



La mediación y la Intermediación financiera: mecanismos posibles dentro del trámite de insolvencia de persona natural no comerciante

Mediation and financial intermediation: possible mechanisms within the insolvency process of a non-merchant natural person

^aLiliana Orbegoso Reyes ^bBorja García Vázquez ^cEduardo Gabriel Osorio Sánchez

 Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar, Profesora de la Universidad Francisco de Paula Santander, Cúcuta (Colombia). Email: lilianaor@ufps.edu.co Orcid: 0000-0001-7556-6517.

 Doctor en Métodos Alternos de Solución de Conflictos por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Universidad autónoma de Nuevo León (Mexico). Email: borja.garcia@centrogarrigues.com Orcid: 0000-0003-0055-6917.

 Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, Profesor Asistente de la Universidad Francisco de Paula Santander Cúcuta (Colombia). Email: eduardogabrielos@ufps.edu.co, Orcid: 0000-0003-1977-085X.

Forma de citar: L. Orbegoso-Reyes B. García Vázquez E.G Osorio-Sánchez “La mediación y la Intermediación financiera: mecanismos posibles dentro del trámite de insolvencia de persona natural no comerciante” Mundo Fesc, vol. 11, no. S6, pp. 219-234, 2021

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar las figuras de la mediación y la intermediación como instituciones utilizadas para dirimir conflictos en torno al incumplimiento en las obligaciones cambiarias, teniendo presente que las dinámicas comercial y financiera cada día son más transversales a la vida de todo ciudadano en el mundo globalizado; conllevando que las posibilidades de endeudamiento y morosidad sean efectos mismos de esta condición. Para este propósito se utilizó una metodología bajo el paradigma cualitativo/interpretativo, por medio de una investigación documental, bajo la técnica de análisis de contenido. Como resultado se tiene que los procedimientos de mediación e intermediación permiten encontrar vías de solución de los conflictos derivados del sobreendeudamiento de las personas que incurrir en morosidad que generan conflictos entre deudor y acreedor en virtud del incumplimiento en las obligaciones.

Palabras clave: Morosidad, compromiso financiero, vida crediticia, conflicto, emprendimiento.

Autor para correspondencia:

*Correo electrónico: lilianaor@ufps.edu.co



© 2021. Fundación de Estudios Superiores Comfanorte.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the figures of mediation and intermediation as institutions used to settle conflicts around non-compliance with exchange obligations, bearing in mind that commercial and financial dynamics are increasingly transversal to the life of every citizen in the globalized world; implying that the possibilities of indebtedness and delinquency are the same effects of this condition. For this purpose, a methodology was used under the qualitative/interpretative paradigm, through documentary research, under the content analysis technique. As a result, mediation and intermediation procedures allow finding ways to solve conflicts derived from the over-indebtedness of people who incur in arrears that generate conflicts between debtor and creditor due to non-compliance with obligations.

Keywords: Default, financial commitment, credit life, conflict, entrepreneurship.

Introducción

La «buena fe» entre las partes de un acuerdo ha estado en revisión desde principios de la Modernidad, cuando pensadores como Maquiavelo (El Príncipe), Tomás Moro (Utopía) y Thomas Hobbes (Leviathán) cuestionaron la base ética de los móviles humanos más allá de la religión, o de los convencionalismos sociales heredados de la Europa Antigua: «Pacta sunt servanda», “los pactos deben honrarse” o expresado en términos más propios de nuestro tiempo, “hay que cumplir con la palabra empeñada”.

Pocos aspectos tocan de modo tan evidente todos los órdenes normativos que rigen la vida en sociedad como la morosidad: el derecho, la moral, la religión y los convencionalismos sociales, todos ellos se vinculan tanto a la sustancia como a los matices que caracterizan la insolvencia crediticia, y de todos ellos echan mano recursivamente quienes se especializan en los trámites para su reducción y la eventual recuperación del dinero colocado en créditos de corto plazo y montos accesibles, también denominados micro-créditos, cuya población objetivo la constituyen personas interesadas en desarrollar un proyecto productivo.

La morosidad suele ser un estado en el que incurren un porcentaje creciente de usuarios del sistema financiero colombiano, quienes han adquirido obligaciones crediti-

cias que superan su capacidad, y en gran medida incumplen con los pagos.

La dinámica del consumo en Colombia pareciera evidenciar un aumento en la conducta morosa, toda vez que la impuntualidad en los pagos de las obligaciones tiende a normalizarse y justificarse cada vez más entre los deudores; paralelamente, el sobre endeudamiento tiende a ser más frecuente, justificado por expectativas como el emprendimiento productivo, la consolidación de deudas, regularmente relacionadas con gastos fijos o suntuosos.

Sociológicamente se reportan condicionamientos relacionados con el consumo, como la presión social que incita al consumo suntuoso, aunado al manejo poco eficiente del deudor; estos aspectos influyen en la presencia de la morosidad, la cual es un riesgo contemplado por el sistema financiero, dentro de unos parámetros que no afecten aspectos fundamentales: funcionamiento y rendimiento.

Ahora bien, el creciente número de usuarios con mora permanente presiona y afecta al sistema financiero y al comercio mismo y para mitigar estos efectos, la institucionalidad genera procedimientos administrativos como el trámite de insolvencia de persona natural no comerciante, a través de los cuales se establecen modos para el pago de obligaciones. Lamentablemente, y de acuerdo a

la experiencia, el incumplimiento es uno de los factores adversos para el perfeccionamiento de lo pactado.

Ahora bien, una probada disciplina en el deudor obtenida con base en una cultura financiera facilitada y coelaborada con el conciliador que participa en el trámite sería de gran aporte para dar seguridad al acreedor frente a la expectativa de recuperación de su capital. El inicio y permanencia del deudor moroso dentro de una cultura financiera, que implique la adquisición y práctica de tiene incidencia como insumo que contribuye a una economía sana, que además dinamice la sociedad.

