. 1-30

<sup>24</sup> MUCCIARELLI, F, et al. Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il dl 24 agosto 2021 n. 118. *sistema penale*, 2021, p. 1-6

	<p>serie de criterios subjetivos que solo pueden ser verificables por el deudor al interno de su actividad productiva, desde la presentación de su información contable y financiera como un presupuesto objetivo en el que se demuestre su estado de crisis y por ende el desequilibrio económico-financiero y/o patrimonial que hace probable la crisis o la insolvencia<sup>25</sup>.</p>
<b>Validación Judicial</b>	<p>Ahora bien, desde la competencia de la Cámara de Comercio que le es otorgada a este instrumento por su naturaleza extrajudicial, este solo requiere validación judicial en casos excepcionales tales como: el otorgamiento de medidas de protección y precaución para proteger su patrimonio, ya que en su fase procedimental y desde el inicio de las negociaciones los acreedores no podrán iniciar o continuar con acciones ejecutivas y cautelares sobre el patrimonio o sobre los bienes y derechos con que constituya la empresa y/o solicitar derechos de prelación en cuanto a sus créditos.</p> <p>Es decir que con el ánimo de garantizar la continuidad social del deudor y promover su viabilidad económica y reestructuración, durante las negociaciones, se requiere de la autorización del tribunal del domicilio de la empresa para: realizar contratos de préstamos asistidos por el beneficio de deducción previa y/o para transmitir la sociedad o una o más sucursales de ella, en virtud de que son actos en los que un tribunal debe evaluar que dichos actos sean funcionales y permita la continuidad del negocio y la mejor satisfacción de los acreedores.</p> <p>Autorizaciones y medidas que en todo caso no cohiben el carácter alternativo y libre del instrumento y protegen los intereses del deudor desde un escenario legal para evitar perjudicar las negociaciones con los acreedores<sup>26</sup>.</p>
<b>Experto de la composición negociada</b>	<p>Acorde a la naturaleza de este instrumento el art. 12 del Decreto Legislativo 14/2019 imprime en el espero de la composición negociada el carácter de un perito cuyo propósito será el facilitar las negociaciones entre el deudor, los acreedores y cualquier otra parte interesada con el fin de identificar una solución para superar la crisis.</p> <p>Es decir que este experto independiente debe ser un tercero, que no asiste al empresario ni reemplaza a las partes en el ejercicio de la autonomía privada, sino que tiene la tarea de facilitar las negociaciones y estimular los acuerdos desde la comunicación y la comprensión de los problemas e intereses de los directamente involucrados<sup>27</sup>.</p> <p>De ahí que este actúe desde un escenario guiado y protegido, en el que el límite a sus funciones provenga de la obligación de neutralidad y transparencia, de sus competencias en cuando a que sus funciones no son</p>

<sup>25</sup> ANGEL GUARNIZO, Luz Karime, "La composición negociada de la crisis de las empresas en Italia. La ley mercantil, 2023, no 103, p. 1-21.

<sup>26</sup> BACCAGLINI, Laura, "Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali". Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2022, vol. 2022, p. 1091-1115

<sup>27</sup> ESPINAR, María Belén Merino, "Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad". Revista de Derecho Civil, 2015, vol. 2, no 1, p. 175-192.

