

La incorporación de los métodos alternativos de solución de controversias a la insolvencia empresarial*

The Incorporation of the Alternative Dispute Resolution Tools to Corporate Bankruptcy

Guillermo León^a

Garrigues, Colombia

guillermo.ramirez@garrigues.com

ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7590-0298>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj74.imas>

Recibido: 07 mayo 2025

Aceptado: 07 mayo 2025

Publicado: 19 agosto 2025

Resumen:

La justicia concursal se encuentra colapsada por el aumento de procesos concursales en los últimos cinco años. Una de las alternativas para la descongestión es la implementación de métodos alternativos de solución de controversias a la insolvencia empresarial; sin embargo, la naturaleza de los concursos genera algunos conflictos en el uso de esas herramientas. El presente artículo busca proponer alternativas para promover la implementación estas herramientas en el derecho concursal colombiano. Para lo anterior, revisamos el estado de los métodos alternativos de resolución de conflictos en Colombia y la forma en que otras jurisdicciones han incorporado estas herramientas a su ecosistema de reestructuraciones. Finalmente, abordamos algunos de los puntos que en nuestro concepto deben ajustarse en la práctica concursal colombiana para lograr su adecuada incorporación a nuestro sistema.

Palabras clave: arbitraje, congestión judicial, insolvencia, MASC, mediación, arbitraje.

Abstract:

Bankruptcy justice has collapsed due to the increase in bankruptcy proceedings in the last five years. One of the alternatives for decongestion is the implementation of alternative dispute resolution methods to business insolvency, however, the nature of bankruptcy generates some conflicts in the use of these tools. This article seeks to propose alternatives to promote the implementation of these tools in Colombian bankruptcy law. To this end, we review the state of alternative dispute resolution methods in Colombia and the way in which other jurisdictions have incorporated these tools into their restructuring ecosystem. Finally, we address some of the points that in our opinion must be adjusted in Colombian bankruptcy practice to achieve its adequate incorporation into our system.

Keywords: ADR, Arbitration, Mediation, Insolvency, Judicial Cramming.

Metodología

El presente es un artículo de reflexión elaborado con ocasión de la ponencia “Acuerdos Extrajudiciales y el uso de los MASC” durante el XVII Congreso de Derecho Concursal organizado por el Instituto Colombiano de Derecho Concursal. Para su elaboración, se consultó literatura especializada en el uso de los métodos alternativos de solución de controversias en Colombia e internacional sobre como otras jurisdicciones han implementado estas herramientas. Así mismo, partimos de las dificultades que desde la academia se han identificado para estas herramientas y las complementamos con la experiencia profesional en estos asuntos.

Introducción

La congestión judicial en Colombia se ha convertido en un fenómeno preocupante, afectando de manera significativa el acceso a la justicia para los ciudadanos.¹ Este colapso del sistema judicial no solo prolonga la resolución de conflictos, sino que también genera incertidumbre y desconfianza en las instituciones.

La congestión judicial tiene un impacto significativo en la economía de un país. Por un lado, la prolongación de los procesos judiciales genera incertidumbre y desconfianza entre los entes económicos, lo que puede desincentivar la inversión tanto nacional como extranjera. Además, las empresas se enfrentan a un entorno donde los conflictos legales pueden durar años, lo que afecta su planificación y su capacidad de operar

Notas de autor

^a Autor de correspondencia. Correo electrónico: guillermo.ramirez@garrigues.com

eficientemente. Por otro lado, se incrementan los costos para las empresas y los ciudadanos, ya que deben invertir más recursos en abogados y en el seguimiento de procesos prolongados. Esto puede resultar en un uso ineficiente de capital que podría destinarse a otros fines.

Existen distintas estrategias para combatir la congestión judicial: el aumento de autoridades judiciales, reformas normativas orientadas a optimizar los procesos, la implementación de nuevas tecnologías y el fortalecimiento de los métodos alternativos de resolución de conflictos.

El Estado colombiano ha intentado implementar, con distintos niveles de profundidad, cada una de ellas, sin embargo, consideramos que el fortalecimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos es la que ha adquirido una mayor relevancia y puede considerarse como una verdadera política pública. La conciliación, la amigable composición y el arbitraje han contribuido a la descongestión de disputas complejas que habrían consumido una gran cantidad de recursos de la justicia ordinaria y que probablemente habrían dejado a todas las partes insatisfechas por el tiempo que habrían tomado.

La congestión judicial no ha sido ajena a la práctica de insolvencia. Según el *Atlas de insolvencia de la Superintendencia de Sociedades*, en el 2024 la entidad recibió mil ochocientos setenta (1870) solicitudes de insolvencia, de las cuales fueron admitidas mil ochenta y seis (1086), para un total de cuatro mil ochocientos noventa y dos (4882) procesos de insolvencia activos para el 31 de diciembre de 2024.² Este alto volumen de procesos judiciales ha ocasionado un aumento progresivo en los tiempos de respuesta de la entidad, lo que ha llevado a que las solicitudes de admisión tomen hasta cuatro meses en ser resueltas y que un proceso, que está diseñado para durar entre doce y dieciocho meses, tome entre tres y cuatro años. La falta de resolución rápida de procesos concursales puede llevar a pérdidas económicas directas, pues impide a las empresas reestructurarse a tiempo, lo que podría resultar en liquidaciones y pérdidas de puestos de trabajo o al deterioro de los bienes que conforman la masa a liquidar.

La justicia concursal también ha hecho un esfuerzo para utilizar distintas estrategias que le permitan combatir la congestión. Los Decretos Legislativos 560 y 772 de 2020³ buscaron trazar una ruta de descongestión, al restringir prácticas judiciales como la auditoria a los estados financieros del deudor que solicitaba insolvencia,⁴ la eliminación de la necesidad de ciertas autorizaciones por parte del juez del concurso⁵ y la implementación de la tecnología para este tipo de trámites.⁶

Los métodos alternativos para solución de conflictos también fueron contemplados en estas normas. El artículo 9 del Decreto Legislativo 560 de 2020 contempló un nuevo tipo de trámite, denominado *proceso de recuperación empresarial ante la cámara de comercio*, o PRES, el cual contemplaba la intervención de un mediador en la etapa de negociación del acuerdo y la posibilidad de pactar arbitraje.⁷

Durante los poco más de tres años de vigencia del Decreto Legislativo 560 de 2020, la Cámaras de Comercio tramitaron ciento ochenta y seis (186) PRES, de los cuales setenta y siete (77) casos fracasaron y cien (100) presentaron acuerdo.⁸ De los cien que obtuvieron acuerdo, en once (11) de ellos se utilizó el mecanismo del arbitraje para resolver las disputas respecto de los créditos reconocidos o sobre la legalidad del acuerdo presentado. A pesar de lo exitoso que resultó el mecanismo en su corta vigencia, en la práctica colombiana persiste una marcada resistencia al uso de los métodos alternativos de solución de conflictos en la insolvencia empresarial.

Esta resistencia nace de una tensión natural entre los procesos concursales y los métodos alternativos de solución de conflictos, ya que se los considera como extremos de dos polos opuestos. Desde el punto de vista conceptual, la insolvencia es percibida como una rama del derecho que desplaza la autonomía privada en atención a un interés superior, lo que la hace incompatible con cualquier método alternativo de solución de conflictos, cuya piedra angular es, precisamente, la misma autonomía privada; y, desde el punto de vista de la práctica judicial, se ve inverosímil o inútil el esfuerzo de vincular uno a uno a los distintos acreedores, que pueden ser cientos o miles, según el caso, a un mecanismo de autocomposición cuando la resolución de la insolvencia se da aprovechando las mayorías dispuestas en la ley.

Sin embargo, la incorporación de los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos de insolvencia es una realidad en otras jurisdicciones como Estados Unidos, Francia, Singapur e India, y es una de las iniciativas que vienen impulsando organizaciones multilaterales como el Banco Mundial. Mas aún, Colombia tiene amplia experiencia en insolvencia desjudicializada, como, en su momento, la Ley 550 de 1999 el actual régimen de insolvencia de personas naturales comerciantes. En ese sentido, consideramos que la

implementación de estas herramientas no solo es posible, sino que es un paso obligatorio en la modernización del derecho concursal colombiano.

Para sostener la anterior afirmación, el presente artículo tendrá el siguiente orden: en primer lugar, nos referiremos al marco legal colombiano para identificar los métodos alternativos de solución de conflictos; en segundo lugar, describiremos los problemas que normalmente se encuentran cuando se busca implementar esos mecanismos en la insolvencia, y agregaremos algunos casos específicos de la práctica colombiana; en tercer lugar, describiremos la experiencia de otras jurisdicciones en el uso de esas herramientas en la insolvencia, y, finalmente, ofreceremos unos comentarios finales sobre el asunto.

El marco legal colombiano de los métodos alternativos de solución de conflictos

Históricamente, la vía judicial ha sido la solución a la que recurren las personas inmersas en un conflicto derivado de una relación jurídica. Sin embargo, esta vía ha presentado problemas relacionados con la demora que supone un proceso ante la jurisdicción y el excesivo formalismo que implican las actuaciones procesales exigidas por cada ordenamiento jurídico. Frente a estas falencias, las partes de tiempo atrás han optado por acudir, conforme a los nuevos desarrollos normativos, a métodos alternativos que ofrezcan respuestas más sencillas y ágiles. Si bien en Colombia no hay una ley que defina lo que constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos (en adelante MASC), la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que

la importancia de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, [...] puede resumirse así: (i) buscan hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión judicial.⁹

La autonomía de la voluntad de las partes en conflicto es la fuente de aplicación de los MASC, pues estas tienen i) la facultad de escoger entre varios mecanismos, haciendo uso de cláusulas en el acuerdo principal o realizando un contrato independiente, y ii) el consentimiento de darle fin a la controversia a través de la sumisión a la fuerza vinculante de la decisión tomada dentro de la esfera del mecanismo en uso.

Los MASC pueden ser de carácter autocompositivo o heterocompositivo. Según Lezcano Miranda, en el primero de los casos, son las partes las que alcanzan la solución de sus controversias, sea de manera directa o con la asistencia de un tercero que facilita el acercamiento y diálogo entre estas. En el segundo, hay presencia de un tercero, que es el que toma las decisiones y pone fin a la litis.¹⁰

El reconocimiento legal de los MASC en Colombia

El reconocimiento de cierto número de MASC en Colombia por desarrollo normativo no implica el agotamiento de la lista de opciones que tienen los usuarios para solucionar sus controversias. El hecho de que no se encuentren tipificados en la legislación colombiana no implica que no se encuentren disponibles en el abanico de opciones de arreglo. Lo que sucede es que, cuando se encuentran regulados expresamente por ley, esta los dota de los efectos jurídicos que debe tener el acuerdo final y de los requisitos que este último debe tener para considerarse válido.¹¹

En Colombia, es posible afirmar que los mecanismos más utilizados en situaciones de conflicto son el arbitraje, la conciliación, la amigable composición, la mediación, la transacción y el arreglo directo.¹² Con esto, a continuación, se hará una breve reseña de los mecanismos más usados en los conflictos que emanan de una relación jurídica y se indicará el papel juegan o que podrían jugar en escenarios de conflicto en el derecho de insolvencia en Colombia.

Mediación

Es un proceso mediante el cual los actores del conflicto, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, de considerar alternativas y de llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.¹³ Este mecanismo encuentra soporte en la buena voluntad de las partes, en el sentido común, en la responsabilidad compartida y en la imparcialidad, y cuenta con la intervención de un tercero que no es juez y que no tiene funciones jurisdiccionales.