II. Metodología

Este artículo se encuentra enmarcado en el paradigma cualitativo/interpretativo [1], tiene por finalidad realizar aportes al trámite jurídico de insolvencia, el cual puede ser entendido como una conciliación entre dos partes: deudor-acreedor, ambos vinculados por la celebración de un acuerdo, cuyas cláusulas se ven incumplidas, y las consecuencias de tipo legal y financiero repercuten en ambas partes, y disminuye el goce de sus derechos económicos. Según su dimensión es de tipo documental o bibliográfica [2] realizado bajo la técnica de análisis de contenido, previa sistematización y selección de los recursos obtenidos, contextualizado hacia la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander), y cuenta con la participación de varios protagonistas: deudores, acreedores y mediadores, vinculados formalmente en casos tratados dentro de las funciones de la Cámara de Comercio de Cúcuta.

III. Marco teórico

En Colombia, los microcréditos son un instrumento financiero establecido para ayudar a un sector de la población a salir de la pobreza, a través del emprendimiento

de un negocio propio. Esta dinámica se ha acentuado, al considerar vectores propios de la economía y la política nacional, como el panorama post-acuerdo, planteado tras los acuerdos de paz de la Habana, y sujeto a los vaivenes de su legitimación; sin dejar de considerar los elementos constantes de iniciativa y emprendimiento que han caracterizado al pequeño y mediano agricultor, productor y comerciante en toda la geografía colombiana.

A partir de la creación de la Banca de las Oportunidades en 2006, la bancarización ha sufrido un crecimiento significativo, lo cual se traduce en el hecho que las personas formalizan su comportamiento financiero, con el fin de ampliar los beneficios de estar dentro del sistema. Así pues, según el Reporte de Inclusión Financiera de la Superintendencia Financiera [3] para el año 2020, en Colombia un 85,9% de los adultos tenía al menos un producto financiero formal, esto se puede considerar un avance significativo en el indicador de acceso a productos financieros teniendo en cuenta que apenas hace doce años antes, el 55,5% de los adultos colombianos no tenían productos financieros, por diversas razones.

De acuerdo con los mismos datos, el hecho que más 14 millones de adultos habrían accedido a algún producto del sistema financiero, durante el primer semestre de 2020 indica que paradójicamente hubo una disminución en el acceso a productos de crédito, pasando del 36,6% al 35,4% en diciembre de 2019. En un universo de 12,8 millones de adultos titulares de algún producto crediticio, los datos indican una variedad de modalidad de crédito: 2,4 millones habrían tenido acceso a microcréditos, 1,2 millones tuvieron acceso a créditos para vivienda, y 0,4 millones accedieron a crédito comercial.

El mejoramiento en estos indicadores de crédito se convirtió posteriormente en moti-

vo de preocupación entre los consumidores, pues se vieron afectados en la capacidad de pago de sus obligaciones; en este orden de ideas, el estudio realizado por La República [4] demuestra que la intención de pagar sus obligaciones, fue respaldada por el colombiano promedio durante la pandemia, por ello se parte de afirmar el compromiso del colombiano con sus acreedores implicaba mayormente pagar las obligaciones financieras, haciendo uso de ahorros (39%); préstamos a familiares (28%) y usar los subsidios del desempleo (10%). Curiosamente, las opciones que relacionan la adquisición de un crédito nuevo no son la principal entre los consumidores, ubicándose entre 4% y 6% según el tipo de producto solicitado.

Así pues, el estudio aludido evidencia una disminución del porcentaje de adultos con créditos vigentes (-1,2%), esta situación puede ser explicada por la reducción en el número de adultos con tarjeta de crédito, créditos de consumo y microcrédito que siguen perteneciendo al sistema; así las cosas, el estudio realizado por Estrada & Hernández describía con puntualidad[5]:

El microcrédito (...) típicamente se otorga a prestatarios que carecen de colateral, garantías o la verificación efectiva de un historial de crédito y que tienen poca experiencia en su actividad económica (Asobancaria, 2018). Se destina principalmente a la microempresa caracterizada como una planta de personal no superior a diez trabajadores y activos totales, excluida la vivienda, por valor inferior a 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) o su equivalente COP 390.621.000

Esta modalidad de crédito tiene como objetivo dinamizar o facilitar la productividad social en un amplio sector de la población, se trata de recursos que no deberían afectar el sostenimiento personal y/o las finanzas familiares; esta distinción esta formalizada

en la legislación nacional.

Para Colombia, según lo dispuesto por la Ley 590 Mipyme de 2004, que dicta un precepto para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas, el microcrédito está constituido por las operaciones activas de crédito para las cuales el máximo saldo de endeudamiento es de 25 SMMLV, en el que se dispone que el saldo de un solo deudor con el acreedor, no sobrepase dicha suma[5].

Las partes relacionadas en un microcrédito, por un lado, son los emprendedores nuevos o pequeños empresarios y las instituciones microfinancieras (IMF), que ponen en práctica diversos mecanismos para conocer al cliente y su situación financiera, así como los detalles de la unidad socioeconómica, sus necesidades y posibles riesgos.

Para especialistas como Joanna Ledgerwood, consultora del Banco Mundial (World Bank) en Banca Sostenible y Micro Finanzas para los Pobres, la inclusión financiera busca garantizar el acceso a financiamiento de poblaciones rurales, con pobreza y vulnerabilidad, pequeños productores y trabajadores informales. Esta tendencia inclusiva precisa de educación financiera, la diversificación de los servicios ofrecidos por la banca, el uso de la tecnología (o digitalización), la accesibilidad y el estímulo al ahorro [6].

Recientemente, un estudio realizado por la revista Forbes [7] evidenció un retraimiento en los alcances de la inclusión financiera, lo que significa un reto para sistema financiero, por cuanto debe diseñar estrategias para el acercamiento y aprovechamiento de los beneficios; el retraimiento en el consumo se hace patente al verificar que el 72% de las personas en el país no usan ningún producto financiero al mes, en tanto que los productos usados se limitan a cuentas de

ahorro y tarjetas débito o crédito y que el ahorro por vías formales no es una práctica común.