	<p>jurisdiccionales sino única y exclusivamente conciliatorias desde una orientación técnica y económica en la que la confidencialidad se manifieste en la protección de la información, el resguardo de datos desde su actuación en cumplimiento del CCI.</p> <p>En cuanto a la conformidad legal del experto independiente, este, deberá cumplir con las leyes y regulaciones aplicables, así como con la supervisión y validación del tribunal competente, el que puede rechazar propuestas que no se ajusten al marco legal dentro del límite temporal en el que este sea designado con responsabilidad y ética profesional.</p>
<p><b>Incurción de las nuevas tecnologías</b></p>	<p>La solicitud para acceder a la composición negociada de la crisis y nombrar a un Experto independiente, se debe presentar ante el Secretario General de la Cámara de Comercio del territorio donde se encuentra el domicilio social de la empresa, a través de una plataforma telemática nacional.<sup>28</sup></p> <p>La solicitud debe ir acompañada de toda la documentación requerida por la ley (art. 17, apartado 3, Decreto Legislativo 14/2019), que también se especifica en el formulario online de presentación en la plataforma, por lo que, para enviar la solicitud, el empresario debe contar con un dispositivo de firma digital.</p> <p>Esta plataforma, sin duda alguna es un avance relevante para el derecho concursal, ya que este portal web proporciona toda la información necesaria sobre el acuerdo negociado, incluyendo cómo activar el proceso y los documentos que deben presentarse, así como una prueba práctica en línea para verificar la viabilidad razonable de la recuperación y una lista de verificación detallada con las indicaciones operativas para elaborar un plan de recuperación<sup>29</sup>.</p> <p>Integración de las nuevas tecnologías que sin duda alguna en el ámbito de insolvencia transforma la manera en la que se gestionan y resuelven las crisis empresariales desde la eficiencia, la celeridad, la transparencia y efectividad de los procedimientos concursales.</p>

**Fuente:** Interpretación propia y traducción del Titolo II - *Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi, Capo I Composizione negoziata della crisi. Articoli 12 al 24, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 aggiornato al D. lgs 17 giugno 2022, n. 8.*

Con base en los aspectos antes mencionados, la aplicación de la mediación concursal en la composición negociada de la crisis tiene como fin concretar la búsqueda de un punto de encuentro entre los acreedores y el deudor en un escenario en donde el deudor cuenta con viabilidad económica y cuyo éxito en los 12 meses siguientes previos a la situación de insolvencia inminente, presupone que cada una de las partes involucradas desde la negociación y reorganización renuncie

<sup>28</sup> Cfr. La plataforma nacional de apoyo a las empresas en dificultades puede consultarse en el siguiente portal web: <https://composizionenegoziata.camcom.it/ocriWeb/#/home>

<sup>29</sup> RIVA, Patrizia, et al. "Presupposto oggettivo e piattaforma nazionale. En La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento", dl 118/2021 conv. in l. 147/2021, Zanichelli Editore Spa, 2022. p. 1-18.

a determinadas prerrogativas y bienes para satisfacer las obligaciones pendientes con el fin de preservar la empresa como unidad productiva, fuente de explotación económica y empleo.

### 3.2 La aplicación de la Mediación Concursal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano

Respecto a la aplicación de la mediación concursal en Colombia, debe señalarse en primer lugar que el régimen de insolvencia contenido en la Ley 1116 de 2006 no hace referencia a la situación de precrisis, crisis e insolvencia del empresario, sino única y exclusivamente al estado de insolvencia e insolvencia inminente.<sup>30</sup>

No obstante, en el año 2020 y con el fin de disminuir las consecuencias presentes y futuras de la pandemia ocasionadas por el Covid-19 surge dentro de la arquitectura concursal colombiana el Régimen de rescate empresarial,<sup>31</sup> el cual buscaba atender las dificultades económicas y financieras de los empresarios en un escenario previo al de los procedimientos clásicos de Reorganización y liquidación judicial contemplados en el Régimen de insolvencia de la Ley 1116 de 2006.

En la actualidad, este régimen no se encuentra en vigencia en cumplimiento de la decisión SC-390 de 2023 de la Corte Constitucional, quien declaró la inexecutable del inciso 2 del artículo 96 de la Ley 2277 de 2022 mediante el cual se prorrogaba y extendía la vigencia de los Decretos 560 y 772 de 2020 denominados régimen de rescate empresarial hasta el 31 de diciembre de 2023 por factores sustanciales como la falta de la unidad de materia de la ley tributaria en donde se extendía la vigencia de este régimen.<sup>32</sup>