Dentro de los fines de este mecanismo, se pueden incluir coadyuvar al planteamiento y la aclaración de cuestiones que no han sido suficiente o debidamente tratadas, y propiciar la formulación de propuestas y de soluciones en términos aceptables, para que las partes lleguen a una resolución consensual.¹⁴

La mediación no está sujeta a reglas procesales ni a las del derecho sustantivo, ni a los principios que denominan la controversia judicial. La autoridad y fuerza que adquiere corresponde a la que los propios participantes le imprimen. Este es un procedimiento consensual, a través del cual las partes, con la ayuda de un facilitador neutral e imparcial, *entrenado en técnicas específicas* fundamentalmente de comunicación, interviene para que las partes puedan discutir sus puntos de vista y buscar una solución conjunta al conflicto.¹⁵

La mayor relevancia de la mediación, acorde con Lezcano Miranda, radica en la elasticidad del procedimiento y en la oportunidad que les ofrece a las personas que utilizan este mecanismo, al no tener desarrollo legislativo.¹⁶ El mediador, reconocido por las partes, debe ser un conocedor del entorno de la controversia, así como de las costumbres, necesidades, angustias y temores de las partes involucradas en el conflicto.¹⁷

Si las partes lo desean, el resultado de la mediación puede tener los efectos jurídicos de un acuerdo privado, si cumple con los requisitos para considerarse como una transacción. Por esto, los conflictos que se pueden mediar deben ser aquellos susceptibles de ser mediados.

Conciliación

Consagrada en el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia que establece en el párrafo 4.º que “los particulares podrán ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de [...] conciliadores”. La ley 446 de 1998 en su artículo 64 define la conciliación en sentido general como “el mecanismo de resolución de conflictos, a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismos la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”.

A diferencia de la mediación, este instrumento autocompositivo ha tenido recientemente desarrollo legislativo, a través del Estatuto de Conciliación Ley 2220 de 2022. En esa norma se encuentran contenidos los asuntos que son conciliables como aquellos “que no estén prohibidos por la ley, siendo principio general que se podrán conciliar todas las materias que sean susceptibles de transacción, desistimiento y los derechos de los cuales su titular tenga capacidad de disposición”.¹⁸ Dentro de las materias conciliables, Varón Palomino resalta los conflictos económicos sobre empresas y establecimientos de comercio, y las disputas de carácter patrimonial referentes a la constitución, extinción y liquidación de sociedades civiles, comerciales y de hecho: aportes, pago de utilidades, pago de pasivos y distribución de bienes en la liquidación.¹⁹

Se considera como una forma particular de la mediación, pues el tercero neutral e imparcial, además de facilitar la comunicación y la negociación, puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden aceptar o no según su voluntad.²⁰

La conciliación puede darse en derecho o en equidad, de lo que dependerán las calidades del conciliador.

Amigable composición

Este es un método que permite a las partes deferir en un tercero, denominado *amigable componedor*, la solución de un conflicto relacionado con el estado de cumplimiento de una controversia contractual de libre disposición.²¹

El más reciente texto legislativo la define como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado *amigable componedor*, la facultad de definir, con fuerza vinculante para las partes, una controversia contractual de libre disposición.²² El resultado de esta amigable composición tiene efectos de transacción por expreso mandato normativo.

El o los amigables componedores, según sea el número de integrantes del panel, actúan como mandatarios de las partes y en su decisión se puede precisar el alcance o la forma de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un negocio jurídico, determinar la existencia o no de un incumplimiento contractual y decidir sobre conflictos de responsabilidad suscitados entre las partes, entre otras determinaciones.²³ El producto de su intervención, por expreso mandato legal, tiene efectos jurídicos de transacción.

La amigable composición podrá pactarse como método para resolver las controversias mediante una cláusula contractual o un contrato independiente. Esto permite inferir que se asemeja al uso de la cláusula compromisoria en el arbitraje o al compromiso de acudir a él en un contrato independiente. Salvo convención en contrario, la decisión del amigable componedor estará fundamentada en la equidad, sin perjuicio de que él haga uso de reglas de derecho. Los amigables componedores por principio constitucional no ejercen función estatal judicial, lo cual distingue esta figura del arbitraje, según lo establece la Constitución.

Dispute Boards

Un *dispute board* o un *panel de resolución de controversias* es otro de los mecanismos alternativos de solución de conflictos que la práctica negocial internacional ha implementado, en especial, en contratos internacionales de construcción.²⁴ En 2015, la Cámara de Comercio Internacional decidió incluir este mecanismo en su reglamento, en el que estableció que se trata de “un órgano permanente compuesto por uno o tres miembros que conforman un panel de expertos. Normalmente se constituyen por la firma o el inicio de la ejecución de un contrato de medio-largo plazo y son usados para ayudar a las partes para evitar o superar cualquier conflicto o disputa que pudiese surgir durante la implementación del contrato. Sin embargo, aunque son usualmente usados en construcción de proyectos, los DB son también efectivos en otras áreas. Esas áreas son desarrollo e investigación, propiedad intelectual, acuerdos entre accionistas, entre otros”.²⁵

La aplicación de este mecanismo persigue objetivos como (i) asistir a las partes mediante figuras autocompositivas para resolver conflictos, (ii) realizar visitas periódicas al sitio de la obra para identificar potenciales problemas antes de que surjan, (iii) evitar conflictos entre las partes, mediante recomendaciones interpretativas o técnicas durante la ejecución del contrato, y (iv) tomar decisiones para resolver las disputas.

Desde el reglamento de la ICC, se puede identificar la existencia de tres tipos de DB actualmente: (i) los *dispute adjudication boards*, con decisiones vinculantes para las partes; (ii) los *dispute recommendation boards*, con recomendaciones no vinculantes, y (iii) los *dispute hybrid adjudication boards*, los cuales emiten recomendaciones, pero, por voluntad de las partes, pueden adoptar decisiones vinculantes. Es como consecuencia de su carácter preventivo del conflicto, permanente en el tiempo, y de la vinculatoriedad o no que tengan sus decisiones que este mecanismo se diferencia de la mediación o amigable composición.

La aplicación de estos paneles en los contratos de infraestructura en Colombia se ha visto limitada por el artículo 116 de la Constitución, el cual no solo no contempla este MASC, sino que solo asigna funciones

jurisdiccionales a particulares, con excepción de lo que se menciona en ese artículo. Esto ha puesto en discusión la capacidad que tendrían los miembros de esos paneles de decidir en derecho o de la vinculatoriedad de sus recomendaciones, pues, en la mayoría de los casos, el análisis de los elementos técnicos de la obra puede confundirse o traer consigo el análisis de aspectos jurídicos, los cuales no están llamados a ser dirimidos en este escenario por limitación constitucional.

Arbitraje

Encuentra fundamento en el artículo 116 de la Constitución Política en conexión con la conciliación, pues se habilita a particulares a fungir como “árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. A través de este mecanismo heterocompositivo, las partes involucradas en una controversia susceptible de transacción renuncian voluntariamente a la justicia ordinaria y le dan facultades especiales a particulares denominados árbitros, quienes quedan además transitoriamente investidos de la facultad de administrar justicia.

En Colombia, este mecanismo ha tenido desarrollo normativo incluso anterior a la Constitución Política de 1991.²⁶ En la nueva constitución, el arbitraje quedó reconocido como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, considerando el arbitraje en derecho y en equidad. Posteriormente, el Congreso de la República expidió distintas leyes, en las que consideró las esferas en las que el arbitraje podía ser aplicado, como la Ley 222 de 1995, en la que se regula el arbitraje en materia comercial, o la Ley 315 de 1996, que trata sobre arbitraje internacional. Finalmente, en 2012 se expidió la Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, y en 2013, el Decreto 1829, por el cual se reglamentaron algunas disposiciones relativas a los centros de conciliación y arbitraje.

La jurisprudencia del Corte Constitucional, por su parte, se refiere al arbitraje como un

mecanismo alternativo de resolución de conflictos, ha de entenderse como la derogación que hacen las partes involucradas en un conflicto o precaviendo su existencia, de la jurisdicción en cabeza del Estado y en favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ellos [...]. La nota característica de este instituto está en que los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias —poder habilitante de las partes—. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal.²⁷

El uso del mecanismo implica un acto de renuncia a la jurisdicción ordinaria y se manifiesta a través del pacto arbitral, el cual es un negocio jurídico por el que se obligan las partes a someter sus diferencias a un tribunal arbitral. Así como se estudió en la amigable composición, el pacto arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro del contrato principal o puede ser un contrato independiente, por lo que recibe el nombre de *cláusula compromisoria* o *compromiso*, respectivamente.

Las ventajas de los MASC frente a los procesos judiciales

Es amplia la literatura respecto de las ventajas de los MASC frente a los procesos judiciales tradicionales. En este espacio solo mencionaremos algunas que a nuestro criterio tienen una mayor relevancia en materia concursal.

Celeridad

Una de las ventajas inherentes de estas modalidades de justicia privada y de la asunción en muchas jurisdicciones de estos mecanismos de resolución de conflictos corresponde a la celeridad con la que los conflictos entre partes logran una solución, especialmente en comparación con los trámites judiciales tradicionales.

La significativa rapidez con la que se logra la resolución de controversias bajo estos mecanismos alternativos se pone en evidencia cuando entra en comparación con la congestión judicial que padecen la mayoría de los sistemas judiciales en el mundo. Es la misma crisis de²⁸ eficacia de los sistemas tradicionales la que suscita un interés hacia los métodos de apaciguamiento de los conflictos más consensuales. En este sentido, el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos dice, respecto del establecimiento de ADR, lo siguiente: “Los Objetivos directos más expuestos entre los argumentos gubernamentales han sido la necesaria descongestión de los tribunales, la mayor celeridad en el conocimiento y resolución de las contiendas y el necesario mejoramiento del acceso a la justicia”.²⁹

De esta ventaja comparativa en la que los MASC suelen ser más rápidos en tiempo que los litigios tradicionales devienen más beneficios, pues significa un ahorro en los recursos que supone estar pendiente de la solución de un conflicto. Recursos que posteriormente las partes pueden destinar al giro ordinario de su actividad comercial.

Por último, el hecho de que el uso de MASC ponga fin al conflicto en el menor tiempo posible, no significa de ninguna manera que se le haya dedicado menos tiempo del necesario. Las facilidades de comunicación y especialidad permiten que se trabaje en todas las etapas, incluyendo la gestión del conflicto, conforme con las necesidades de los involucrados y con la naturaleza del conflicto a tratar.

Confidencialidad

Las discusiones y acuerdos en MASC suelen ser confidenciales, lo que puede ser beneficioso para proteger la privacidad de las partes. Estos beneficios permiten que la actividad empresarial de los involucrados no se turbe, hasta que tengan certeza de la solución y de la decisión final propuesta dentro de cada mecanismo.

Esta garantía de confidencialidad permite al mismo tiempo que las partes revelen información importante para llegar más rápido a la solución del problema, sin la amenaza de tener represalias por parte de la opinión pública, de los consumidores o de su competencia en el mercado. Lo anterior resulta importante si la posibilidad de conflictos posteriores con terceros está presente.

El grado de confidencialidad dependerá de lo que las partes hayan acordado y obliga a quien conozca del conflicto a guardar reserva de la información recibida durante, en el desarrollo y después del proceso, por lo que está prohibido divulgarla, salvo disposición de la ley.³⁰

Especialidad

Otra ventaja destacada es la especialidad, la cual les permite a las partes seleccionar a los profesionales que dirimirán su controversia implementando los estándares que requieran, según las particularidades del conflicto. Esta decisión está íntimamente ligada con la celeridad que se busca dentro de los MASC, pues, aunque se trate de un conflicto nuevo, el profesional tendrá herramientas previas para evitar obstáculos y solicitar información que un juez del sistema tradicional ignoraría.