Las distintas modalidades de crédito para la generación de emprendimiento están reguladas por el Decreto 4090 de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual se tiene en cuenta las previsiones sobre las condiciones adversas en las que se pueden incurrir como la morosidad frecuente o permanente:

(...) para la tasa de interés, el control debe hacerse al momento del contrato y no durante la vida del crédito; es decir, respetar las condiciones acordadas y el techo de mora debe ser diferente del plazo. Adicional al cobro de los intereses, el Consejo Superior de la Microempresa autoriza a los intermediarios financieros a cobrar honorarios y comisiones conforme a lo estipulado en el artículo 68 de la Ley 45 de 1990[5].

El control financiero es una parte del acuerdo de préstamo, por tanto, las cláusulas de este deben ser lo más claras posibles; si bien la normativa descrita anteriormente, se centra en modalidades formales como el microcrédito; ello también se puede aplicar a los créditos personales o de libre inversión, en el entendido que se trata de créditos cuyas tasas que han de ser certificadas por las entidades financieras.

La finalidad del control financiero expresado en instrumentos como las tasas de interés y la morosidad es la protección tanto del patrimonio de la entidad financiera como de los usuarios del mismo; una etapa de desmejoramiento de la relación financiera se caracteriza por eventos como el sobreendeudamiento de diversas fuentes, y la subsecuente morosidad permanente. Un instrumento para mitigar efectos de mayor cobertura es la declaración de insolvencia, que es sustancialmente distinta cuando se

trata de un endeudamiento comercial o uno personal.

La mora como elemento que detona los instrumentos como la declaración de insolvencia, es definida por el Código Civil, en los siguientes términos:

El deudor está en mora: a) cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora; b) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla y, c) en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor (Artículo 1609).

Por mora, en el sistema financiero colombiano, la persona que incurra en la cesación de pago, siempre que no tuviere la calidad de comerciante podrá acogerse al Régimen de Persona Natural No Comerciante, en este caso la insolvencia conlleva a la liquidación del patrimonio del deudor para que se cumpla con los compromisos adquiridos por deuda. El procedimiento de la insolvencia está regulado en la ley 1564 de 2012, y busca la normalización de las relaciones crediticias, y como finalidad última identificar una modalidad de salir del sobreendeudamiento a través de una negociación directa con sus acreedores, o convalidando acuerdos privados a los que pudiere llegar con esos acreedores [8].

Contractualmente, el acreedor siempre puede exigir el pago de una deuda atrasada; en este caso, si el deudor no paga cuando debe hacerlo, se dice que ha entrado en moratoria. Para que el deudor esté en esta condición, no basta que esté de hecho, por dolo o culpa, retrasado en el cumplimiento de su obligación; es requisito que esta moratoria se registre y compruebe legalmente.

Esta situación moratoria o de insolvencia, está normada por los regímenes preventivos del artículo 1910 del Código de Comercio, el Decreto 350 de 1989, la Ley 222 de 1995, Ley 550 de 1999, la Ley 1116 de 2006, y el Código General del Proceso, cuya vigencia integral se dio en 2016 [9]. Es en los procedimientos previstos en la aplicación de esta normativa que se abre la posibilidad de la negociación, y de allí la figura tanto de los intermediarios financieros como de los mediadores de oficio.

También es preciso reconocer que el trámite de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante, presenta prácticas que lo vician, advirtiendo así de la ausencia de un desarrollo normativo que proteja los intereses de aquellos deudores que acceden a esta modalidad.

Como se había señalado inicialmente, a partir de la crisis de 2008, la famosa burbuja inmobiliaria que expuso los mecanismos fraudulentos por los que se rige el sistema bancario y financiero en este primer cuarto del siglo XXI, han sido sucesivos y cada vez más profundos los episodios que han canalizado el descontento y la inconformidad de los ciudadanos comunes frente a la manipulación de los poderosos.

Tras ese escandaloso estallido de las hipotecas Subprime en Estados Unidos y Europa [24], que arrastró buena parte de la economía global, en paralelo se han presentado en el tapete alternativas al dinero Fiat como el Bitcoin, alternativas a la economía sólo para los ricos como la de Muhammad Yunus y su Grameen Bank [25] (las microfinanzas para los pobres), y hasta iniciativas para desdolarizar las reservas e inversiones, ante una eventual devaluación de la moneda preferida para las transacciones a nivel mundial.

En este contexto de incertidumbre, acen-

tuado exponencialmente en tiempo e intensidad por la pandemia del COVID-19 desde principios de 2020, se inscribe el estancamiento de los ciudadanos en su bienestar emocional y patrimonial y cabe preguntarse: ¿Cuáles aspectos del régimen de insolvencia planteado en el Código General del Proceso deben normarse para hacer de éste un proceso de mediación eficiente y justo?

De acuerdo con datos manejados por la Banca de las Oportunidades [3], en Colombia se desembolsaron 6.364 microcréditos por cada 100.000 adultos durante 2019, con un monto promedio de 4,8 millones de pesos, los aspectos en el trámite de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante que deben ser normativizados en el Código General del Proceso para lograr una mediación eficiente y justa son: Buena fe; Ética; Transparencia; Seguridad jurídica; Reputación Corporativa; y Simplicidad.

Asimismo, la pandemia determinó escenarios emergentes para el control de instrumentos financieros, los cuales se vieron afectados por la ralentización en la productividad y la dinámica de acceso y pago del crédito; en este sentido, en el marco de la Corporación Andina de Fomento [10] y recientemente iniciada la restricción de movilidad y de productividad sugirió para mantener la continuidad en los flujos financieros de los hogares, una flexibilización en la situación de los deudores ante este evento de fuerza mayor, permitiendo entre otros, algunos instrumentos como la refinanciación de sus deudas, incluidos períodos de gracias, sin que se deteriore su calificación como usuarios del sistema financiero, esta acción de mediación disminuye el impacto de la morosidad -prácticamente involuntaria- en este caso.

Sin duda, la morosidad es un indicador de impacto para los créditos y el endeudamiento en la época pospandémica; en este

contexto, los resultados del estudio de Pardo[11] evidenciaron la variabilidad en la tendencia del índice de morosidad en la época que rodeó la pandemia, los factores macroeconómicos más determinantes fueron el desempleo, la crisis y aquí la pandemia del coronavirus por lo que todos los países se han visto perjudicados; pues este tipo de factores hacen que el cliente deudor tenga problemas en su capacidad adquisitiva y genere sobreendeudamiento.

