

Hacia la mediación concursal en Colombia: la recuperación empresarial¹

Towards bankruptcy mediation in Colombia: business recovery

Mónica María Fuentes Mancipe²

Luz Karime Ángel Guarnizo³

Vincenzo Caridi⁴

Cómo citar este documento:

Fuentes Mancipe, M. M., Ángel Guarnizo, L. K. y Caridi, V. (2024). *Hacia la mediación concursal en Colombia: la recuperación empresarial* [Documento de Trabajo]. Universidad La Gran Colombia.

Resumen

En la actualidad, el régimen concursal colombiano consagrado en la Ley 116 de 2006 cuenta con dos instrumentos de carácter judicial y contractual para solventar la situación de insolvencia del deudor que, aunque no tienen el carácter de preinsolvencia fueron inspirados por esta corriente europea acorde a la obligación que tiene el Estado de propiciar, diseñar y

¹ Artículo resultado de investigación del Proyecto de investigación: “Hacia la mediación concursal. Instrumentos y organismos extrajudiciales para superar el estado de crisis de las empresas en dificultad financiera”, identificado con el código JCG2021-DER-01 y financiado por la Universidad La Gran Colombia y la Universidad de Roma la Sapienza y su departamento de Derecho y Economía de las Actividades Productivas.

² PhD, Dottore di ricerca en Derecho Romano, Teoría del Ordenamientos y Derecho Privado del Mercados, magíster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad Sapienza de Roma (Italia), especialista en Derecho Comercial por la Universidad Externado de Colombia y profesora Investigadora de la Universidad La Gran Colombia. Correo: monicafmancipe@gmail.com; ORCID: 0000-0002-3695-8144

³ Doctora en Derecho, magíster en Derecho Comercial Internacional y abogada. Docente de grado y posgrado, investigador del Doctorado en Derecho de los Contratos y Economía de Empresa de la Sapienza Università di Roma (Italia). Correo: luzkarime.angel@uniroma1.it

⁴ Doctor en Derecho Concursal, doctor en Derecho de la Banca y del Mercado Financiero de la Escuela Doctoral en Derecho y Economía por la Universidad de Siena (Italia). Profesor asociado de Derecho Comercial en el departamento de Derecho y Economía de las actividades productivas de la Universidad Sapienza de Roma (Italia). Profesor asociado de la Universidad de Estudios de Siena, miembro del Colegio de Docentes del doctorado de investigación en Derecho Romano, Teoría de los Ordenamientos y Derecho Privado de los Mercados y profesor en los masters de segundo nivel de la Universidad Sapienza de Roma, Facultad de Económica de Derecho Comercial Internacional y Derecho de la Crisis de Empresa, Ordenamiento y Derecho Privado del Mercado. Correo: vincenzo.caridi@uniroma1.it

construir soluciones a la crisis de empresa previo del inicio de un procedimiento de insolvencia. En este orden de ideas, y hasta el año 2020, los procedimientos de reorganización y liquidación judicial fueron los únicos mecanismos previstos por el legislador para superar el estado de crisis del deudor en única instancia; no existiendo hasta antes de este año algún procedimiento o mecanismo judicial o extrajudicial que permitiera a la empresa deudora solventar el estado de crisis sin la necesidad de acceder a un procedimiento concursal.

Como efecto de las consecuencias adversas del COVID-19 el ordenamiento jurídico colombiano implemento en su régimen concursal como una herramienta para solventar la crisis de empresa previo al inicio de un procedimiento de reorganización y/o liquidación, los procedimientos de negociación de emergencia de los acuerdos de reorganización y de recuperación empresarial contenidos en el Decreto 560 de 2020 así como el proceso de reorganización abreviado para las pequeñas insolvencias contenido en el del Decreto 772 de 2020. Mecanismos que entonces, fueron diseñados como un alternativa extrajudicial que permite al deudor negociar las deudas a través de procesos extrajudiciales, céleres y con una mínima intervención judicial; en donde el propósito esencial es que las empresas en crisis accedan a una solución, eficaz y previa a la declaración del estado de insolvencia por medio de la recuperación empresarial y de figuras como la de la mediación concursal; que aunque no están explícitamente consagradas en el régimen concursal fueron previstas por el legislador colombiano como una alternativa para la gestión de la crisis de empresa.