Es pertinente aclarar que la escogencia del profesional dentro de los mecanismos alternativos de resolución de controversias enfrenta también dificultades, pues no todas las veces las facultades que requiere un

profesional para resolver el conflicto están del todo claras para las partes. Este obstáculo se vence en algunos casos cuando se asiste a instituciones para el nombramiento de estos profesionales, pues las facultades y los requerimientos necesarios son de pleno conocimiento de estas entidades.

Mayor control sobre el proceso

Las partes tienen más control sobre el proceso y el resultado, lo que puede llevar a soluciones más satisfactorias. Esto no quiere decir que de forma arbitraria los involucrados en el conflicto puedan cambiar el rumbo de las negociaciones o que puedan influir en la decisión que tome el profesional asignado. Al contrario, el mayor control se refiere al consentimiento que las partes pueden manifestar para flexibilizar el proceso mismo y hacerlo de acuerdo con las necesidades que las partes enfrentan, pues son ellas las que tienen las herramientas para llegar a la solución del problema.

Lo anterior se relaciona con el carácter menos adversarial con el que cuentan los MASC. El promover la colaboración en lugar de la confrontación mantiene la relación saludable entre las personas involucradas y facilita la comunicación para encontrar necesidades comunes sobre las que pueden decidir, como la modificación de términos procesales y las reglas de procedimiento aplicables, respetando las garantías constitucionales.

Las incompatibilidades de los MASC frente a los procesos de insolvencia

La insolvencia es, por su propia naturaleza, la excepción a la autonomía privada. La insolvencia permite al deudor y a una mayoría legalmente establecida de sus acreedores modificar contratos o liberarse de sus efectos sin la voluntad de la contraparte afectada. En los procesos concursales se modifican los términos de los créditos, se terminan contratos sin la autorización de la contraparte, se pueden dejar sin efectos actos ejecutados antes del proceso de insolvencia que no adolecen de vicio alguno y se termina vinculando a los acreedores a un acuerdo de reorganización frente al cual se votó negativamente o no se votó.

Por su parte, los MASC derivan todo su potencial del principio de autonomía privada, tanto en los casos de heterocomposición como en los de autocomposición. La autoridad de los árbitros deriva de la cláusula o del pacto arbitral como expresión de la libertad contractual. La conciliación y la mediación dependen de la voluntad de las partes de adoptar la fórmula propuesta o diseñada por ellos.

La incorporación de los MASC a los procesos de insolvencia implica superar retos que surgen de esa dicotomía. El valor de estas herramientas en la insolvencia no reside tanto en su utilidad para resolver disputas legales, sino en facilitar el hallazgo de fórmulas que maximicen la masa del deudor. Ahora bien, algunas de esas incompatibilidades son comunes a los procesos concursales de todas las jurisdicciones, mientras que otros surgen de la práctica específica colombiana.

A continuación, nos referiremos a cada uno de ellos.

Problemas comunes al uso de los MASC en insolvencia

La insolvencia comparte características similares en todas las jurisdicciones independiente de los mecanismos al alcance para resolverla. Una de esas alternativas es la de celebrar un acuerdo privado alejado de cualquier proceso judicial. La mayor parte de los practicantes de insolvencia coinciden en que el acuerdo privado es la solución ideal a la crisis, pues los costos de los procesos judiciales de la insolvencia impactan directamente la masa con la que se pretende pagar.

Sin embargo, constantemente esos costos son ineludibles, pues las partes son incapaces de sortearlos sin las herramientas que proporcionan los procesos judiciales. En estos casos, si bien deudor y acreedores coinciden en que la mejor alternativa para esa crisis es adoptar un acuerdo que permita preservar el valor de la masa como empresa en marcha en vez de forzar su liquidación, los costos del mercado lo hacen imposible.

La doctrina ha distinguido esencialmente dos tipos de dificultades en la implementación de los acuerdos privados: (i) la falta de reglas para la formación del acuerdo y (ii) el efecto relativo de los contratos frente al principio de oportunidad.³¹ A continuación, nos referiremos a cada una de ellas.

Falta de reglas para la formación del acuerdo

La falta de regla para la formación del acuerdo se refiere a todas aquellas circunstancias que dificultan que las partes lleguen a un acuerdo que resuelva la situación de crisis del deudor. En algunos casos, estos costos prolongan las negociaciones más allá de lo que sería razonable para lograr un acuerdo; lo cual agrava la situación de la empresa y, a su vez, repercute en la expectativa de pago de los acreedores. En otros casos, estos costos hacen imposible llegar a ningún tipo de acuerdo y, en consecuencia, hacen inevitable la necesidad de acudir a un proceso judicial, a pesar de que la fórmula del acuerdo podría adoptarse sin necesidad de este.

El primero de esos costos a los que nos referiremos es la ausencia del reconocimiento de la etapa de negociaciones. En ocasiones, el deudor o los acreedores pueden rehusarse a participar en las negociaciones, por considerar que es en su mejor interés abstenerse de las mismas. Usualmente, los deudores tienen menos incentivos de rehusarse a sentarse en la negociación en tanto que, en ausencia del efecto paralizador del concurso judicial, se encuentran a merced de los acreedores que pueden agredir el patrimonio de la empresa. Sin embargo, ocasionalmente, el deudor que se considere a salvo de las acciones de los acreedores puede rehusarse a reunirse con los acreedores para negociar ante la negativa de ceder a las demandas que hagan los acreedores sobre ciertos pagos o formas de administrar la masa de bienes.

Usualmente, la dificultad del reconocimiento de la etapa de negociaciones proviene de los acreedores, especialmente aquellos que cuentan con una fuente de pago o con una garantía suficiente para la cobertura de sus créditos. Otro escenario frecuente es el de las PYMES, que, por su tamaño, no logran llamar la atención de sus acreedores para que acudan a las mesas de negociación. En ambos escenarios, los acreedores prefieren continuar cobrando sus créditos por los mecanismos tradicionales, sin interesarles una salida alternativa negociada y privada.

Sin el reconocimiento de la etapa negocial, el deudor se queda sin espacio para exponer sus dificultades y sus expectativas de recuperación, y, en consecuencia, debe acudir al mecanismo judicial, en el cual, con ocasión del efecto paralizador de las acciones de cobro, los acreedores no tienen una alternativa distinta a negociar con él.

El segundo costo de la etapa de negociación es la ausencia de dirección de las negociaciones. Generalmente, la carga de promover alternativas para resolver la crisis recae en los deudores. Sin embargo, usualmente, el deudor no tiene experiencia en estos escenarios e, incluso, no cuenta con las herramientas suficientes para identificar el detonante de la crisis y, en consecuencia, una solución a la misma.

Así mismo, las negociaciones simultaneas con múltiples acreedores exponen al deudor a las distintas agendas de cada uno de ellos, así como a sus sesgos o temores frente a la negociación. La cantidad de voces demandando distintas soluciones puede causar que las negociaciones se diluyan en asuntos que no son esenciales. Igualmente, puede pasar que, en ausencia de decisiones judiciales que cierren una discusión, las partes pueden terminar enfrascadas en disputas sin avanzar en la negociación.

El tercero de esos costos es la asimetría de la información. Para el inicio del proceso de insolvencia, el deudor debe suministrar una información mínima que le permita a los acreedores entender la situación. Así mismo, los jueces concursales pueden requerir información en cualquier momento al deudor cuando consideren que la misma es necesaria para la toma de decisiones dentro del proceso. Los escenarios privados carecen de esa

posibilidad, por lo cual, los acreedores se encuentran a merced de la voluntad del deudor. En este escenario, el deudor puede reservarse información trascendental que induzca a los acreedores a sobrevalorar o subvalorar la masa de bienes, según sus intereses.

El efecto relativo de los contratos frente al principio de universalidad en la insolvencia

El segundo tipo de costos que identifica Goldenberg en los acuerdos privados es el derivado del efecto relativo de los contratos frente a la vocación universal del proceso. Estos pueden verse reflejados en dos situaciones concretas: (i) la posibilidad de que acreedores oportunistas se aparten del acuerdo buscando un mejor trato y (ii) los temores que despierta un acuerdo privado ante la posibilidad de una revisión judicial en caso de apertura de un concurso judicial.

El primero de ellos reside en que el efecto del acuerdo privado solo vincula a quienes expresamente hayan manifestado su voluntad de adherirse al mismo. Suponiendo que las partes logren superar los costos enunciados anteriormente, el acuerdo al que se llegue solo tiene fuerza vinculante para aquellos que voluntariamente se adhieran a este. Toda vez que este tipo de acuerdos generalmente implica un esfuerzo y/o sacrificio de los acreedores para viabilizar al deudor, algunos acreedores pueden optar por negarse a participar del acuerdo, a menos que se le otorgue una prerrogativa adicional que le fue negada a los demás acreedores. En este caso, existe un consenso de que el acuerdo de reorganización es la mejor alternativa para los acreedores, sin embargo, uno de los acreedores aprovecha y opta por separarse de este, independientemente de la razonabilidad o de la justicia de sus pretensiones.

Si suficientes acreedores optan por preferir una solución que satisfaga sus intereses individuales en vez de los colectivos, el acuerdo privado fracasará, pues no concederá al deudor el alivio necesario para mantener su operación. En ese sentido, un aspecto que siempre debe tenerse en cuenta en las negociaciones privadas es la posibilidad de que el acuerdo sea homologado judicialmente, en caso de que resulte necesario. Esto puede resultar problemático en el ordenamiento colombiano, en el cual los jueces de insolvencia interfieren activamente, ejerciendo el control de legalidad sobre los términos del acuerdo, por lo cual, el riesgo de no convalidación ante la autoridad judicial puede ser alto.³²

Por otro lado, el hecho de que las negociaciones se adelanten sin supervisión judicial genera desconfianza sobre el valor del acuerdo, en caso de que el mismo no resulte suficiente para conjurar la crisis del deudor y que sea inevitable el concurso judicial. La posibilidad de que un acto pueda ser objeto de revisión judicial vía acción revocatoria concursal no es un temor menor, más aún si se suma que eventualmente la misma pueda conllevar la anulación de las garantías del acreedor y hasta su postergación.

La ausencia de un “escudo protector” de la negociación celebrada en periodo de sospecha puede desanimar a los acreedores para que se sumen al acuerdo privado y que prefieran la apertura del concurso para negociar sin el riesgo de las sanciones previstas, en caso de una demanda revocatoria.

Problemas específicos al uso de los MASC en insolvencia

Adicional a los problemas generales al uso de los MASC en insolvencia, la práctica judicial colombiana incorpora retos propios que dificultan la implementación de esas herramientas. En términos generales, todos los problemas específicos tienen un mismo origen: la percepción publicista de los procesos concursales empresariales, según la cual en estos escenarios están en juego aspectos de naturaleza constitucional, cuya protección debe garantizarse por medio del ejercicio de las facultades del juez del concurso.

Esta percepción del proceso disminuye la capacidad dispositiva de las partes sobre sus intereses y reduce su maniobrabilidad para negociar el acuerdo. En ese sentido, los deudores no solo deben hacer sus mejores esfuerzos para persuadir a los acreedores de la conveniencia del acuerdo, sino para convencer al juez

de su legalidad, pues la práctica judicial los ha llevado a revisar oficiosamente cualquier tipo de vicio, independientemente de que las partes soliciten su intervención o no. Lo anterior se evidencia en distintas prácticas que individualizaremos a continuación.