Seguidamente y frente a la necesidad de un régimen de rescate empresarial como un escenario preconcursal necesario para los comerciantes a fin de evitar la liquidación judicial en tiempos de crisis, el 18 de junio de 2024 la plenaria de la Cámara de Representantes de este ordenamiento jurídico aprobó sin modificaciones el Proyecto de Ley 365 de 2024, (PL 106 de 2023S) el cual tiene como objeto incorporar como legislación permanente el Decreto 560 y 772 de 2020 que prevén

---

<sup>30</sup> *Cfr.* El ordenamiento jurídico colombiano en la Ley 1116 de 2016, por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones, considera como supuestos para acceder a un procedimiento de insolvencia según el artículo 9 el estado de insolvencia actual (cesación de Pagos) como aquel en el que deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones y el estado de insolvencia inminente ( Incapacidad de pago inminente) como la situación en la que el Deudor acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

<sup>31</sup> *Cfr.* El régimen de Recuperación empresarial en Colombia tiene como finalidad Proporcionar una Mayor capacidad y cobertura de la insolvencia de los Deudores en emergencia Económica, social y ecológica, así como ofrecer Confidencialidad, transparencia, Imparcialidad e independencia, a través de los siguientes mecanismos pre concursales contemplados en el Decreto 560 y 772 de 2020 y la Ley 2277 DE 2022, decretos que a la fecha fueron derogados por la Sentencia C-390 de 2023 de la Corte Constitucional.

<sup>32</sup> *Cfr.* Para efectos constitucionales el principio de unidad materia según El principio de unidad de materia se encuentra contemplado en los artículos 158 y 169 de la Constitución Política de Colombia y acorde a las decisiones C-440 de 2020, C-464 de 2020 y C-464 de 2020, la Corte Constitucional ha establecido que dicho principio busca evitar que en el trámite legislativo se introduzcan normas que no tienen relación con lo regulado en la ley. Así, de acuerdo con lo dispuesto en la sentencia C-493 de 2015, señaló que el propósito general del mencionado principio es el de racionalizar y tecnificar el proceso de deliberación y creación legislativa, que para este caso en concreto se manifiesta por la falta de conexidad de la creación de un régimen de rescate empresarial dentro de una reforma tributaria a pesar de que dicho régimen concebía a los deudores en insolvencia probable beneficios tributarios parte de esta reforma.

como procedimientos Preconcursoales: la negociación de Emergencia de los acuerdos de reorganización<sup>33</sup> y la recuperación empresarial.

En la actualidad únicamente se encuentran vigentes como procedimientos concursales para los comerciantes en crisis, los procedimientos de reorganización empresarial, liquidación judicial y en casos extraordinarios la realización de acuerdos extrajudiciales por las razones antes expuestas.

Ahora bien, frente a la aplicación de la mediación concursal en este ordenamiento se infiere que esta se aplicó a partir de la creación del procedimiento de recuperación empresarial contenido en el polémico régimen de rescate empresarial como un alivio financiero en tiempos de crisis de los comerciantes durante la época de la pandemia ocasionada por el covid-19 y posteriormente y hasta el año 2023 como un alivio financiero para los comerciantes en estado de precrisis e insolvencia probable, aun cuando el régimen de insolvencia colombiano no prevé estos estados.

Como se puede observar, el procedimiento de recuperación empresarial consistía en la realización de un acuerdo extrajudicial, en el que los deudores y acreedores, acompañados de un experto podían renegociar sus acreencias en un término de tres (3) meses con el fin de proporcionar viabilidad financiera al deudor y que este subsanara su situación de crisis previo al estado de insolvencia inminente de forma extrajudicial.