Discusión

a. Mediación versus Intermediación.

En la situación actual e Impacto del Microcrédito en Colombia, editada en conjunto por el Banco de la República y Asomicrofinanzas[5] se publica una aproximación detallada al concepto de intermediación microcrediticia:

Uno de los mecanismos de tecnología microcrediticia, utilizado en menor medida en Colombia, es el préstamo colectivo basado en la experiencia del Grameen Bank, en el cual la presión de grupo es utilizada como instrumento para asegurar el repago del crédito. En este punto, se considera trascendental la selección de los miembros del equipo para que los préstamos colectivos tengan mayor éxito. Por otro lado, la tecnología Fintech es la transformación de procesos, productos y servicios financieros tradicionales, utilizando como apalancamiento la tecnología. Entre sus estrategias se encuentran: medios de pago y canales electrónicos, crédito digital, crowdfunding, insurtech (seguros) y soluciones financieras para empresas mediante software de gestión financiero.

La integración de figuras, instrumentos y dispositivos migrados de otras disciplinas al proceso financiero están enlazadas como mecanismos para el perfeccionamiento mis-

mo del proceso, esto puede describirse en los siguientes términos, está referido en su mayor parte a los créditos de corte comercial, sin embargo, se puede extrapolar a la modalidad de créditos de consumo personal, en cuanto identifica factores como que

Según el BID (2017), la incorporación de la tecnología como instrumento para incrementar la productividad, disminuir el riesgo y mejorar la inclusión financiera, implica el surgimiento y mejoramiento de nuevas plataformas e intermediarios financieros en línea con menores costos de transacción, nuevas técnicas y fuentes de información para evaluar el riesgo crediticio, lo que contribuye a expandir el acceso a financiamiento de las mipymes[5].

No se duda en dar apoyo a esta vanguardia de recursos tecnológicos para la gestión de trámites, la canalización de pagos, registro de operaciones y reputación de individuos o grupos, así como la eventual reducción de la morosidad. Pero es precisamente en el aspecto ético y el compromiso emanado de la buena fe donde pretenden apalancarse los mecanismos de mediación en el trámite de insolvencia de persona natural no comerciante para procurar no solamente la eficacia de las cifras, sino también la justicia de estos modelos inclusivos.

Precisamente en estos tiempos de contacto reducido y ubicuidad basada en medios remotos, potenciada en alto grado por los alcances tecnológicos y la pandemia del COVID-19, es necesario hacer un recorrido virtual que ayude a diferenciar entre el rol del intermediario financiero, de tendencia claramente estatuida, y el rol del mediador, mucho más asociado a prácticas consuetudinarias en lo social, los mercantil y lo legal.

Si se utiliza un motor de búsqueda en internet —mayormente Google, que es el buscador por antonomasia en estos días—,

arrojará para el término “Intermediario” en español cerca de 15.800.000 resultados, y para el término “intercessor” en inglés cerca de 2.330.000 resultados. La palabra “intermediario” está formada con raíces latinas y significa “persona que contrata o presta servicios entre el productor y el consumidor”. Sus componentes léxicos son: el prefijo inter- (entre), medius (medio), más el sufijo -ario (relación, pertenencia). (Diccionario etimológico en línea etimologias.dechile.net). Sus orígenes se remontan a finales del siglo XV derivado de la voz latina intercedo, también se encuentran sinónimos en los términos “go-between” e “intermediary”, para ajustar mejor los patrones de búsqueda. En todo caso, siempre quedó en evidencia su mayor uso e interpretación afín al derecho estatuido derivado de las fuentes grecolatinas.

En el segundo momento de este recorrido virtual sugerido, se hizo lo propio con el término “mediador”. En el motor de búsqueda arrojó cerca de 8.710.000 resultados para el término en español, mientras que arrojó 36.600.000 resultados para el término “mediator” en inglés. La proporción resulta abrumadora: en el uso e interpretación de tradición anglosajona tiene mucha mayor presencia en la información accesible por estos medios electrónicos... se tiende más a mediar que a intermediar. La palabra “mediador” viene del latín mediator y significa “*el que se pone al medio de un pleito para tratar de arreglarlo, el que trata de encontrar un punto medio que puede ser aceptado por ambas partes del conflicto*”. (Diccionario etimológico en línea etimologias.dechile.net.)

Los primeros registros de la palabra mediador se remontan al siglo XIII (la baja edad media), viene de la voz latina **mediare**, que significa literalmente “*estar en medio*” o “*interceder*”, allí se entiende lo amplio de su significado y su valoración en la resolución

de conflictos y técnicas de negociación. De hecho, para los entusiastas de la profundización teórica y las técnicas comparadas de este amplio espectro de virtudes y oficios englobados con el adjetivo de “mediador”, existe un acrónimo en inglés que les proporcionará muchos resultados en literatura en cuanto a calidad y cantidad: A.D.R. (Alternative Dispute Resolution, o Resolución Alternativa de Conflictos), cuyas principales vertientes son la mediación y la conciliación.

Un aporte a la historia de la mediación, basada en el campo de acción de la Educación Social en España se entresaca del trabajo académico de Catherine Perelló [12], quien expone con vehemencia que los primeros casos de “mediación” datan del comercio fenicio (aunque se supone que también se utilizó en Babilonia). Se han encontrado casos similares referentes a la mediación en la antigua Grecia (donde el mediador “no marital” se denominaba proxeneta) al igual que en la sociedad romana. Los romanos llamaban mediadores con varios nombres como internuncius, medium, intercessor, phlantropus, interpolator, conciliator, interlocutor, interpres y finalmente mediator. En algunas culturas, el mediador era una figura “sagrada” digna de un respeto especial y cuyo papel a veces se solapaba con el del tradicional “sabio” o “cacique”.