El uso excesivo de la teoría del antiprocesalismo

Una de las ventajas de los procesos judiciales es el principio de preclusión, bajo el cual se establece que, agotada una etapa procesal, no se puede volver sobre ella, ni se pueden realizar actos que debieron de ser ejecutados en esa etapa. En el mismo sentido, cuando la autoridad judicial emite una decisión y esta queda debidamente ejecutoriada, se pone fin a la controversia y esta hace tránsito a cosa juzgada, de forma tal que no puede ser revisada por otra autoridad judicial.

Este principio se ha puesto en entredicho en la justicia colombiana por la adopción de la llamada *teoría del antiprocesalismo*, bajo la cual se señala que “las decisiones ilegales no atan al juez” y, en consecuencia, una autoridad judicial puede dejar sin efectos una decisión que es manifiestamente ilegal.³³ Esta teoría se ha hecho un lugar dentro de la práctica concursal colombiana y hoy en día son constantes los pronunciamientos en los cuales funcionarios judiciales de la Superintendencia de Sociedades dejan sin efecto sus propias decisiones, sosteniendo que estas fueron ilegales y que, en consecuencia, no están atados a ellas.³⁴

Al amparo de la teoría del antiprocesalismo, las autoridades judiciales en materia de insolvencia en Colombia han dejado sin efectos autos de admisión al proceso de reorganización,³⁵ decisiones sobre objeciones,³⁶ entre otras. Si bien en algunos casos puede considerarse que estas decisiones sirvieron para corregir yerros evidentes de decisiones judiciales, esta práctica le resta seguridad a la actividad judicial, genera desconfianza frente a los usuarios y se ha banalizado al punto de ser utilizada para modificar cambios en la interpretación de las normas.

El control de legalidad sobre las conciliaciones celebradas entre el deudor y sus acreedores

Otra práctica judicial recurrente es la del control de la legalidad sobre las conciliaciones que realizan las partes sobre las objeciones a los proyectos de calificación y la graduación de créditos. El artículo 29 de la Ley 1116 de 2006 dispone que, con posterioridad a la fijación de la *litis* en materia de objeciones, las partes cuentan con un término de diez (10) días para conciliar entre ellas. Sin embargo, una vez conciliadas las objeciones, normalmente el juez del concurso ejercita un control de legalidad sobre las mismas y, cuando lo considera pertinente, deja sin efectos las mismas y procede a resolver la objeción de la manera que considere apropiada.

Esta práctica se sustenta en una creencia inveterada de la práctica legal colombiana, que considera que las normas sobre prelación legal de créditos son de orden público y, en consecuencia, no es posible disponer de ellas por vía de acuerdo privado. En ese sentido, los jueces de insolvencia colombianos estiman que no es posible aceptar conciliaciones que modifiquen la prelación legal, pues se estaría dejando sin efecto una norma que no tiene carácter dispositivo.

Este no es el escenario adecuado para discutir si las normas de prelación legal de créditos son o no de orden público. Sin embargo, la práctica de controlar judicialmente las conciliaciones privadas desincentiva el mecanismo por razones obvias. Así mismo, en el momento en el que se habilitase legalmente el arbitraje para objeciones en necesarios judiciales, se encontraría el riesgo de que la autoridad judicial deje sin efectos la decisión arbitral, al considerar bajo su análisis que ese aspecto no es conciliable y que, en consecuencia, no sería arbitrable.

El uso de los MASC en la insolvencia en el derecho comparado

Antes de abordar el uso de MASC en procesos de insolvencia, es necesario delimitar el escenario de aplicación que se promueve en este escrito. Dicha delimitación corresponde a su uso como mecanismos recuperatorios; es decir, en aquellos casos de deudores que están en insolvencia o preinsolvencia y en los que todavía existe la probabilidad de mantener la unidad empresarial.

Lo anterior responde a que, cuando se ha dado apertura de la etapa de liquidación de los deudores insolventes, son otros los principios comunes que deben protegerse y de los cuales es más probable su defensa en un proceso judicial público con garantías de información y con audiencia para cada acreedor.

Cada vez que un asunto es sometido a arbitraje o a cualquier otro mecanismo alternativo de resolución de disputas, se prioriza hasta cierto punto la autonomía y la libertad de las partes que participan en los mecanismos sobre los derechos e intereses colectivos de aquellos que quedan excluidos de estos espacios. Sin embargo, la mayoría de los conflictos que se presentan con estas controversias pueden resolverse sin incluir a todas las partes, sino que puede ser una decisión tomada por aquellos quienes tienen poder de decisión a la hora de mantener el giro ordinario comercial, el cual indefectiblemente colocará en salvaguarda los intereses de todos los implicados y favorecerá el cumplimiento de las obligaciones de los acreedores, incluidos los minoritarios.

En el mundo moderno, distintas jurisdicciones han aprendido del uso de MASC o *Alternative Dispute Resolution* (ADR), en beneficio del interés colectivo. Los MASC han sido utilizados para maximizar el valor del patrimonio o para facilitar el rescate de la empresa, de manera que el interés colectivo esté mejor protegido.

Por esto, y antes de estudiar el ejemplo de distintas jurisdicciones en el mundo, cabe diferenciar entre disputas relacionadas con (i) la facilitación de negociaciones sobre el plan de reestructuración, y, por lo tanto, la prevención de la angustia financiera, o (ii) la insolvencia con el propósito de rescate corporativo. Ambas se ubican en un escenario en el que todavía se prioriza la *subsistencia del negocio*. Algunas jurisdicciones están implementando activamente las leyes sobre MASC, utilizando su enfoque colaborativo para promover una resolución rápida en todo el mundo.

A continuación, solo nos referiremos a algunas de esas jurisdicciones, ya sea por su reconocimiento e importancia como foro para resolver la insolvencia o por considerar que su experiencia es valiosa para el derecho colombiano, ya que enfrenta retos similares.

Estados Unidos

El Código Federal de Bancarrotas americano, y en particular su capítulo 11, es celebrado constantemente como la norma concursal más eficiente que existe. Distintas jurisdicciones, e incluso la Unión Europea, han adoptado varios elementos de este cuando pretenden modernizar sus normas concursales. Sin embargo, la normativa concursal americana solo es un elemento de un ecosistema de reestructuraciones, del cual también hacen parte otros, como la especialidad de la justicia, la financiación concursal y los métodos alternativos de solución de controversias en la insolvencia.

La implementación de técnicas de ADR en Estados Unidos se puede rastrear desde finales de la década de 1980, cuando los tribunales adoptaron acuerdos extrajudiciales (dirigidos por mediadores) para casos de quiebra. El uso de la mediación se consolidó con la entrada de *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, en la que se exigió que cada tribunal federal debía al menos considerar la aplicación de la mediación en todas las acciones civiles, incluidas las disputas ocasionadas por bancarrota.³⁷ Por ejemplo, para el año 2004 en Delaware, los tribunales hicieron obligatorio el paso por la mediación cuando se evidenciaron disputas de insolvencia específicas, lo que demuestra cada vez más la confianza que se tiene en la aplicación de esta nueva técnica de ADR. En ese sentido, el Instituto Internacional de Insolvencia, en su artículo “Big Solutions for

Big Problems”, encontró que el 60 % de los casos de reorganización presentados entre el año 2000 y 2011 había sido resuelto mediante ADR.³⁸

En la jurisdicción estadounidense se destacan tres casos en los que las disputas por insolvencia pueden ser mediadas por ADR:

- Resolver disputas y llegar a un consenso con respecto a los planes de reorganización.
- Disputas de un solo acreedor.
- Reclamaciones de múltiples acreedores de la misma naturaleza.

Dentro de los casos de éxito que podrían reseñarse figuran *Lehman Brothers*, en 2008, y *Greyhound Lines Inc.*, en 2013. El primero es notorio por el escenario de crisis económica que se había gestado y por las múltiples disputas transfronterizas que se dieron, debido a la presencia de esta sociedad bancaria en varios países a través de sus filiales. Las partes participaron en reuniones de mediación que, al cabo de algunos meses, permitieron llegar a un acuerdo que resolvió la disputa. Se siguió un protocolo de mediación estructurado que condujo a la resolución oportuna de la mayoría de las reclamaciones, las cuales involucraron más de 6000 contratos de derivados con 900 000 transacciones subyacentes.³⁹ Es relevante destacar que, aunque el desafío que supone un proceso de insolvencia transfronteriza no es objeto de este estudio, sí es pertinente resaltar el papel que tienen las ADR en el manejo de este tipo de conflictos.⁴⁰

El segundo caso corresponde a una empresa con sede en Dallas, Texas. Greyhound Lines enfrentó una crisis financiera e inició un plan de negociaciones con personas que habían sufrido daños a la propiedad y lesiones personales en accidentes de tráfico que involucraban vehículos Greyhound. El procedimiento de ADR consistió en mediar estas negociaciones por un periodo de sesenta días con cada uno de los acreedores, los cuales, en caso de no llegar a un acuerdo, terminaban en arbitraje.⁴¹ La mitad de las reclamaciones fueron resueltas en el primer escenario, lo que pone de presente que un escenario de negociación puede ser resuelto de forma pronta, reconciliando los intereses de las partes y promoviendo la no interrupción de las relaciones comerciales.

Ahora, y considerando otro mecanismo adicional como el arbitraje, puede observarse que esta ya es una herramienta desarrollada de los sistemas de insolvencia en todo el mundo para resolver disputas individuales de acreedores. En el contexto estadounidense, los tribunales suelen diferenciar entre asuntos *centrales* — relacionados con derechos surgidos directamente de la normativa federal de quiebras, como las acciones de evitación— y asuntos *no centrales*, que no dependen de derechos sustantivos de dicha normativa.⁴² Estos últimos son susceptibles de resolverse a través del arbitraje, siempre que exista un acuerdo previo entre las partes que se haya suscrito antes de que el deudor entrara en insolvencia.

La anterior diferencia, además de estar influenciada por la tendencia global en la que se concibe a la insolvencia como un extremo insuperable para formar parte de un escenario arbitral, no concibe escenarios propios de insolvencia que podrían beneficiarse de la decisión individual o conjunta de un panel arbitral. Es decir, solo se utiliza este mecanismo como una forma paralela de conocer conflictos comerciales que, una vez resueltos, traerán claridad a la situación de insolvencia del deudor.

Los Tribunales de esta jurisdicción no tienen discreción para continuar con la suspensión del arbitraje en un proceso guiado por Código Federal de Bancarrotas, a menos que los procedimientos de arbitraje estén relacionados con cuestiones del núcleo o centrales. Tal y como se mencionó anteriormente, los procedimientos centrales están por o en contra del deudor y en ellos el Código Federal de Quiebras es la fuente del derecho o el recurso del reclamante, aunque también pueden derivarse de la propia quiebra o se resolverían necesariamente en el proceso de asignación de reclamaciones.⁴³

Francia

En Francia la adopción de MASC ha aumentado gradualmente para resolver conflictos en etapas de reestructuración empresarial y procedimientos previos a escenarios de insolvencia. Fue establecido en la década de 1990, cuando el principal propósito de la ley de insolvencia era *preservar los intereses de la compañía y, solo de manera subsecuente, los intereses de los acreedores*.⁴⁴ Lo anterior concuerda con el uso de ADR en las etapas de insolvencia que se contemplan en el régimen francés, como lo son (i) los procedimientos concursales asistidos por los tribunales; (ii) los procedimientos concursales controlados por los tribunales, y (iii) los procedimientos concursales que incluyen rescates y liquidaciones judiciales.