Siendo las condiciones para acceder a este procedimiento, los presupuestos de acceso, validación judicial, el papel del mediador concursal y la incursión de las tecnologías de la información y comunicación las siguientes:

**Tabla 5:** Características del procedimiento de recuperación empresarial

<p><b>Presupuestos de acceso</b></p>	<p>Desde su naturaleza preventiva y preconcursal este instrumento contempla los presupuestos de insolvencia tradicionales, ya que el régimen concursal colombiano dentro de su arquitectura concursal no prevé el estado de crisis e insolvencia probable que antes se ilustró en el ordenamiento jurídico italiano.</p> <p>Razón por la cual, los presupuestos para acceder a este mecanismo continúan siendo objetivos (cesación de pagos y capacidad de pagos inminentes) y con la salvedad de que el acceso a este procedimiento excluye de su aplicación a las personas naturales, entidades financieras y aseguradoras, entidades de la economía solidaria, entidades del sector salud, entidades públicas, entidades con régimen especial, personas naturales.<sup>34</sup></p> <p>Es de resaltar que la continuidad de los presupuestos de insolvencia objetivos para el acceso a este procedimiento desnaturaliza su carácter extrajudicial del procedimiento, ya que el propósito de este tipo de instrumentos Preconcursoales es brindar soluciones al interno de la empresa</p>
--------------------------------------	---

<sup>33</sup> Cfr. Según el régimen de rescate empresarial contenido en el Decreto 560 y 772 de 2020 este procedimiento consiste en la posibilidad que tienen los empresarios de negociar sus obligaciones con todos o una parte de sus acreedores por un término de tres (3) meses, para lograr un acuerdo dentro del procedimiento de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades como órgano judicial competente.

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José, "Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia". Universidad Externado, 2021.p. 121-123.

	como producto de la autonomía de la voluntad de las partes mas no por imposición de una autoridad judicial.
<b>Validación Judicial</b>	<p>A pesar de su naturaleza extrajudicial este procedimiento requiere de un escenario de protección desde la competencia de las Cámaras de Comercio quien era el competente para hacer las veces de experto neutral y de la Superintendencia de sociedades como autoridad judicial para resolver las diferencias entre el deudor y sus acreedores, ordenar la suspensión de procesos ejecutivos, medidas cautelares, determinar las reglas para establecer votos, así como para confirmar el acuerdo recuperatorio con miras hacerlo oponible a los acreedores ausentes y disidentes.</p> <p>En este sentido, la competencia de la superintendencia de sociedades como autoridad judicial es necesaria en asuntos puntuales como: la suspensión de procesos de: ejecución, cobro coactivo, restitución de tenencia y ejecución de garantías de todos los acreedores del deudor dentro del término del proceso.</p> <p>Mas no en toda la etapa de negociación del mediador con los acreedores del deudor siquiera cuando incluso si existiese una cláusula compromisoria se podría acudir al arbitraje<sup>35</sup>.</p>
<b>Mediador del Procedimiento de recuperación empresarial</b>	<p>En cuanto a la designación de un mediador concursal debe señalarse que este sigue los supuestos generales de facilitar la negociaciones entre el deudor y sus acreedores como un tercero neutral que a diferencia de la figura de la mediación concursal no tiene en cuenta la flexibilidad de las reglas de la realización de este tipo de acuerdos, ya que el deudor en el marco normativo tiene unas previsiones específicas y precisas para acudir a la validación judicial que implica en todo momento la presencia judicial en un procedimiento extrajudicial<sup>36</sup>.</p> <p>Por lo demás, este se caracteriza por realizar un análisis de la situación financiera del deudor en la que realiza una evaluación de viabilidad y diagnóstico integral para la elaboración de un plan de recuperación el cual una vez realizado deberá coordinar y monitorear desde la confidencialidad y transparencia el progreso y las decisiones tomadas.</p> <p>A este respecto en este caso el mediador tendría funciones no solo económicas sino también jurídicas durante todas las fases de negociación del deudor con sus acreedores<sup>37</sup> ya que su propósito es el de proporcionar y crear un plan liquidez, viabilidad financiera que maximice los activos fijos y no necesarios en operación del deudor para priorizar el pago sin autorización de pequeñas acreencias laborales y proveedores.</p>
<b>Incursión de las nuevas tecnologías</b>	Este procedimiento no cuenta con instrumentos, aplicaciones o plataformas telemáticas para el acceso que faciliten la celeridad y eficiencia de las funciones del mediador concursal en cuanto a la información del deudor, el acuerdo negociado, los documentos que deban presentarse, la viabilidad