Por consiguiente, este artículo tiene como propósito revisar la mediación en el derecho concursal en los procedimientos de recuperación empresarial contenidos en los Decretos 560 y 772 de 2020 en consideración a la función de dirección y control delegada a las Cámaras de Comercio como autoridades extrajudiciales encargadas de la gestión de los Administradores, promotores y mediadores de la crisis así como desde la función consultiva del comité de los acreedores para la negociación de las deudas; en confrontación con la experiencia italiana mediante la creación y regulación de los organismos de Composición de la Crisis (OCC) introducidos en el año 2012 como parte de la regulación de los procedimientos de sobreendeudamiento del vigente Código de la Crisis y de la insolvencia.

Palabras claves: derechos laborales, emergencia económica, empleo, empresa, procedimientos concursales.

Abstract

Currently, the Colombian bankruptcy regime enshrined in Law 116 of 2006, has two judicial and contractual instruments to solve the debtor's insolvency situation, which, although they do not have the character of pre- insolvency, were inspired by this European current according to the obligation of the State to promote, design and build solutions to the company crisis prior to the initiation of insolvency proceedings. In this order of ideas and until the year 2020, the

judicial reorganization and liquidation procedures were the only mechanisms provided by the legislator to overcome the debtor's state of crisis in a single instance; Not existing before this year any judicial or extrajudicial procedure or mechanism that would allow the debtor company to solve the state of crisis without the need to access bankruptcy proceedings.

As an effect of the adverse consequences of COVID-19, the Colombian legal system implemented in its bankruptcy regime as a tool to solve the company crisis prior to the start of a reorganization and/or liquidation procedure, the emergency negotiation procedures of the agreements of reorganization and business recovery contained in Decree 560 of 2020 as well as the abbreviated reorganization process for small insolvencies contained in Decree 772 of 2020. Mechanisms that were then designed as an extrajudicial alternative that allows the debtor to negotiate debts through extrajudicial processes, swift and with minimal judicial intervention; where the essential purpose is for companies in crisis to access an effective solution prior to the declaration of insolvency through business recovery and figures such as bankruptcy mediation, which although not explicitly enshrined in the regime bankruptcy proceedings were foreseen by the Colombian legislator as an alternative for the management of the company crisis.

Therefore, the purpose of this article is to review mediation in bankruptcy law in business recovery procedures contained in Decrees 560 and 772 of 2020 in consideration of the management and control function delegated to the Chambers of Commerce as extrajudicial authorities in charge of the management of the Administrators, promoters and mediators of the crisis as well as from the consultative function of the creditors' committee for the negotiation of debts; in comparison with the Italian experience through the creation and regulation of Crisis Composition bodies (OCC) introduced in 2012 as part of the regulation of over-indebtedness procedures of the current Crisis and Insolvency Code.

Keywords: bankruptcy proceedings, economic emergency, employment, enterprise, labour rights.

Introducción

Cada año calendario que pasa deja una huella en la historia, sin embargo, el 2020 fue un año que en el nuevo milenio marcó un hito en todos los ámbitos ya sea social, político, económico y tecnológico, la expansión de la pandemia del COVID-19 a nivel global produjo consecuencias nunca esperadas y con ello una crisis a cadena principalmente sanitaria y económica sin precedentes en las últimas décadas.

Una vez declarado por la OMS el 11 de marzo del 2020 que el brote del Coronavirus era una pandemia, todos los Estados tuvieron que tomar medidas inmediatas de cara a contener la emergencia, a través de instrumentos jurídicos dispuestos en muchas constituciones como la declaración del estado de emergencia, que faculta a los gobiernos de actuar en forma expedita para impedir la expansión de los efectos de la crisis.

Consciente el Gobierno colombiano del impacto negativo que tendría la economía del país a raíz de la situación pandémica, de que las medidas de aislamiento preventivo provocarían la paralización económica con la disminución del consumo en los hogares, obligando a las empresas a aplazar la producción de bienes y servicios, desencadenando la disminución de la fuerza laboral y la inminente entrada en recesión de la economía global, pacíficamente preanunciaba consecuencias directas a las pymes, quienes sin duda enfrentarían estados de cesación de pagos o de liquidación inminente, lo cual incidiría fuertemente en las tasas de desempleo y en el aumento vertiginoso de los procesos de insolvencia; por tal razón le fue necesario detenerse en el análisis del régimen de insolvencia vigente; en cuanto tal, fue diseñado para enfrentar crisis empresariales de tipo financiero en situaciones normales de altibajos del mercado, mas no para dar respuestas suficientes que puedan contener la crisis económica provocada por el coronavirus y que pueda salvar empresas preservando el empleo.