En los casos que son asistidos por el tribunal, las negociaciones entre el deudor que se encuentra en situación probable, mas no inminente, de insolvencia negocia con los acreedores bajo la supervisión de un conciliador o mediador. El tribunal asignado tiene limitaciones y puede desempeñarse solo en la apertura y en la conclusión del procedimiento, así como en la aprobación del acuerdo sobre el reembolso de la deuda.

La aplicación de ADR no es pública y no requiere que sea comunicada con todos los posibles acreedores; se mantiene el carácter confidencial y flexible entre las partes involucradas. Lo anterior resulta importante a la luz de lo establecido por la Corte de Casación en 2015, que mencionó que la confidencialidad prevalece sobre la publicación de la situación financiera del deudor.⁴⁵ Se concluyó que el publicar información acerca del trabajo adelantado dentro de la conciliación o mediación podría afectar el beneficio potencial de ADR en el proceso. La Corte calificó de legítimo el propósito de prevenir más dificultades financieras para las compañías que se encuentren en esta etapa preconcursal.

En 2015 en esta jurisdicción, 1000 procesos de preinsolvencia fueron iniciados, con una tasa aproximada de éxito del setenta por ciento. Procesos que además solo pueden ser iniciados por el deudor mediante una aplicación elevada ante los tribunales. De acuerdo con Jokubauskas, el propósito al que sirven estos procedimientos en Francia guarda similitud con el capítulo 11 del Código Federal de Bancarrotas de Estados Unidos.⁴⁶

Aunque la mediación o la conciliación en esta etapa preconcursal de la jurisdicción francesa, se distinguen en aspectos como el plazo de las negociaciones, los límites de flujo de caja para los deudores y la magnitud de la cesación de pagos, los cuales coinciden en ayudar a las partes a alcanzar un acuerdo amigable. Se tiene en ambos casos la posibilidad de requerir la información financiera pertinente del deudor y alcanzar las negociaciones con las reglas de procedimiento acordadas por las partes, pues, en aras de ser flexibles, no se prevén en la legislación francesa.

Los acuerdos que se alcancen exitosamente por estas vías son ejecutados bajo control judicial- Si el deudor falla en el cumplimiento de sus obligaciones, los tribunales están autorizados para terminar los procedimientos concursales, pues no se está correspondiendo con el objetivo del ADR, que es animar al deudor y a los principales acreedores a desarrollar la solución pacífica a sus problemas. Los acreedores partícipes de esta etapa guardan prelación en caso de que otro tipo de acreedores inicien procedimientos de insolvencia.

El balance que refleja la jurisdicción francesa, entre el interés público de mantener la actividad comercial de las empresas y los créditos de los acreedores mediante el uso de mediación y conciliación, se puede evidenciar también, un poco más limitado, en la aplicación del mecanismo del arbitraje.

En Francia, la arbitrabilidad de una reclamación está determinada por la naturaleza de la disputa. Las cuestiones de insolvencia, consideradas del núcleo o esenciales, en Francia se caracterizan como *puras*, y se refieren a la aplicación y al ejercicio de los propios procedimientos de quiebra, los cuales se consideran no arbitrables. Los asuntos contractuales siguen siendo arbitrables, con la excepción de que, si se encuentra que un tribunal arbitral tiene jurisdicción para decidir sobre una disputa contractual después del inicio del procedimiento de quiebra, debe respetar la política pública que sustenta la ley de quiebras. Es decir, aunque el panel arbitral decida sobre la existencia de una obligación, el pago de la misma seguirá sujeto al proceso

principal de insolvencia para salvaguardar la regla de igualdad entre todos los acreedores sobre la masa concursal.

Singapur

Desde hace varios años, Singapur viene implementando una serie de reformas a sus normas de insolvencia, al punto de ser considerada como un *hub* asiático para la resolución de la insolvencia internacional. Esta nación asiática ha gestado un terreno fértil para la implementación de MASC en los casos de insolvencia. La presencia del Singapore Mediation Centre, en el que se proveen servicios de mediación con un sólido respaldo institucional, y la Ley de Empresas de Singapur (Singapore Companies Act) les proporcionan a las empresas garantías cuando necesiten intervención o gestión, lo que podría significar el nombramiento de un gerente judicial que medie los conflictos junto con los acreedores. Así, se suaviza el camino hacia un plan de reestructuración, si este es viable, y se fomenta la comunicación y el consenso de los intereses que parecieron estar contrapuestos en un primer momento.

En 2015, se estableció un Comité de Reestructuración para el fortalecimiento de Singapur como un centro internacional para la reestructuración de deuda, el cual fue encargado de recomendar iniciativas para consolidarse en el entorno internacional. En el reporte emitido por este Comité, la mediación y el arbitraje figuraron con relevancia.

En primer lugar, la mediación podría utilizarse para resolver disputas de acreedores individuales con el deudor (en el contexto de una reestructuración de múltiples acreedores) o para gestionar múltiples disputas de acreedores de la misma naturaleza (mediación de reclamaciones similares). En la mediación de reclamaciones similares, generalmente se nombra a un mediador para facilitar la resolución de múltiples reclamaciones con un nexo común de derecho o hecho.⁴⁷

En segundo lugar, la mediación puede ser útil para obtener un consenso en el plan de reestructuración entre el deudor y sus acreedores (mediación del plan). En una mediación de los planes, se nombra a un mediador para ayudar a las partes interesadas a lograr un consenso en un plan de reestructuración o en los casos en que los deudores están sujetos a procedimientos de doble insolvencia en jurisdicciones concurrentes.

Frente a la incursión de la mediación en los tribunales de Singapur, la recepción por parte del cuerpo judicial ha sido favorable, pues esto se denota de la observación que el Juez Kannan Ramesh, miembro del Tribunal Superior de Singapur hace en la siguiente cita:

Otro aspecto, al que sorprendentemente no han recurrido tanto los deudores como los acreedores, es contar con la ayuda de un mediador concursal experimentado y capacitado para desarrollar el plan de reestructuración, ya sea individual o grupal. Con frecuencia, las discusiones sobre el plan son partidistas y, por lo tanto, las posiciones adoptadas son un reflejo de ello. Veo una tremenda utilidad en el despliegue de los servicios de un tercero neutral experto en técnicas de mediación, y con el conocimiento del dominio relevante.⁴⁸

A diferencia de los Estados Unidos, Singapur no cuenta con un desarrollo legislativo formal y explícito sobre la mediación en insolvencia; sin embargo, sus reformas legislativas, adoptadas en 2017 y 2020, estaban orientadas a mejorar su marco de reestructuración y su estatus como un centro de reestructuración de deuda internacional, incluidas disposiciones que adaptan partes del capítulo 11 del Código de Quiebras de Estados Unidos.^{49,50}

En esta jurisdicción el acceso a la mediación no es obligatorio. No obstante, los tribunales suelen alentar a las partes a acudir a estos mecanismos, especialmente en el contexto de insolvencia. El capítulo quinto del informe *Insolvency: Now & Beyond*, publicado colaborativamente por la *Insolvency and Bankruptcy Board of India* y el *Foreign Commonwealth Development Office UK*, resalta la confianza de los tribunales de Singapur en los ADR, ya que acoge en sus directrices prácticas⁵¹ que “es el deber profesional de los abogados y procuradores

asesorar a sus clientes sobre las diferentes formas en que sus disputas pueden resolverse utilizando una forma adecuada de MASC".⁵²

En esas mismas directrices, se hace especial énfasis en el beneficio que trae la aplicación de los mecanismos cuando se introducen en la fase más temprana posible del conflicto, pues facilitan la resolución justa, rápida y económica de los casos. Además, se menciona que el hecho de que una de las partes en conflicto se niegue a acudir a estas técnicas de manera injustificada abre la posibilidad de enfrentar costas adversas en el escenario judicial.⁵³ Lo anterior es un reflejo del incentivo que tienen las partes de crear escenarios fuera de la vía judicial y del respaldo que estas alternativas tienen institucionalmente.

El arbitraje también ha sido considerado como un mecanismo para abordar los conflictos de insolvencia. Sin embargo, esta aproximación es más limitada y conflictiva que la mediación, pues hay aspectos que los tribunales de Singapur, así como la tendencia global, han considerado como no arbitrables. Un reflejo de esto es lo establecido por el Tribunal de Singapur en el caso *Larsen Oil and Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd*:

Arbitration and insolvency processes embody, to an extent, contrasting legal policies. On the one hand, arbitration embodies the principles of party autonomy and the decentralisation of private dispute resolution. On the other hand, the insolvency process is a collective statutory proceeding that involves the public centralisation of disputes so as to achieve economic efficiency and optimal returns for creditors.⁵⁴

Debido a esta diferenciación entre aspectos que la jurisdicción de Singapur determina como disputas de derecho de insolvencia o disputas de derecho privado, el uso del arbitraje se ha limitado a disputas que incluyen, según el Informe *Insolvency: Now & Beyond*:

- Disputas que involucran cuestiones transfronterizas, ya que el arbitraje evitaría que los asuntos se litigan en varias jurisdicciones.
- Casos complejos en los que puede haber necesidad de conocimientos especializados en el área de la materia y en los que es probable que haya decisiones judiciales inconsistentes.
- Resolución de problemas en múltiples procedimientos de insolvencia concurrentes. Por ejemplo, cuando el negocio de una gran empresa multinacional se vende como una empresa en curso, el producto de la venta puede tener que asignarse a través de varios procedimientos de insolvencia. El arbitraje se puede utilizar para resolver disputas sobre cómo debe hacerse la distribución de los ingresos de la venta.
- Determinar el centro de intereses principales del deudor, para evitar la situación en la que diferentes jurisdicciones afirmen que la administración primaria de un procedimiento de reestructuración debe basarse en el foro local.⁵⁵

No se encuentra información directa que permita evidenciar si el arbitraje ha sido utilizado para validar acuerdos de reorganización cuando las empresas ya han sido admitidas en procesos de insolvencia.

India

La experiencia de la India en la implementación de los MASC para la insolvencia es valiosa para el derecho colombiano, en tanto ambas jurisdicciones comparten elementos comunes, como la congestión de las autoridades judiciales que conocen de los procesos de insolvencia y los recursos limitados con los que cuenta el Estado para promover la revolución necesaria.

La relación que guarda esta jurisdicción con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos tiene un arraigo mucho más profundo que el que se tiene con el sistema judicial vigente. Para la cultura en este país, estos mecanismos van más allá de la gestión de conflictos, pues se perciben como el manejo de las relaciones

humanas de una manera positiva y receptiva para el bien de la gente en conflicto y para el mejoramiento del tejido comunitario.⁵⁶

Antes del 2023, igual que en Singapur, no existía una legislación independiente que hablase de ella como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Con la entrada del *Mediation Act* en septiembre de ese año, se buscó la promoción y el fomento de la mediación para resolver conflictos de todo tipo. El enfoque tomado en este instrumento legislativo es amplio, pues incluye consideraciones sobre la mediación institucional, la mediación comunitaria, el organismo regulador, las normas para los agentes o proveedores de mediación, la calificación y capacitación de estos, la facilitación de la resolución de disputas transfronterizas, la promoción de la mediación voluntaria antes de los litigios y la garantía de la aplicación de los acuerdos de mediación.

Ahora bien, en materia de insolvencia, la mediación se prevé para aliviar la congestión judicial y para promover el incremento de su uso en litigios de deudores insolventes. El comité de expertos The Mediation and Conciliation Project Committee, creado por el Insolvency and Bankruptcy Board of India (IBBI), estableció que la mediación era una alternativa “probada y comprobada” en la resolución de conflictos entre acreedores y deudores.⁵⁷ El propósito de la creación de este comité atendió al interés de mejorar las tasas de recuperación de los acreedores y promover la actividad empresarial, reduciendo el riesgo asociado con las quiebras comerciales.