<sup>35</sup> Cfr. la posibilidad de acudir al arbitraje en este caso en específico se enmarcaría en la voluntad de las partes involucradas y en general en la eficiencia ex ante del escenario preconcursal por medios privados más expeditos y especializados acorde a RIVERO, Huáscar Ezcurra. "Privaticemos la insolvencia". Ius et Veritas, 2002, no 24, p. 198-210.

<sup>36</sup> Óp. cit. 35, RODRIGUEZ ESPITIA ídem.

<sup>37</sup> ORTIZ, Alicia Agüero, "El mediador concursal como administrador extraconcursal. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", 2014, no 20, p. 273-289.

	económico- financiera y la verificación, seguimiento y vigilancia del plan de recuperación del deudor.
--	--

**Fuente:** Interpretación propia del articulado del Decreto 560 de 2020 de la República de Colombia por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica y del Decreto 772 de 2020 de la República de Colombia por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial.

La recuperación empresarial se distingue de la reorganización y la liquidación, ya que busca alcanzar un acuerdo para pagar las deudas y reestructurar la empresa en un escenario previo a la insolvencia, preservando su viabilidad económica y financiera. Este proceso puede desarrollarse tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

A pesar de sus beneficios, la baja afluencia de empresas en este procedimiento durante su vigencia esto es (2020-2023), según datos de la Superintendencia de Sociedades<sup>38</sup>, evidencia la necesidad de promover y facilitar su acceso desde la recuperación empresarial como una alternativa viable para que los comerciantes superen las crisis financieras y continúen operando desde la preservación de las empresas y la promoción de un entorno económico más resiliente.

La escasa participación en el proceso de recuperación empresarial antes mencionada se debe a la ausencia de un enfoque preconcursal, extrajudicial y centrado en la mediación concursal dentro del régimen de insolvencia colombiano, motivo por el que muchos empresarios optan por la liquidación judicial y/o la reorganización judicial desde la insolvencia inminente, desconociendo las ventajas que ofrece la recuperación empresarial para preservar la viabilidad financiera de sus negocios.

Por lo anterior, es necesario que en este régimen en este tipo de procedimientos no solo contemple del derecho sustancial del procedimiento; sino también el material e interdisciplinar desde la figura del mediador, quien no solo proporcionara medidas alternativas jurídicas sino además conocimientos específicos en insolvencia, economía y derecho desde la eficacia, imparcialidad y competencia para negociar y comunicar las necesidades de las partes desde la precrisis como una gestión anticipada a la crisis e insolvencia a través del uso de las nuevas tecnologías.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de la mediación concursal en este régimen, se espera que el régimen de rescate empresarial en Colombia a futuro proporcione eficiencia en la regulación de la preinsolvencia y precrisis en cuanto a la preservación de la viabilidad económico-financiera, ya que de este modo, las empresas en precrisis podrán acceder a su recuperación a través de soluciones de financiación internas que no conlleven al desapoderamiento del deudor a diferencia

---

<sup>38</sup> Cfr. La información, datos y estadísticas sobre la afluencia del proceso de recuperación empresarial puede verificarse en el Atlas de insolvencia con vigencia 2023 como última vigencia en la que dejó de estar disponible este procedimiento. Acorde a lo anterior el portal web es el siguiente:

<https://www.supersociedades.gov.co/documents/58444/4376286/Atlas-Insolvencia-2023-corte-diciembre.pdf>

de un escenario concursal en donde el desapoderamiento del deudor implica la cesación de su viabilidad financiera.<sup>39</sup>

En definitiva, este enfoque no solo protegerá la prenda común de los acreedores, sino también permitirá a los mediadores y las autoridades judiciales involucradas vigilar y tomar medidas sobre la productividad del crédito; asegurando la preservación de la empresa y el cumplimiento de los deberes del deudor y de sus administradores.<sup>40</sup>

## CONCLUSIONES

La mediación concursal, como herramienta relativamente nueva en el ámbito de la insolvencia, ha mostrado un gran potencial para la resolución de conflictos de manera consensuada y extrajudicial. Sin embargo, su implementación reciente y la naturaleza procedimental y jurídica particular que la caracterizan, ponen de manifiesto la necesidad de fortalecer su marco regulatorio.