Es así, que el Gobierno pone en primer plano la necesidad de crear instrumentos que permitan a las empresas deudoras renegociar sus obligaciones con los acreedores, consiguiendo acuerdos de pago que consientan continuar con la actividad empresarial honorando sus propias obligaciones, por tal motivo expide el Decreto 560 del 15 de abril de 2020 “Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Económica”, denominado también Régimen de rescate empresarial.

A primera vista era *pálese* que el actual régimen de insolvencia no podía proporcionar soluciones a la situación de emergencia económica, ya sea por la serie de requisitos que el deudor debe cumplir para acceder a los procesos recuperatorios, que además incluyen términos muy amplios que no serían coherentes ni apropiados para las empresas afectadas por la pandemia. El Gobierno, entonces, evidencia la necesidad en primera instancia de reducir los términos de acceso a los procedimientos recuperatorios, y para lograrlo era menester crear procesos extrajudiciales, céleres y con una mínima intervención judicial, para que los deudores en el menor tiempo posible puedan acordar con los acreedores mecanismos de solución del estado de insolvencia prefiriendo la continuidad de la actividad comercial, además se prevé un importante aumento de solicitudes de procesos de reorganización y, por lo tanto, un aumento en la carga de los jueces, los cuales podrán ser aligerados solamente con nuevos instrumentos que actúen independientemente del sistema judicial y para esto el Gobierno deberá pensar en entidades ya establecidas que puedan asumir rápidamente nuevos instrumentos y ponerlos a disposición de las empresas casi que de forma inmediata.

Los nuevos instrumentos darían respuesta a la crisis, salvando empleos a través de la adopción de medidas que permitiera, que, aunque el deudor sufriera la liquidación judicial, se logran rescatar las unidades productivas, transfiriéndolas a terceros con capacidad para operarla y preservar el empleo.

La base para poder crear eficaces mecanismos extrajudiciales es vencer los obstáculos que actualmente se evidencian en el Régimen de insolvencia empresarial Ley 1116/2006, por tal razón el gobierno en la justificación y motivación del Decreto 560 del 2020 expone:

“...Que el régimen de insolvencia empresarial actual supone que el deudor cumpla con numerosos requisitos para acceder al proceso recuperatorio, por lo que la decisión sobre la admisión suele tardar tres meses y, por ello, es la verificación documentos y la verificación de la completitud de los mismos”.

“...Que la duración promedio de un proceso de reorganización ordinario es de 20 meses entre fecha de inicio y la confirmación del acuerdo de reorganización, términos que no resultan apropiados para resolver una situación de emergencia económica como la actual”.

“...Que el régimen de insolvencia actual limita de manera sustancial la capacidad del deudor para el pago de acreencias y la disposición de activos durante el término de negociación, lo cual deriva en una afectación a los acreedores más débiles; por lo tanto resulta adecuado flexibilizar las limitaciones, permitiendo al deudor realizar pagos de pequeñas durante la negociación de los acuerdos de reorganización, hasta por el 5 %

del total del pasivo externo”.

“... Que el régimen de insolvencia empresarial vigente carece de incentivos suficientes para promover el alivio financiero del deudor que atraviesa por una crisis económica, en consecuencia resulta conveniente y necesario mecanismos de capitalización de acreencias, descarga de pasivos y pago de deuda sostenible, con el fin de promover acuerdos que verdaderamente viabilicen continuación de la empresa como unidad productiva y fuente generadora de empleo”.

“... Que el régimen concursal actual carece de estímulos suficientes a la financiación del deudor durante la negociación de un acuerdo de reorganización y, en consecuencia, una simple crisis de liquidez puede derivar en la liquidación de una empresa viable”.