Antonello Miranda [13] incluyó “The Origins of Mediation and the A.D.R. tools” en su compilación minuciosa titulada: *Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures*, lectura que abarca precedentes de 4.000 años de antigüedad en la China e India, considerando la amplitud de acepciones del término que se vinculan al arbitraje, la conciliación, la mediación desde la diplomacia hasta las situaciones intrafamiliares, hasta el concepto de defensa pública u Ombudsman.

Desarrollos realizados en la comunidad académica detallan que dentro de las tradiciones originarias y saberes ancestrales, se cuenta con antecedentes tan vigentes como los palabreros guajiros. En efecto, dentro de la justicia informal y privada en la sociedad Wayúu las ofensas a las costumbres u obligaciones se resuelven en base a la reciprocidad, la severidad de las sanciones y la necesidad de aprobación tribal. La autoridad al interior de cada familia, por su prestigio y autoridad, puede actuar como intermediario en conflictos a su clan, o de otro clan que reconozca sus cualidades de palabrero, llamado “*Putchipü*” en su lengua madre [14].

Ahora bien, si ya se revisó la amplitud de cada término iniciando desde su etimología, sin incurrir en ponderaciones subjetivas, y mucho menos en descalificaciones, se debe entender que la gestión de un intermediario financiero y su capacidad de negociación siempre atenderá lo contractual y lo pragmático, manteniendo una distancia prudencial de su población objetivo en la recuperación de carteras y la reducción de la morosidad; mientras que el enfoque de mediación abarca una práctica de mayor vínculo, considerando elementos de contexto y entidad de la población objetivo, emplazándolos hacia la solución de sus propios manejos crediticios, y más inmerso en la validación y transformación cultural.

b. Las Ventajas de la Mediación.

Las instituciones microfinancieras (IMF), con el respaldo financiero de financistas privados y el apoyo del sistema bancario, por una parte, y por la otra, los microempresarios, sus potenciales clientes, pueden alcanzar acuerdos, principalmente cuando se presenta la moratoria o cesación de pagos. En este contexto, los Bancos Centrales de la región, en su calidad de responsables de orientar la política monetaria de las naciones debieron estudiar los efectos de las

medidas de aislamiento preventivo impuestas para evitar la propagación de COVID19 en la dinámica económica.

Así pues, el trabajo publicado por el Banco de la República y realizado por Bonet-Morón; Ricciulli-Marín; Pérez-Valbuena; Galvis-Aponte; Haddad; Araújo y Perobelli [15] exponía que, en aquella situación, las circunstancias de la economía mundial y las inherentes a la economía doméstica colombiana desencadenaron problemas de índole socioeconómico para las personas naturales y jurídicas residentes en el país; las circunstancias emergentes estuvieron relacionadas con el ingreso, su sostenibilidad en el tiempo y necesariamente su relación con la posibilidad de pago para la acreencias asumidas.

No obstante se puede advertir cierto desacuerdo al relacionar las condiciones económicas y el pago de las deudas financieras, así pues, desatendiendo las coyunturas y contingencias, como la recesión económica y los cambios en los mercados de exportación, o la presente crisis pandémica, puede ocasionar que el cliente continúe sin poder pagar su deuda, incrementándose en los bancos la cartera vencida y los costos asociados a los procesos judiciales; el resultado más trascendente en una economía impulsada desde la colocación de microcréditos es el deterioro de la relación entre el cliente no comerciante y las instituciones del sistema crediticio.

Este es el momento de escoger entre la ayuda de unos agentes de cobranza, como herramienta de intermediación financiera, o recurrir a Centros de Mediación, para facilitar la recuperación de créditos, fortalecer la cultura financiera del cliente, y coadyuvar en la prospectiva positiva de relacionamiento entre los deudores y los acreedores.

La mediación como método alternativo a la

práctica mercantil ordinaria, promueve la resolución de conflictos mediante un diálogo entre las partes interesadas en la que interviene un tercero imparcial, que coadyuva a las partes a alcanzar un acuerdo favorable.

Entre las ventajas que ofrece la mediación, Carolina Romero M destaca [16]:

a) Evita el desgaste emocional que implica un proceso judicial, que pone término al conflicto, al tiempo que pone término a la relación Cliente – Institución financiera. Los precedentes positivos sirven de base ética para retomar sus relaciones comerciales, una vez superado el conflicto.

b) Humaniza la negociación, dado que promueve la resolución directa, mediante un diálogo respetuoso, cordial facilita la exposición de los problemas y aclara cualquier malentendido.

c) Promueve el consenso mediante la propuesta y elección de alternativas, superando la visión “suma cero”, o el estigma de ganadores y perdedores.

d) Reduce los Costos. La Mediación suele resolverse en tiempos menores que la vía de la querrela judicial, por lo tanto, sus costes procesales, más tendientes a lo informal, son más bajos que los de la Justicia Ordinaria.

Ahora bien, todas estas ventajas no pueden concretarse en el terreno sin la habilidad y recursividad de la que dispone un mediador para cumplir con su cometido. Esta compleja gestión encuentra un asidero muy firme en una serie de principios que contribuyen a comprender el exigente alcance y compromiso dentro de la intervención participativa y respetuosa que constituye la base para el ejercicio de la mediación entre las partes.

Carolina Romero relaciona una breve revisión uno a uno de esos principios, resumi-

dos en la siguiente lista [16]:

(i) Principio de Efectividad. La reputación de un buen oficiante o mediador está edificada no en las cifras de recuperación de las carteras crediticias, sino también en la cantidad y calidad de acuerdos que llegue a promover, coadyuvando en el mantenimiento de las relaciones entre los beneficiarios del crédito y las instituciones financieras.

(ii) Principio de Equidad. Los términos de los acuerdos deben reflejar la justa proporción entre los elementos que las partes estén dispuestos a ceder. Un desequilibrio en este aspecto hace inviable el acuerdo, o perjudica la relación entre los beneficiarios del crédito y las instituciones financieras, antes que fortalecerlas.

(iii) Principio de Idoneidad. Las condiciones que se alcancen en los acuerdos deben ser favorables a la consecución de los fines de cada parte, sin que ello promueva un esfuerzo o concesión más exigente de una parte antes que otra.