La escasez de normas específicas sobre mediación concursal en algunos ordenamientos jurídicos podría derivar en un uso inadecuado de este mecanismo, alejándolo de su carácter complementario al sistema judicial tradicional. Por ello, resulta fundamental desarrollar un marco regulatorio más robusto que permita una aplicación clara, precisa y uniforme de la mediación concursal.

A su vez, es necesario promover la formación y capacitación adecuada de mediadores, jueces y demás actores involucrados en este proceso, ya que es clave para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas y su éxito.

En cuanto a la aplicación actual de la mediación concursal, se exalta que esta no solo debe fundarse en la protección de los acreedores y deudores como sujetos vulnerables; sino desde la protección de la empresa y su viabilidad financiera económica en la satisfacción de necesidades patrimoniales y no patrimoniales en un escenario preventivo a la crisis que permita promover y facilitar la reactivación empresarial y la reestructuración desde la empresa como una función social fuente de la economía, trabajo y desarrollo.

Por otra parte, la viabilidad económico-financiera se erige como piedra angular de la mediación concursal, actuando como catalizador para la recuperación empresarial incluso en escenarios de desequilibrio que podrían derivar en una precrisis, preinsolvencia o insolvencia inminente. Esta viabilidad, a través de la mediación concursal, permite a la empresa mantenerse en el mercado mediante mecanismos como la cesión total o parcial de su actividad, de forma ágil, rentable, flexible y confidencial. De este modo, se abre un abanico de posibilidades para sortear las dificultades financieras y reencaminar el negocio hacia un futuro próspero.

En esencia, la viabilidad económico-financiera no solo facilita la recuperación de la empresa, sino que también preserva su valor y protege el empleo, aspectos de vital importancia para el tejido empresarial y la sociedad en su conjunto.

Seguidamente la planificación de la recuperación de la empresa con poderes de información y comprobación es una competencia necesaria del mediador concursal, sobre la cual se debe prestar relevante atención, ya que cualquier decisión o acto de este podrá influir en la gestión de la

---

<sup>39</sup> ROJO, Ángel, "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017: p. 99-111.

<sup>40</sup> CARIDI, Vincenzp, et al. "Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi", giurisprudenza commerciale, 2023, vol. 50, no 2, p. 301-348.

empresa, aun cuando en casos específicos se requiera de la intervención de la autoridad judicial para dotar a este mecanismo de fuerza vinculante y para ciertos actos como la suspensión del cobro coactivo de las obligaciones, procesos ejecutivos y la declaración de medidas cautelares.

En lo que respecta a la fuerza vinculante de la mediación concursal, se advierte que aunque su validación judicial desnaturaliza su denominación en algunos casos, esta es necesaria para facilitar las negociaciones con los acreedores y en específico para la suspensión de medidas de ejecución individuales, ya que ello permite de forma transparente, equitativa y justa obtener financiación con el beneficio de la prededucción para los acreedores en un eventual procedimiento de insolvencia posterior.

Finalmente y desde la arquitectura concursal de la mediación concursal y su aplicación en los actuales regímenes de insolvencia, resulta importante señalar que en la actualidad los legisladores y ordenamientos jurídicos deben concentrar sus esfuerzos en otorgar a los comerciantes la posibilidad de reorganizar y reestructurar su actividad productiva desde un escenario preconcursal en donde negociar y renegociar con proveedores y clientes supone una carrera de supervivencia<sup>41</sup> para asegurar la viabilidad de la empresa desde la gestión anticipada de la crisis como un rescate empresarial.