“... Que es necesario y conveniente adoptar mecanismos transitorios de recuperación empresarial que sean desjudicializados y que permitan a los deudores afectados con ocasión de la pandemia generada por el Coronavirus COVID-19 renegociar los términos de obligaciones con sus acreedores y preservar su actividad económica, como forma de proteger el empleo”.

Basados en estas motivaciones el Decreto crea dos procedimientos, la negociación de emergencia de acuerdos de reorganización regulada en el art. 8 y los procedimientos de recuperación empresarial en las cámaras de comercio regulado en los arts. 9 y 10, este último posteriormente viene reglamentado por el Decreto 842 del 13 de junio de 2020.

Los procedimientos de negociación de emergencia de acuerdos de reorganización y recuperación empresarial

Como se anticipó el Decreto 560 del 15 de abril de 2020 creó dos procedimientos extrajudiciales, con el fin de proporcionar herramientas a las empresas para enfrentar la crisis económica evitando la liquidación judicial por insolvencia, y de este modo mitigar la extensión de los efectos de la pandemia y de la declaratoria del estado de emergencia, principalmente se pretende la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, así como previsto en el art. 1 del Decreto en estudio.

Los destinatarios de estos procedimientos de rescate empresarial son los deudores sujetos al Régimen de Insolvencia previsto en la Ley 1116 de 2006, en particular se refiere a las personas naturales comerciantes y las jurídicas de acuerdo con el art. 2 de tal régimen, incluyendo las sucursales de sociedades extranjeras y los patrimonios autónomos afectos a la

realización de actividades empresariales, afectadas por las causas que motivaron la declaratoria del Estado de Emergencia.

Referencias

- Abete, L. (2009). *Fallimento: accertamento del passivo, liquidazione, azioni di responsabilità, chiusura ed esdebitazione, concordato fallimentare, fallimento delle società*. UTET Giuridica, Milanofiori, Assago: Wolters Kluwer.
- Cagnasso, O., & Panzani, L. (2016). *Risi d'impresa e procedure concorsuali*. UTET Giuridica.
- Casanellas, R. (2015). La mediación y las soluciones extrajudiciales a la insolvencia. En A. Rojo, A. B. Campuzano y E. Beltrán (coords.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán* (vol. 1, pp. 1207-1239). Tirant lo Blanch.
- Castiello d'Antonio, A., Cuonzo, R., & Pennafina, F. (2008). *La prevenzione dello stato di insolvencia nel nuovo diritto della crisi d'impresa: il piano stragiudiziale attestato, gli accordi di ristrutturazione dei debiti*. Jovene.
- Correa, L. (2001). *Fortalezas y debilidades de la Ley 1116 de 2006 en sus primeros años de aplicación*. Universidad EAFIT.
- Fabbrini, M. (2008). Meccanismi di esdebitazione nella legislazione francese. A. 83(2).
- Fonseca, S. J. (2007). Régimen de insolvencia empresarial: propuesta de unificación de los privilegios concursales para los países miembros de la comunidad andina de naciones. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 7(13), 173-192. <https://www.redalyc.org/pdf/1002/100221524009.pdf>
- Fradeani, F. (2015). Sulla parziale soddisfazione dei creditori come presupposto per l'esdebitazione.
- Garzón, D. K. (2015). *Los procesos de insolvencia en Colombia: Análisis comparado de los requisitos y condiciones* [trabajo de grado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10983/2645>
- Isaza Upegui, Á. y Londoño Restrepo, Á. (2011). *Comentarios al Régimen de Insolvencia*

Empresarial. Legis.

Jorio, A., & Sassani, B. (2014). *Trattato delle procedure concorsuali* (vol. II). Giuffrè Editore.

Junyent, F. J. (2014). Los desafíos de la concursalidad en torno a las nuevas directivas que se avizoran en el derecho concursal. En J. R. Espitia (ed.), *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán* (p. 399-433). Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal.

Lamanna, F. (2019). Gli strumenti di allerte; gli obblighi organizzativi e di segnalazione; le misure premiali e protettive. In F. Lamanna (ed.), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (I) (p. 109-144). Giuffrè Francis Lefebvre.

Lamanna, F. (2019). Le disposizioni e le definizioni generali. In F. Lamanna (ed.), *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (I) (p. 44-82). Giuffrè Francis Lefebvre.