En enero de 2024, el comité de expertos emitió un informe llamado *Framework for Use of Mediation under the Insolvency and Bankruptcy Code, 2016*. En este reporte se establecieron una serie de recomendaciones que buscaban la priorización de este mecanismo alternativo de resolución de controversias, teniendo en cuenta su uso no tan recurrente en esta materia.⁵⁸ La principal recomendación establece la creación de un organismo de mediación de insolvencia especializada anexa al Tribunal Nacional de Derecho de Sociedades. Un organismo que sea responsable de administrar, supervisar y gestionar la realización de mediaciones de insolvencia.

Como segunda recomendación relevante, se hizo hincapié en mantener un enfoque voluntario de la mediación, permitiendo que las partes consientan mutuamente su uso. Se promueve el marco voluntario para preservar la autonomía de las partes interesadas y se procura la no obstaculización o el retraso de los plazos del IBC. Este código de insolvencia prevé que el proceso de mediación se limite a un periodo de 30 a 60 días, pues es un plazo que se alinea con el cronograma general de los procedimientos legales en esta jurisdicción.

Sin embargo, el informe enfatiza la necesidad de abordar algunos de los desafíos más importantes en esta materia.⁵⁹ El primero es garantizar la disponibilidad de mediadores calificados con experiencia y comprensión profunda tanto de técnicas de mediación como de las complejidades de la ley de insolvencia. El segundo es la preocupación del Comité sobre la naturaleza voluntaria de la mediación, en tanto su uso depende exclusivamente de la voluntad de las partes involucradas. El ecosistema donde convergen ADR y disputas de insolvencia está en una etapa muy temprana y existe la posibilidad de que las empresas sigan prefiriendo el litigio sobre ADR. El Comité señala que, contrario a la voluntad de las partes, la inclusión de mediación obligatoria antes de presentar la insolvencia sería ideal y podría garantizar una resolución oportuna.

Respecto del arbitraje, el panorama en la India ha cobrado mayor relevancia desde la aparición del nuevo régimen de insolvencia en 2016, pues esta jurisdicción es relativamente nueva en este ámbito. La orientación legal disponible es limitada y diversos procedimientos arbitrales se han suspendido, debido a la apertura de procedimientos de insolvencia. El Código de 2016 no tiene disposiciones sobre el impacto del arbitraje en procedimientos de insolvencia y el *Indian Arbitration and Conciliation Act 1996* no estipula el efecto o el impacto de este en un proceso principal de insolvencia.

El desarrollo normativo en India sobre arbitraje en insolvencia se restringe al uso de este mecanismo en procesos paralelos, como ya se ha estudiado anteriormente. Aun con esta sola aplicación, el mecanismo sigue enfrentando líneas confusas sobre la continuación de procedimientos de arbitraje paralelos, la ejecución del laudo arbitral de dichos procedimientos, la posibilidad de su intersección o la prevalencia de las leyes en conflicto.⁶⁰ La posibilidad de que el arbitraje sea usado como mecanismo principal de recuperación de los

activos, sustituyendo un escenario de litigio propio de la insolvencia, no ha tenido pronunciamiento en esta jurisdicción

Multilateralismo

El Banco Mundial ha trabajado en colaboración con otras organizaciones internacionales, como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), para identificar en sus *directrices de mejores prácticas para el diseño e implementación de sistemas óptimos de insolvencia* el beneficio de los ADR en un escenario de insolvencia y de reestructuración. Por un lado, reconocen que la mediación ha tenido éxito, ya que ha ayudado a resolver disputas complejas entre acreedores en casos de insolvencia por responsabilidad extracontractual masiva y ha guiado las negociaciones con los acreedores durante un proceso formal de reorganización. Así mismo, resaltan el arbitraje como un componente importante de un sistema de insolvencia eficaz.

Por último, cabe destacar la elaboración del *Toolkit on Insolvency and Arbitration*, desarrollado por la *International Bar Association* en 2021. Este proyecto tiene como objetivo orientar a las partes en la conciliación de intereses contrapuestos derivados de situaciones de insolvencia dentro de un contexto arbitral. Lo hace a través de una serie de preguntas diseñadas para identificar los puntos álgidos o cruciales de cada caso, facilitando así la toma de decisiones con mayor certeza en esta etapa aún temprana en la que se encuentra la aplicación de los métodos alternativos de resolución de disputas (ADR) en materia de insolvencia.

Retos y lecciones para la implementación de los MASC en la insolvencia empresarial en Colombia.

La alternativa más cercana y realista para impulsar la descongestión judicial de la justicia concursal en Colombia pasa por incorporar los métodos alternativos de solución de controversias a la insolvencia empresarial como un apoyo para la insolvencia judicial. Este camino no es sencillo e implica replantear algunas cuestiones fundamentales de esos procesos, así como ajustar algunas prácticas judiciales y utilizar las experiencias y recomendaciones que encontramos en el derecho comparado.

En nuestra opinión, los asuntos más críticos son los que se describen a continuación.

Colectividad sí, universalidad no

Los principios por excelencia de los procesos concursales en Colombia son la universalidad y la igualdad. Ambos principios son vestigios de una época en la que el capital no circulaba de la forma en que lo hace en la economía moderna, y en la cual las relaciones de crédito no tenían el grado de profesionalidad de hoy.

Bajo el principio de universalidad, todos los acreedores deben concurrir al proceso de insolvencia sin importar su tamaño. Esta práctica es la que ha llevado a que un proceso de insolvencia pueda tener cientos y hasta miles de partes acreedores, lo cual dificulta su gestión. Por el contrario, las prácticas internacionales, como en España, han venido aceptando que la negociación de los acuerdos en insolvencia solo debe incluir a los actores relevantes, es decir, aquellos cuyo peso dentro de la estructura de capital de la empresa les da el suficiente poder político en el acuerdo para determinar su rumbo. Otros acreedores, tales como los de pequeñas acreencias o los laborales, poco tienen para aportar dentro de ese proceso y su presencia solo dificulta las negociaciones por su falta de conocimiento de la naturaleza de estos procesos.

Para los americanos, la expresión *Balance Sheet Restructuring* implica la reestructuración exclusivamente del pasivo financiero del deudor, sin afectar su pasivo operacional, cuando se considera que esta funciona óptimamente.

El Decreto Legislativo 560 de 2020 y posteriormente la Ley 2437 de 2025 van en el camino correcto, al permitir que algunos trámites recuperatorios concursales solo afecten a determinados acreedores bajo la figura de los *acuerdos por categorías*. Esta herramienta es una verdadera revolución del derecho concursal colombiano que expande las posibilidades a los deudores en dificultades. El acuerdo por categorías les permite a los deudores negociar únicamente con la categoría de acreedores que se verá afectada por el acuerdo, dejando a las demás por fuera de la negociación y, en consecuencia, facilitando las negociaciones, al reducir el número de partes que tienen interés en este.

Los procesos concursales no son públicos

El derecho concursal colombiano ha ido desplazándose desde su origen como un asunto del derecho comercial a ser considerado un asunto de naturaleza pública e, incluso, con relevancia constitucional.

Este cambio de percepción ha modificado la dinámica de estos procesos judiciales pues se considera que cualquier interesado puede participar de los debates judiciales que se dan en el interior de este con una mínima legitimación en la causa, y faculta al juez para revisar cualquier cuestión que en su criterio no se ajuste al interés público. Esta percepción va directamente en contra de varias de las ventajas de los MASC como son la confidencialidad y el control sobre el proceso.

La mediación en sí misma es generalmente privada y la mayor parte del tiempo confidencial, solo para garantizar que haya una conversación constructiva entre las personas en conflicto, facilitada por el mediador en cierto sentido. La mediación brinda a los participantes la oportunidad de diseñar de manera colaborativa soluciones creativas para resolver los conflictos al permitirles dialogar libremente sin el peso de las consecuencias judiciales de sus expresiones. El mediador en su rol debe proporcionar un espacio seguro en un entorno privado que permite a las partes resolver sus conflictos redescubriendo los problemas subyacentes de los conflictos. Este espacio seguro es aquel que se logra captar la confianza de quienes a él se someten. La amigable composición sigue reglas similares a pesar de su naturaleza heterocompositiva. Por los lados del arbitraje, una de sus ventajas es tratar de mantener algunos aspectos de la disputa confidenciales para no afectar la reputación de los involucrados.

La confidencialidad no es un asunto contrario a las negociaciones concursales. Solo como referencia, el derecho español reconoce la posibilidad de la comunicación secreta de pre-concurso como una alternativa al deudor que considera que la publicidad del trámite puede dar al traste con su plan de recuperación.⁶¹

La formación profesional de los mediadores de insolvencia

De todas los MASC disponibles, la mediación es el que mejores augurios tiene en su incorporación a la insolvencia empresarial. Como lo vimos anteriormente, jurisdicciones de gran reconocimiento como Estados Unidos y Francia han incorporado el mismo dentro de la batería de herramientas concursales.

La característica esencial de la mediación a diferencia del arbitraje es que el mediador ayuda a las partes a definir y comprender los problemas y los intereses de cada lado. Las partes realmente se involucran en la conversación que quizás no hayan tenido antes y comprenden realmente las necesidades subyacentes de ese problema que ha surgido y está allí para ser mediado.

En escenarios de preinsolvencia o casos de reorganización, el mediador, además de facilitar la conversación donde se expone la información de las acreencias totales que el deudor debe satisfacer, puede promover la calificación de estas conforme a la urgencia que tengan las partes y poder maximizar el beneficio que van a

tener cuando la empresa vuelva a estar en un punto óptimo de funcionamiento y producción. El mediador puede mostrarles a las partes la posibilidad de que sus créditos sean satisfechos en el corto, mediano o largo plazo, sin tener que ver sacrificados sus derechos por el temor de que la empresa no pueda reiniciar su actividad comercial.

En ese escenario es clave la formación profesional del mediador de insolvencia, pues el mismo no solo debe tener la capacidad de dirigir a las partes en la negociación, sino que debe dotarlas de la credibilidad de un profesional, cuyo aporte reduce los costos de los acuerdos privados.

Definir el espacio del arbitraje

Si bien la mediación puede ser útil para coordinar las reclamaciones de los acreedores fuera del debate contencioso judicial, su principal limitación radica en que requiere el consentimiento de las partes, lo que puede conducir a un estancamiento si los acreedores no logran consensuar una solución única.⁶²

En primer lugar, es importante resaltar que, en Colombia, el proceso concursal no se ocupa de asuntos distintos a la crisis del deudor, como pueden ser incumplimientos contractuales, responsabilidad extracontractual, entre otros temas. Tal y como se mencionó anteriormente, existe un límite seguro en el que las jurisdicciones de otros países han permitido que el arbitraje y la insolvencia converjan, y esto es solo en los casos en los que los conflictos atienden a razones de derecho privado y no de insolvencia. Esta práctica ya es reconocida en Colombia, pues el juez de insolvencia no resuelve conflictos originados en relaciones comerciales entre el deudor y los acreedores.

Es claro que el arbitraje es útil para analizar esas cuestiones que no tienen que ver directamente con insolvencia, pues permite ventilar por otro foro de solución de controversias aquellas disputas que congestionarían el sistema judicial, de ser el juez de insolvencia el que las conociera. Es por lo anterior que el trámite de arbitrajes paralelos en Colombia ya es de uso permitido cuando se adelanta un proceso de insolvencia.