#### **Referencias bibliográficas:**

AMBROSINI, Stefano, “La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti», *Ristrutturazioni aziendali*, 2021.p.12

ANGEL GUARNIZO, Luz Karime, “La composición negociada de la crisis de las empresas en Italia. La ley mercantil, 2023, no 103, p. 1-21.

BACCAGLINI, Laura, “Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali”. *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2022, vol. 2022, p. 1091-1115.

BECCHETTI, Leonardo; SIERRA, Jaime. “Bankruptcy risk and productive efficiency in manufacturing firms”. *Journal of banking & finance*, 2003, vol. 27, no 11, p. 2099-2120

BERKOFF, Leslie et al, “The Use of Mediation in Large Chapter 11 Cases: Useful, Voluntary and Mandatory (Part I)”. *American Bankruptcy Institute Journal*, 2023, vol. 42, no 8, p. 20-52.

CAMPUZANO, Ana Belén, 2024. “La insolvencia inminente en la legislación concursal española”, *Revista e-mercatoria*. 23, Vol,1 (mar. 2024) p. 161–186.

CARIDI, Vincenzp, et al. “Contratti pendenti e procedimenti per la soluzione negoziata della crisi”, *giurisprudenza commerciale*, 2023, vol. 50, no 2, p. 301-348.

CHARRIS ESCOBAR, Adalgisa Elena, Et Al. “Los principios de mediación y conciliación en américa latina y el caribe: análisis comparado a partir de la ley modelo de La CNUDMI sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”. 2021.p.12-23.

---

<sup>41</sup> FERRO, Carlos Alberto, “Inflación e hiperinflación, factores económicos que potencian la vulnerabilidad de la empresa”, 2023, p. 1-11.

DI PIETRO, Maria. (2020). "La Estrategia Probatoria: La Prueba En La Mediación-Proceso Autocompositivo-Y En Juicio-Proceso Heterocompositivo". Anuario XVIII centro de investigaciones jurídicas y sociales, p.263-276.

ESPINAR, María Belén Merino, "Una primera aproximación a la realidad del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal y su relación con el Registro de la Propiedad". Revista de Derecho Civil, 2015, vol. 2, no 1, p. 175-192.

FERRO, Carlos Alberto, "Inflación e hiperinflación, factores económicos que potencian la vulnerabilidad de la empresa", 2023, p.1-1.

FUENTES-MANCIPE, Mònica Maria (2021). Editorial. Inciso, 23(2) p. 1-4.

GAMBARO, Antonio. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato: Con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori. Contributi orig. di Guido Alpa. Giuffrè, 1976. p. 513 y ss.

GIACALONE, Marco; GIACALONE, Paola. "The development of e-mediation in Europe and in the rest of the world: comparative approach and the reasons for a double speed". Diritto del Commercio Internazionale, 2022, vol. 2, p. 343-379.

LÓPEZ, GUTIÉRREZ, Carlos; et. al ¿Puede una ley concursal ser eficiente? Una aproximación conceptual a la solución de los problemas de insolvencia. Innovar, 2011, vol. 21, no 41, p. 125-144,

MARTÍ, Adrián Thery "Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 22 de noviembre de 2016" Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, 2017, no 27, p. 513-548.

MARTÍN DIEZ, F; "Mediación en derecho privado en Revista General de Derecho Procesal" (2014) Núm. 33 p. 2

MORENO BUENDIA, Francisco, Jesús. "El alcance de los planes de reestructuración: los créditos afectados. En La Reestructuración como solución de las empresas viables", Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 295-329.

MUCCIARELLI, F, et al. Il codice della crisi: un (doppio) rinvio con 'anticipazioni' e una nuova procedura di "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa": il dl 24 agosto 2021 n. 118. sistema penale 2021, p. 1-6

NIGRO, Alessandro, VATTERMOLI, Daniele, "Diritto della crisi delle imprese, le procedure concursuali", Il Mulino strumenti, quinta edizione, Bologna, 2021, Parte I p. 1-30

ORTIZ, Alicia Agüero, "El mediador concursal como administrador extraconcursal. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación", 2014, no 20, p. 273-289.