(iv) Principio de Confidencialidad. El grado de concesión que cada una de las partes se permite, sin afectar su reputación como oferente o demandante de los servicios microfinancieros, debe permanecer en la reserva de cada cual, incluyendo el compromiso del facilitador de la negociación o mediador en respetar el valor de la información compartida.

(v) Principio de Economía. Por conveniencia mutua, la aplicación de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, mediaciones y conciliaciones supone un menor coste procesal que las vías coercitivas o de ejecución judicial, sino que también redundará en evitar el menoscabo de los intereses económicos involucrados en cada aspecto de lo convenido entre las partes.

(vi) Principio de Autonomía de la Voluntad de las partes. El libre albedrío constructivo permite no solamente la flexibilidad en los términos de los arreglos, sino también el respaldo pleno y voluntario a los elementos

sobre los que se basa un acuerdo respetuoso.

Los principios descritos anteriormente establecen una caracterización tanto de las partes como del posible proceso de conciliación, para que a través de esta caracteriza se pueda garantizar la orientación al logro, y se puedan extraer tanto indicadores de calidad como categorías de análisis cualitativo, que sirvan para documentar las experiencias de éxito y poder reproducirla en otros contextos similares.

Actuando desde el terreno de estos principios, Acuña & Díaz pudieron esbozar una clasificación de las negociaciones a partir del beneficio obtenido por las partes [17]; en este sentido se consideran tres tipos de negociación: acomodativa, competitiva y colaborativa.

La negociación acomodativa está signada por la actitud Perder- Ganar, se distingue por la conducta pasiva de las partes frente al proceso. Asimismo, el negociador tiene un marcado interés en conservar la relación entre las personas, a partir de ello se ubican estrategias de resolución de conflictos en las cuales las partes privilegian la cesión, la acomodación y la reconversión de la negociación en nuevas versiones. Si bien este estilo es estratégico pero puede reflejar cierto desinterés de las partes por hallar una solución rápida, segura y activa.

En otro sentido, se encuentra la negociación competitiva, la cual está relacionada con la actitud Ganar-Perder, de tipo agresivo; la intención no es conservar las relaciones a largo plazo, sino ganar a como dé lugar y conseguir el máximo beneficio posible. Específicamente se puede situar este modelo en la resolución de situaciones que involucren lo económico, caracterizada por la rivalidad y la alta agresividad utilizada como medio para dominar y sacar el mejor

provecho de la situación.

Por último, la negociación de tipo colaborativa se vincula en el estilo Ganar-Ganar, y un modelo comunicacional asertivo que apoye al desarrollo de un ambiente cooperativo, en el que al juntar fuerzas se logran beneficios que hacen sostenibles las relaciones en el largo plazo.

Teniendo como referencia el panorama descrito anteriormente, se pueden inferir las implicaciones que el Código General del Proceso en Colombia tiene en este sentido, dado que este cuerpo normativo contempla alternativas para que el ciudadano que se encuentre en una situación de sobreendeudamiento, pueda adoptar y afrontar las afectaciones a su situación financiera; éstas son: La negociación a través de la celebración de un acuerdo de pago; la validación de un acuerdo privado, suscrito entre las partes de forma obligante y, la liquidación patrimonial del deudor.

Estas alternativas están incluidas en el régimen de insolvencia de la persona natural; estas pueden ser de naturaleza diversa, es decir, que han de ser respuestas de orden judicial, administrativa y/o asistencial, de acuerdo al objeto que relacionen. Estas alternativas también son concurrentes en cuanto propenden por preservar y proteger los derechos tanto del consumidor como de las instituciones que brindan la oportunidad de consumir, que asumen el riesgo de incumplimiento de pago y las eventuales consecuencias derivadas del mismo.

La Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia [18] expone el deseo del legislador, de implementar un instrumento totalmente diferenciado del previsto para abordar la insolvencia empresarial u organizativa, por ello conmina a la creación de un trámite de insolvencia dirigido persona natural no comerciante. En este contexto,

la es distintiva pues ubica la insolvencia de persona natural no comerciante como un proceso que reconoce una serie de aspectos que pueden afectar a este deudor, es decir, obligaciones y derechos que afectan esferas ligadas a la privacidad y la tranquilidad del deudor.

En la tradición financiera y jurídica colombiana resulta difícil identificar procedimientos que como la declaración de insolvencia tenga principios y fundamentos en el enfoque de la conciliación; y es que un proceso de conciliación tiene aspectos que apoyan su efectividad: pocos acreedores que se pueden relacionar con el deudor natural, y la demora en los trámites que suele caracterizarlos. Se espera que este panorama se amplíe con la aplicación del Estatuto de Conciliación [19] y la creación del sistema Nacional de Conciliación, de forma que se fortalezca el acceso a la justicia y a los mecanismos alternativos de solución de conflictos,

Este régimen es un espacio de negociación propio de los mecanismos de atención del pasivo insatisfecho, este mecanismo debe estar acorde con la situación económica del deudor y que le permitirán en un tiempo prudencial normalizar su situación financiera y lograr intervenir nuevamente en el tráfico económico sin restricciones.

Pero, en circunstancias especiales como las derivadas de la pandemia de COVID19, en las cuales las condiciones de negociación y mediación se ven fuertemente afectadas. Dentro de las afectaciones posibles, el mecanismo Alianza de la Universidad Simón Bolívar (Cúcuta) [20] resalta un creciente nivel de perversión en la aplicación de este instrumento en la práctica, ello debido a que la presión de los deudores por acogerse a este trámite conlleva la contratación con honorarios excesivos percibidos por abogados “especialistas”, esta situación agrava la

precaria situación de los deudores, quienes se ven obligados a sobre endeudarse fuera del sistema financiero, con prestamistas.

M. Areniz y S. Blanco [8] presentan otra dificultad en la práctica es la exposición a riesgos a los acreedores en la fase de liquidación patrimonial, dado que el proyecto de ley de insolvencia contempla la posibilidad que el juez nombre como liquidador al mismo deudor. Esta propuesta así planteada trascendería inviable en la medida que no dejaría en identidad de armas a deudor y acreedores; ello dejaría al acreedor en un estado de afectación, pues coloca la balanza a favor del deudor.

c. Intermediación financiera como subsidio eficiente en la Mediación.