La principal contradicción que tiene el arbitraje en insolvencia es la gran cantidad de partes que deben suscribir el pacto arbitral para habilitar la figura. Este asunto no es tan complejo: no todos los acreedores deben venir al proceso arbitral, pues no todos tendrán el mismo objetivo de que la empresa subsista. Algunos solo estarán guiados por el afán de encontrar satisfecha su acreencia. Por esto, solo aquellos acreedores que con ocasión al porcentaje de su acreencia o al poder de financiamiento posconcursal tienen poder de decisión para permitir la continuidad del negocio podrían convocarse para definir un acuerdo de reorganización. Teniendo en cuenta la particularidad que deviene de iniciar un proceso arbitral, en la que el laudo arbitral materializa un acuerdo de reorganización, es muy probable que sean iniciados a través de compromisos, lo cual también es recomendable. Lo anterior se debe a que, una vez surgido el escenario de preinsolvencia o de insolvencia, el deudor cuenta con la información pertinente de los acreedores que podrían hacer prevalecer su empresa y, entre ellos, de manera conjunta, suscribir el pacto arbitral.

El arbitraje en insolvencia no puede utilizarse como un sustituto el juez concursal, como se hace en el arbitraje tradicional, sino como un complemento. En ese sentido, no se puede esperar que el árbitro se ocupe de resolver todas las objeciones, sino tan solo de aquellas que las partes estimen que, por su complejidad y por la necesidad de una solución rápida, deban sustraerse del proceso concursal y llevar por medio esa herramienta. Sin embargo, para las demás objeciones, es perfectamente válido que sean resueltas por la justicia concursal ordinaria. La verdadera complejidad de esta figura reside en la interacción entre unas y otras, y, especialmente, en que el juez concursal colombiano resista la tentación de invalidar las decisiones de los árbitros, amparado en la visión pública del concurso.

Tal y como lo menciona el *International Arbitration Report No. 21*,

el arbitraje puede brindar un medio para que los acreedores seleccionen un procedimiento favorable a la reestructuración que se aplique a sus reclamos, brindando certeza y equidad que pueden incentivar a los acreedores reticentes a participar de manera constructiva en una reestructuración.⁶³

Contemplar las desventajas del arbitraje también resulta beneficioso para el análisis, ya que todos los acreedores confían en el sistema que ofrece la insolvencia. Una confianza que deviene de entender el proceso y conocer sus garantías. Cuando hay una igualdad en el poder de negociación en los procesos mediados por MASC, su resolución puede perseguir el objetivo común de todas las partes. Sin embargo, es cierto que promover el arbitraje o la mediación cuando las personas realmente no entienden le da una mala reputación. Por eso, en nuestra opinión, debemos resistirnos a la tentación de establecer la posibilidad del arbitraje, aún en contra de la voluntad de la parte convocada.

Utilizar las experiencias ajenas

Distintas jurisdicciones se han enfrentado a la complejidad de incorporar los MASC a la administración de justicia de insolvencia. Algunas de ellas enfrentan retos similares, como es el caso de India, por lo que su experiencia es valiosa para diseñar un sistema que ayude a promover la descongestión. Una de esas experiencias es la que tiene que ver con la creación de un organismo de mediación de insolvencia especializada anexa al Tribunal Nacional de Derecho de Sociedades que sea responsable de administrar, supervisar y gestionar la realización de mediaciones de insolvencia.

El artículo 80 de la Ley 1116 de 2006 ya había otorgado a las distintas superintendencias la función de actuar como conciliadoras de conflictos entre acreedores y empresas. Al amparo de esa norma, la Superintendencia de Sociedades creó su Centro de Conciliación y Arbitraje; sin embargo, su labor se ha centrado en otros asuntos que son más tradicionales. En este escenario, la relevancia de ese Centro de Conciliación y Arbitraje es menor, pues compite con otros de mayor prestigio y presupuesto, como lo son los de algunas cámaras de comercio.

El Centro de Conciliación y Arbitraje debe redireccionarse para ser utilizado en aquello que fue contemplado originalmente por la ley: las disputas por problemas de crisis económica, el cual es un nicho inexplorado. Lo anterior permite aprovechar parte del capital humano y la experiencia de la Superintendencia de Sociedades como autoridad judicial de insolvencia en una alternativa para el manejo de la insolvencia empresarial.

Referencias

- Alipak Bannerjee & Payel Catterjee, *The Arbitration and Insolvency Collision: The Indian Perspective* (2021). <https://www.ibanet.org/arb-insol-india>
- Cécile Dupoux & Carole Nerguararian, National report France, en Dennis Faber, Niels Vermunt & Jason Kilborn, eds., *Commencement of insolvency proceedings* (Oxford University Press, 2012).
- Colombia. Ley 1116 de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones. Diciembre 27 de 2006.
- Colombia. Ley 1563 de 2012. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012.
- Colombia. Ley 222 de 1995. Por medio de la cual se adoptan disposiciones sobre reorganización empresarial y se dictan otras disposiciones. Junio 10 de 1995.
- Colombia. Ley 2220 de 2022. Por medio de la cual se expide el Estatuto de Conciliación y se dictan otras disposiciones. Junio 30 de 2022.

- Colombia. Ley 315 de 1996. Por medio de la cual se regula el arbitraje internacional y se dictan otras disposiciones. Septiembre 12 de 1996.
- Colombia. Ley 446 de 1998. Por la cual se expide el Código General del Proceso. Julio 10 de 1998.
- Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos (OEA/Ser.K/XXXIV.4, REMJA-IV/DOC.13/02)* (2024).
- Consejo Superior de la Judicatura & Corporación Excelencia a la Justicia, *Resultados del estudio de tiempos procesales: Tomo I. Rama Judicial del Poder Público* (2016). https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0
- Constitución Política de Colombia [C. P.]. Julio 7 de 1991, [Colomb.].
- Corporación Excelencia en la Justicia, *Índice de Congestión de la Rama Judicial en Colombia (Sector Jurisdiccional)* (2025). <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-rama-judicial-en-colombia-sector-jurisdiccional/>
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], diciembre 11, 2019. M. P.: Alberto Rojas Ríos, Sentencia C-602/19, Referencia: expediente D-11922, [Colomb.].
- Corte Constitucional de Colombia [C. C.], enero 31, 2001. M. P.: Martha Victoria SÁCHICA Méndez, Sentencia C-098/01, Referencia: expediente D3179 [Colomb.].
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], septiembre 19, 2018. M. P.: Luis Alfonso Rico Puerta, Sentencia 12176, Referencia: Rad. 73001-22-13-000-2018-00168-01, [Colomb.].
- Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], septiembre 26, 2018. M. P.: Luis Alfonso Rico Puerta, Sentencia 12467, Referencia: Rad. 11001-02-03-000-2018-02713-00, [Colomb.].
- Cour de cassation, Chambre Commerciale, diciembre 15, 2015. M. P.: Schmidt, Sentencia 14-11.500, Referencia: Rad. 14-11.500. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&cidTexte=JURITEXT000031652185&fastReqId=74732812&fastPos=1>
- Estados Unidos. United States Congress, Alternative Dispute Resolution Act of 1998, 28 U.S.C. § 654 (1998).
- Gustavo Adolfo Robayo Castillo, *La mediación, un medio pacífico para la solución de conflictos* (Defensoría del Pueblo, 1995).
- Insolvency and Bankruptcy Board of India, *Framework for Use of Mediation under the Insolvency and Bankruptcy Code, 2016* (2024). <https://ibbi.gov.in/uploads/resources/1256aa8a9e2c89bd09d8186dae2e6019.pdf>
- International Chamber of Commerce, *Dispute Boards* (2025). <https://iccwbo.org/dispute-resolution/dispute-resolution-services/adr/dispute-boards/>
- International Insolvency Institute, *International ADR 2.0: Big Solutions for Big Problems* (s. f.).
- James Rogers & Paul Stothard, Insolvency and International Arbitration: Tension between Competing Public Policy Interests, en *International Arbitration Report*, 10-13 (Norton Rose Fulbright, 2020).
- Juan Carlos Varón Palomino, *¡Mejor Conciliemos! Una opción efectiva para la solución de las diferencias civiles y comerciales. Programa Fortalecimiento de métodos Alternos para la Solución de Controversias, proyecto BID* (Cámara de Comercio de Bogotá, 1997).
- Juan Luis Goldenberg Serrano, Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal, 42 *Revista de derecho (Valparaíso)* 187-223 (2024). <https://doi.org/10.4067/S0718-68512014000100006>
- Kenneth Lim Tao Chung & Chew Ling Wei, ADR Techniques in Resolution Process, en *Insolvency: Now & Beyond. A Thought leadership document on insolvency regime*, 90-111 (Insolvency and Bankruptcy Board of India & Foreign Commonwealth Development Office, 2019). <https://ibbi.gov.in/uploads/publication/e9dd73743324522f79d302ca72029094.pdf>
- Martha Eugenia Lezcano Miranda, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos* (4. ed.) (Editorial Diké, 2020).
- Maryam Beg, *Bridging the Broken Bench Insolvency Mediation- An Emerging Trend for Fast-Track Solutions Across Borders*, mondaq (2024). <https://www.mondaq.com/account/register>

- Mónica Paola Burgos Herrera & José David Lemus Gutiérrez, *Implementación de los Dispute Boards dentro de los contratos de infraestructura vial* (trabajo de grado) (Universidad Externado de Colombia, 2019). <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/4cb97947-bba6-4b09-b884-1b7c990dfbed>
- Procuraduría General de la Nación & Instituto de Estudios del Ministerio Público, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia + MASC: Estudios, caracterización y compilación normativa y jurisprudencial* (2.ª ed.) (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020). <https://iemp.gov.co/wp-content/uploads/2020/11/Segunda-edicion-MASC.pdf>
- Rajiv Mani, Mediation in Insolvency Matters, en *Insolvency and Bankruptcy Regime in India: A Narrative*, 297-305 (Insolvency and Bankruptcy Board of India, 2020).
- Remigijus Jokubauskas, Alternative Dispute Resolution in Insolvency Disputes, 9 *Societal Studies* 244-265 (2017). <https://doi.org/10.13165/SMS-17-9-2-12>
- Scott Atkins & Kai Luck, The Role and Potential for Arbitration in Cross-Border Insolvency Disputes, en *International Arbitration Report*, 27-29 (Norte Rose Fulbright, 2024). <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/6c35defc/the-role-and-potential-for-arbitration-in-cross-border-insolvency-disputes>
- Singapur. Tribunal Superior de Singapur, *Larsen Oil and Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd*, 3 SLR 414 (2011).
- Superintendencia de Sociedades, abril 7, 2022. Auto 2022-01-220273.
- Superintendencia de Sociedades, *Atlas de Insolvencia – Informes* (2025). <https://www.supersociedades.gov.co/es/web/procedimientos-de-insolvencia/informes>
- Superintendencia de Sociedades, enero 10, 2017. Auto 2017-01-180710.
- Superintendencia de Sociedades, septiembre 19, 2023. Auto 2024-01-329946.
- Superintendencia de Sociedades, septiembre 22, 2014. Auto 2014-01-495822.

Notas

* Artículo de investigación

Acerca del autor Abogado y especialista en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en legislación financiera y con una maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes. Se desempeñó como asesor de la Superintendencia de Sociedades y como delegado para procedimientos de insolvencia *ad hoc* de los procesos de SITP, Latam y Avantel, entre otros. Actualmente es Counsel del área de Litigios, Arbitraje e Insolvencia de Garrigues en Bogotá, Colombia.