REMO F, Entelman, "Teoría de Conflictos". Serie coordinada por Raúl Calvo Soler. Págs. 204/205. 1ª ed. Gedisa, España, 2002, p. 43-66.

RICHARD, Efraín Hugo. "Perspectiva del derecho de la insolvencia" 2010, p. 19-28;

RIVA, Patrizia, et al. "Presupposto oggettivo e piattaforma nazionale. En La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento", dl 118/2021 conv. in l. 147/2021, Zanichelli Editore Spa, 2022. p. 1-18.

RIVERO, Huáscar Ezcurra. "Privaticemos la insolvencia". Ius et Veritas, 2002, no 24, p. 198-210.

RODRÍGUEZ ESPITIA, Juan José, "Insolvencia empresarial, derecho concursal y pandemia". Universidad Externado, 2021.p. 121-123.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel. "Intervención en el Congreso Internacional sobre Insolvencia, realizado por el Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia." Bogotá, Colombia. Mayo de (2007).

ROJO, Ángel, "La Propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva", Anuario de Derecho Concursal, núm. 42, 2017: p. 99-111.

ROJO, Ángel. Las ejecuciones en el concurso de acreedores: VIII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. aranzadi/civitas, 2016, Richard, E. H. Acuerdos preventivos abusivos o en fraude a la ley. 2017. p. 1-31.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, José Carlos. El experto en la reestructuración: una primera aproximación crítica. Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones: Journal of Insolvency & Restructuring (I&R), 2023, vol. 11, p. 83-140.

### ***Referencias normativas e instrumentos de soft law***

Congreso de la República de Colombia, (2006). Ley 1116, Diario Oficial No. 46.494 de 27 de diciembre de 2006. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Congreso de la República de Colombia, (2020). Decreto 1560, Diario Oficial abril 15 de 2020. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>

Congreso de la República de Colombia, (2020). Decreto 772, Diario Oficial junio 3 de 2020. Obtenido de: <http://www.secretariassenado.gov.co>aziendali, 2021, p. 12

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, Grupo de Trabajo II sesiones sobre mediación mercantil: A/CN.9/1025 - Proyecto de guía para la incorporación al derecho interno y utilización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018). A/CN.9/1026 - Proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI, A/CN.9/1027 - Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación. A/CN.9/1031 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos. A/CN.9/1031/Add.1 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de las observaciones recibidas de los Gobiernos. A/CN.9/1031/Add.2 - Solución de controversias: proyecto de reglamento de mediación de la CNUDMI y proyecto de notas de la CNUDMI sobre la mediación - Recopilación de observaciones de los Gobiernos – Singapur.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL, (2018), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación

Italia. (2019). Codice della Crisi e dell'insolvenza 12 gennaio 2019. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2022). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dal D.L. 29 dicembre 2022, n. 198. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato modificazioni dal D.L. 24 febbraio 2023, n. 13. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato modificazioni, dalla L. 21 aprile 2023, n. 41. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dal D.L. 13 giugno 2023, n. 69. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

Italia. (2023). Codice della Crisi e dell'insolvenza modificato dalla L. 10 agosto 2023, n. 103. Obtenido de: [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)

### ***Tablas***

**Tabla 1:** Efectos de los Métodos alternativos de resolución de conflictos autocompositivos y heterocompositivos.

**Tabla 2:** La eficiencia concursal ex ante e intermedia de la insolvenca en la mediación concursal.

**Tabla 3:** Definiciones de precrisis, crisis e insolvenca en el régimen de insolvenca italiano.

**Tabla 4:** Características del procedimiento de la composición negociada de la crisis.

**Tabla 5:** Características del procedimiento de recuperación empresarial.