La mediación ha sido presentada hasta aquí como un marco para negociar el asunto financiero cuando el deudor ha fallado en el cumplimiento con los instrumentos ofrecidos por la banca, a los cuales accedió en ejercicio de su derecho a consumir. El incumplimiento produce per se una fractura en la relación inicial; esta puede agudizarse, si no se prevé el uso de herramientas como la intermediación, que mitiguen los daños y eviten que la asimetría entre las partes se convierta en diferencias en donde ambos pierden. Eventos frecuentes donde por el deudor pasa de la morosidad frecuente al sobreendeudamiento, y de éste a ser castigado en el acceso al sistema financiero, son escenarios que aumentan la asimetría y fragmentan la sostenibilidad del sistema financiero.

En este contexto, García, Cárdenas y Molina asienten que la intermediación puede evitar escenarios de asimetría financiera mediante acciones como la creación de sistemas de información dinámicos, completos y profundos, y el diseño de estrategias de seguimiento sobre la actuación de los dife-

rentes agentes económicos, con respecto al cumplimiento de sus obligaciones financieras [21]. Por ello, la intermediación no es mecanismo alterno de resolución de conflictos sino que se trata de una herramienta al servicio de la mediación.

El intermediario funciona como un estamento que brinda al deudor algunas garantías o bien equilibra la asimetría causada por la morosidad o endeudamiento; para este particular este servicio ha de encargarse de aspectos como “el diseño de nuevos productos, servicios e instrumentos financieros, de financiamiento e inversión, y el diseño de metodologías para la gestión del riesgo, los cuales generan procesos de intermediación más especializados” [22].

Así las cosas, la intermediación financiera habría de ir de la mano con una disciplina financiera, y juntas serían aspectos que conforman cultura financiera, la cual, permita al ciudadano ejercer su derecho a consumir por medio del endeudamiento, pero que también lo obligue -en conciencia- a cumplir con los compromisos adquiridos mediante el préstamo u otro instrumento.

Junto con los mecanismos de mediación, la intermediación financiera se establece como una herramienta anterior al trámite de insolvencia de persona natural, en cuanto está abarca toda acción del banco para colaborar con el deudor y evitar una mayor diferencia con el deudor. Esta posibilidad se activa cuando la mora es menor a 90 días, y disminuye el nivel de tensión sobre el deudor, puesto de fallar a la intermediación podría aun acceder a la mediación y al trámite de insolvencia.

Este beneficio adicional es resaltado por entes como ASOBANCARIA, quien señala la incidencia de la intermediación sobre la

capacidad de crédito y por ende en el crecimiento económico, por cuanto

gracias a sus diversas funciones de canalizar y movilizar el ahorro, facilitar las transacciones, reducir los costos de búsqueda y asimetrías de información, diversificar el riesgo y realizar asignaciones eficientes de capital hacia proyectos de inversión o consumo que contribuyan a una mayor productividad y bienestar para la economía y población en su conjunto. [23]

Estas posibilidades tienen mayor afectación a nivel microeconómico, puesto que esta intervención incide de manera decisiva en hogares y pequeños emprendimientos que encuentran en esta faceta del sistema una posibilidad de materializar sus proyectos mediante el apalancamiento y el financiamiento a plazos, logrando impulsar la movilidad social y un mayor nivel de bienestar para el grueso de la población.

Conclusión

El régimen vigente de insolvencia para las personas naturales no comerciantes garantiza que las personas que incurran en cesación de pagos, manejen mecanismos para rehabilitarse financieramente y sanear sus deudas.

Entre las posibles consecuencias de la moratoria, de conformidad con el Código General del Proceso, el último recurso disponible es proceder con la liquidación patrimonial, pagando en especie a los acreedores, a coste de rematar mercancías y activos por debajo del precio comercial, dificultando aún más una eventual recuperación y determinando una salida de la situación conflictiva crediticia donde una parte (las instituciones de colocación de microcréditos) aparentemen-

¹ Entidad gremial sin ánimo de lucro, que representan al sector financiero de Colombia, de la cual hacen parte establecimientos bancarios, nacionales y extranjeros; así como corporaciones financieras, compañías de financiamiento, instituciones oficiales especiales y la Titularizadora Colombiana.

te gana, perdiendo un cliente moroso; y la otra parte (el deudor en situación de mora), pierde dinero, activos, crédito y hasta la buena reputación como usuario del sector financiero.

En el contexto del deudor moroso en los microcréditos colocados en Colombia, es necesario que el trámite de Insolvencia de Persona Natural No Comerciante regulado en el Código General del Proceso tienda a una mediación eficiente y justa basándose en los elementos de Buena fe entre las partes; Ética; Transparencia; Seguridad jurídica; Reputación Corporativa; y Simplicidad; factores éstos que facilitan la labor de mediación y conciliación, favoreciendo el saneamiento de las carteras crediticias y preserve las relaciones entre las partes, manteniendo los valores que fundamentaron su relación crediticia.