1 El índice de congestión judicial en Colombia, según datos de la Corporación Excelencia en la Justicia, alcanzó un valor de 68,4 % en 2024. El índice de congestión judicial se calcula como el porcentaje de despachos permanentes que, según su promedio mensual de egresos y su clasificación de prioridades, están sobrecargados de trabajo. Cfr. Corporación Excelencia en la Justicia, *Índice de Congestión de la Rama Judicial en Colombia (Sector Jurisdiccional)* (2025).

2 De estos dos mil ochocientos trece (2813) corresponden a procesos con acuerdo en ejecución, mil treinta y cuatro (1034) a procesos de reorganización en etapa de negociación y mil treinta y cuatro (1034) a procesos de liquidación judicial.

3 Ambas normas transitaron a la legislación permanente por medio de la Ley 2437 de 2025.

4 Artículo 2. Acceso expedito a los mecanismos reorganización. Decreto Legislativo 560 de 2020.

5 Artículo 3. Flexibilización en el pago de pequeños acreedores para mitigar su afectación con el proceso de reorganización de la empresa. Decreto Legislativo 560 de 2020.

6 Artículo 3. Uso de herramientas tecnológicas e inteligencia artificial. Decreto Legislativo 772 de 2020.

7 Ambas disposiciones fueron incorporadas en el artículo 7 de la Ley 2437 de 2025 y cuyos apartes relevantes son los siguientes: “Artículo 7. Procedimientos de recuperación empresarial en las cámaras de comercio. Con la finalidad de tener mayor capacidad y cobertura y así atender a los deudores, la cámara de comercio con jurisdicción territorial en el domicilio del deudor, a través de centro de conciliación o directamente, a través de mediación y con la de un mediador de la lista que elabore para el efecto, podrá adelantar procedimientos de recuperación empresarial para su posterior validación judicial, respecto de los deudores sujetos al régimen de

insolvencia previsto en la Ley 1116 de y las personas excluidas del régimen de insolvencia relacionadas en el artículo 3 del mismo régimen, siempre que no esté sujetas de manera obligatoria un régimen especial de recuperación de negocios o no tengan un régimen de recuperación [...]. En caso de acordarse un compromiso por todas las partes, las controversias u objeciones serán resueltas por un árbitro único siguiendo el procedimiento establecido para el juez concursal. Para la designación del árbitro y la fijación de la tarifa se aplicarán las reglas establecidas en el reglamento del centro de conciliación y arbitraje que se hubiere pactado”.

- 8 Los nueve restantes se encontraban en trámite a noviembre de 2023, fecha en la cual se hizo la investigación.
- 9 Corte Constitucional de Colombia [C. C.], diciembre 11, 2019. M. P.: Alberto Rojas Ríos, Sentencia C-602/19, Referencia: expediente D-11922, [Colomb.].
- 10 Martha Eugenia Lezcano Miranda, *Mecanismos alternativos de solución de conflictos* (4.a ed.) (Editorial Diké, 2020).
- 11 Mónica Paola Burgos Herrera & José David Lemus Gutiérrez, *Implementación de los Dispute Boards dentro de los contratos de infraestructura vial* (trabajo de grado) (Universidad Externado de Colombia, 2019).
- 12 Sin embargo, la lista de MASC en Colombia incluye más mecanismos, como los jueces de paz, la renuncia, el allanamiento, las autoridades indígenas, entre otras. Cfr. Lezcano Miranda, *supra* nota.
- 13 Gustavo Adolfo Robayo Castillo, *La mediación, un medio pacífico para la solución de conflictos* (Defensoría del Pueblo, 1995).
- 14 *Ibid.*
- 15 *Ibid.*
- 16 Lescano Miranda, *supra* nota.
- 17 Lezcano Miranda, *supra* nota.
- 18 Ley 2220 de 2022, art. 7.
- 19 Juan Carlos Varón Palomino, *¡Mejor Conciliemos! Una opción efectiva para la solución de las diferencias civiles y comerciales. Programa Fortalecimiento de métodos Alternos para la Solución de Controversias, proyecto BID* (Cámara de Comercio de Bogotá, 1997).
- 20 Lezcano Miranda, *supra* nota.
- 21 *Ibid.*
- 22 Ley 1563 de 2012, art. 59.
- 23 *Ibid.*
- 24 Los *Dispute Boards* nacieron formalmente bajo los términos de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) en 1999.
- 25 International Chamber of Commerce, *Dispute Boards* (2025).
- 26 Ley 105 de 1931, Ley 2 de 1938, Decreto 1400 de 1970, Decreto 410 de 1971 y Decreto 2279 de 1989.
- 27 Corte Constitucional de Colombia [C. C.], enero 31, 2001. M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez, Sentencia C-098/01, Referencia: expediente D3179 [Colomb.].
- 28 Estadísticas sobre la congestión judicial en Colombia pueden observarse en el tomo I del Resultado del estudio de tiempos procesales realizado por el Consejo Superior de la Judicatura en colaboración con la Corporación Excelencia en la justicia. Cfr. Consejo Superior de la Judicatura & Corporación Excelencia a la Justicia, *Resultados del estudio de tiempos procesales: Tomo I. Rama Judicial del Poder Público* (2016).
- 29 Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, *Métodos alternativos de resolución de conflictos en los sistemas de justicia de los países americanos (OEA/Ser.K/XXXIV.4, REMJA-IV/DOC.13/02)* (2024).

- 30 Estas ventajas se resaltan en el estudio hecho por la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público en el año 2020 sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia + MASC. Cfr. Procuraduría General de la Nación & Instituto de Estudios del Ministerio Público, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia + MASC: Estudios, caracterización y compilación normativa y jurisprudencial* (2.ª ed.) (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020).
- 31 Juan Luis Goldenberg Serrano, Los acuerdos extrajudiciales desde la visión privatista del derecho concursal, 42 *Revista de derecho (Valparaíso)* 187-223 (2024).
- 32 Cfr. Proceso de reorganización de Franquicias Latinoamericanas Sucursal Colombia S. A. Providencia proferida en audiencia del 9 de mayo de 2018, Expediente: 30325.
- 33 Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], septiembre 19, 2018. M. P.: Luis Alfonso Rico Puerta, Sentencia 12176, Referencia: Rad. 73001-22-13-000-2018-00168-01, [Colomb.]. Corte Suprema de Justicia [C. S. J.], septiembre 26, 2018. M. P.: Luis Alfonso Rico Puerta, Sentencia 12467, Referencia: Rad. 11001-02-03-000-2018-02713-00, [Colomb.]. Cour de cassation, Chambre Commerciale, diciembre 15, 2015. M. P.: Schmidt, Sentencia 14-11.500, Referencia: Rad. 14-11.500.
- 34 Superintendencia de Sociedades. (2014). Auto 2014-01-495822 del 22 de septiembre de 2014. Superintendencia de Sociedades. Superintendencia de Sociedades. (2017). Auto 2017-01-180710 del 10 de enero de 2017. Superintendencia de Sociedades. [Auto].
- 35 Cfr. Proceso de reorganización de Zonas Logísticas S. A. S. Superintendencia de Sociedades, abril 7, 2022. Auto 2022-01-220273.
- 36 Cfr. Proceso de liquidación Judicial de Almacenes La 14. Providencia proferida en audiencia del 19 de septiembre de 2023, contenida en el Acta No. 2024-01-329946. Superintendencia de Sociedades, septiembre 19, 2023. Auto 2024-01-329946.
- 37 Estados Unidos. United States Congress, Alternative Dispute Resolution Act of 1998, 28 U.S.C. § 654 (1998).
- 38 International Insolvency Institute, *International ADR 2.0: Big Solutions for Big Problems* (s. f.).
- 39 Kenneth Lim Tao Chung & Chew Ling Wei, ADR Techniques in Resolution Process, en *Insolvency: Now & Beyond. A Thought Leadership Document on Insolvency Regime*, 90-111 (Insolvency and Bankruptcy Board of India & Foreign Commonwealth Development Office, 2019).
- 40 Con el aumento del comercio y los negocios a nivel global, que implican estructuras corporativas complejas en múltiples jurisdicciones, se prevé un crecimiento significativo de los casos de insolvencia y de reestructuración transfronteriza en los próximos años. Esto se debe, especialmente, a los rápidos avances tecnológicos y a la transformación digital, que impulsan transacciones e inversiones sin fronteras en todos los sectores. Por esto, el estudio de ADR se ha profundizado, con el objetivo de que cada uno de estos casos, que enfrentan conflictos normativos entre países, logren encausarse en algún mecanismo alternativo de resolución de controversias.
- 41 Rajiv Mani, Mediation in Insolvency Matters, en *Insolvency and Bankruptcy Regime in India: A Narrative*, 297-305 (Insolvency and Bankruptcy Board of India, 2020). Procuraduría General de la Nación & Instituto de Estudios del Ministerio Público, *Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en Colombia + MASC: Estudios, caracterización y compilación normativa y jurisprudencial* (2.ª ed.) (Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2020).
- 42 James Rogers & Paul Stothard, Insolvency and international arbitration: Tension between competing public policy interests, en *International Arbitration Report*, 10-13 (Norton Rose Fulbright, 2020).
- 43 Rogers y Stothard, *supra* nota.
- 44 Cécile Dupoux & Carole Nerguararian, National report France, en Dennis Faber, Niels Vermunt & Jason Kilborn, eds., *Commencement of Insolvency Proceedings* (Oxford University Press, 2012).
- 45 Cour de cassation, Chambre Commerciale, diciembre 15, 2015. M. P.: Schmidt, Sentencia 14-11.500, Referencia: Rad. 14-11.500.
- 46 Remigijus Jokubauskas, Alternative Dispute Resolution in Insolvency Disputes, 9 *Societal Studies* 244-265 (2017).
- 47 La mediación de reclamaciones similares puede observarse en el caso estadounidense de Lehman Brothers, reseñado anteriormente.

- 48 Lim y Chew, *supra* nota, p. 101. Traducción libre.
- 49 Lim y Chew, *supra* nota.
- 50 Lim y Chew, *supra* nota, p. 93.
- 51 Supreme Court Practice Directions paragraph 35B (2).
- 52 Lim y Chew, *supra* nota, p. 102.
- 53 Supreme Court Practice Directions paragraph 35B (5).
- 54 Singapur. Tribunal Superior de Singapur, *Larsen Oil and Gas Pte Ltd v Petroprod Ltd*, 3 SLR 414 (2011).
- 55 Lim y Chew, *supra* nota, p. 108.
- 56 El uso de la mediación por parte de los empresarios viene desde la época prebritánica, en la que se conocían como *Mahajans* a los empresarios respetados, imparciales y prudentes que solían resolver disputas. Maryam Beg, *Bridging the Broken Bench Insolvency Mediation- An Emerging Trend for Fast-Track Solutions Across Borders*, mondaq (2024).
- 57 *Ibid.*
- 58 Insolvency and Bankruptcy Board of India, *Framework for Use of Mediation under the Insolvency and Bankruptcy Code, 2016*, 72 (2024).
- 59 Insolvency and Bankruptcy Board of India, *supra* nota, p. 112.
- 60 Alipak Bannerjee & Payel Catterjee, *The Arbitration and Insolvency Collision: The Indian Perspective* (2021).
- 61 Artículo 591 del Real Decreto Legislativo 1 de 2020.
- 62 Scott Atkins & Kai Luck, The Role and Potential for Arbitration in Cross-Border Insolvency Disputes, en *International Arbitration Report*, 27-29 (Norte Rose Fulbright, 2024).
- 63 Atkins y Luck, *supra* nota.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo / How to cite this article: Guillermo León Ramírez Torres, *La incorporación de los métodos alternativos de solución de controversias a la insolvencia empresarial*, 74 Vniversitas (2025) (edición especial), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj74.imas>