Referencias Bibliográficas

- [1] M. Sandín. Investigación cualitativa en educación: fundamentos y tradiciones (1 ed.). Madrid, España: Editorial McGraw-Hill, 2003.
- [2] R. Sampieri Hernández. Metodología de la Investigación. México: McGraw Hill, 2014.
- [3] Banca de las Oportunidades, “Reporte de Inclusión Financiera - Primer Semestre 2020”. Bogotá, Departamento Nacional de Planeación, Punto Aparte Editores, 2020. [Online]. Disponible en: https://bancadelasoportunidades.gov.co/sites/default/files/2020-10/BDO_Reporte%20Semestral_0.pdf
- [4] L. Vargas. (2021, July 22). Microcréditos y préstamos personales, entre las deudas que colombianos no podrían pagar. La República. [Online]. Disponible en: <https://www.larepublica.co/finanzas/microcreditos-y-prestamos-personales-entre-las-deudas-que-los-colombianos-no-podrian-pagar-3204858>
- [5] D. Estrada & A. Hernández. Situación Actual e Impacto del Microcrédito en Colombia. Bogotá: Banco de la República (ed.); Asociación Colombiana de Instituciones Micro Financieras (Asomicrofinanzas) (ed.), 2019. [Online]. Disponible en: https://repositorio.banrep.gov.co/bitstream/handle/20.500.12134/9723/LBR_2019-07.pdf
- [6] J. Ledgerwood. The New Microfinance Handbook A Financial Market System Perspective. Joanna Ledgerwood (ed.) con Julie Earne y Candace Nelson. Washington: The World Bank, 2013. [Online]. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/12272/9780821389270.pdf>
- [7] J. Galán. (2022, Febrero 7). Inclusión financiera, más allá de cuentas de ahorro y tarjetas de crédito. Colombia Forbes. [Online]. Disponible en: <https://forbes.co/2022/02/07/red-forbes/inclusion-financiera-mas-alla-de-cuentas-de-ahorro-y-tarjetas-de-credito-2/>
- [8] M. Areniz & S. Blanco. EFECTOS DEL PROYECTO DE LEY DEL PROCESO DE INSOLVENCIA EN PERSONA NATURAL NO COMERCIANTE SOBRE LOS DERECHOS DE ACREEDORES Y DEUDORES EN COLOMBIA. Universidad Libre. Seccional Cúcuta (2021). [Online]. Disponible en: <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/23422/Monograf%C3%ADa%20Mariandrea%20Gonzalez%20y%20Silvia%20Melissa%20Guerrero.pdf?sequence=3&isAllowed=y>
- [9] D. Casadiego Martínez. Análisis del régimen de insolvencia de persona natural

no comerciante en Colombia. Barranquilla: Centro de investigación de la facultad de Derecho. Corporación Universidad de la Costa C.U.C. Facultad de Derecho. Programa de Derecho, 2020. [Online]. Disponible en: <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/7594/An%C3%A1lisis%20del%20r%C3%A9gimen%20de%20insolvencia%20de%20persona%20natural%20no%20comerciante%20en%20Colombia.pdf>

[10] M. Arango. “Gestión del impacto del COVID-19 en el sector financiero”. Bogotá, Corporación Andina de Fomento, 2020. [Online]. Disponible en: <https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2020/04/gestion-del-impacto-del-covid-19-en-el-sector-financiero/>

[11] O. Pardo. Perfil de riesgo de crédito para una cooperativa en Villavicencio a partir de un modelo Logit. Universidad & Empresa, (Junio de 2020). 237-256. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/unem/v22n38/2145-4558-unem-22-38-237.pdf>

[12] C. Perelló, “La figura de la mediación en los conflictos interpersonales”, Educación Social, no 8, pp. 67 – 77, 1998. [Online]. Disponible en: <https://redined.educacion.gob.es/xmlui/handle/11162/29463?locale-attribute=ca>

[13] A. Miranda “The Origins of Mediation and the A.D.R. tools” en Mediation in Europe at the cross-road of different legal cultures. Londres: (2014). [Online]. Disponible en: https://www.academia.edu/9611797/The_Origins_of_Mediation_and_the_A_D_R_tools

[14] N. Polo Figueroa, “Reparación y reconciliación en el sistema normativo Wayuu”, Civilizar Ciencias Sociales y Humanas 16, no 31, julio-diciembre, pp. 41-48, 2016. [Online]. Disponible en: <https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/641>

[15] J. Bonet-Morón; D. Ricciulli-Marín; G. Pérez-Valbuena; L.A. Galvis-Aponte; E.A. Haddad; I.F. Araújo y F.S. Perobelli, “Impacto económico regional del Covid-19 en Colombia: un análisis insumo-producto”. Documentos de trabajo sobre economía regional y urbana, núm. 288, 2020. [Online]. Disponible en: <https://doi.org/10.32468/dt-seru.288>

[16] C.R. Romero Nuñez. La mediación: solución a los conflictos por Incumplimiento de obligaciones crediticias entre clientes e instituciones financieras. Tesis para optar al Título de Magíster (Especialista) en Arbitraje y Mediación, 2016. [Online]. Disponible en: <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/12519>

[17] G. Acuña Daza y E. Díaz Casallas. Módulo estrategias de Negociación. Tunja: Ediciones Usta - Universidad Santo Tomás, 2019. [Online]. Disponible en: <https://repositorio.usta.edu.co/handle/11634/18471>

[18] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C 699, 6 de septiembre de 2007. [Online]. Disponible en: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/96174-corte-constitucional-de-colombia-c-699-07>

[19] Colombia. Ley 2220 (2022). Congreso de Colombia. [Online]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>

[20] Alianza Unisimón (2020, Octubre 13). DECLARARSE INSOLVENTE, UNA OPORTUNIDAD FINANCIERA PARA LOS QUEBRADOS. Universidad Simón Bolívar. [Online]. Disponible en: <https://www.unisimon.edu.co/cucuta/blog/declararse-insolvente-una-oportunidad-financiera-para-los-quebrados/1880>

[21] [22] C. García-Díaz; G. Cárdenas-Sán-

chez, C. Molina-Rodríguez. “Análisis de la intermediación financiera en el escenario de las crisis de los siglos XX y XXI” *Revista de Investigaciones*, Edición No. 7, pp. 106-128, 2011

[23] ASOBANCARIA. La intermediación financiera fortalece el crecimiento económico, *Banca y Economía*, edic. 1303, 2021. [Online]. Disponible en: https://www.asobancaria.com/wp-content/uploads/2021/10/1303_BE.pdf

[24] M. Salgado, “La crisis del crédito hipotecario subprime: una revisión teórica”, *Realidad* No 28, pp. 243-260, 2011. [Online]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6521029.pdf>

[25] R. Villarreal, “Una mirada al Grameen Bank y al microcrédito en Colombia”. *Equidad y Desarrollo*, No. 10, pp 47-60. <https://doi.org/10.19052/ed.265>