

La prelación de créditos: luces y sombras. Perspectiva desde el derecho de insolvencia¹

Credits' priority: lights and shadows.
Perspective from insolvency law

JUAN JOSÉ RODRÍGUEZ ESPITIA²

RESUMEN

En estas líneas que corresponden a las reflexiones del autor producto de la docencia, del cumplimiento de funciones jurisdiccionales como juez de insolvencia y del ejercicio profesional independiente, se reconoce la importancia de la prelación de créditos como eje central del derecho privado, en especial su actualidad pese a la antigüedad de la regulación y a la contemporaneidad de los estatutos de insolvencia, resaltando la sencilla estructura del Código Civil en la materia. El análisis aquí contenido pretende articular la regulación tradicional con el derecho de insolvencia en la medida en que es este el escenario en donde cobra vigencia el instituto habida consideración que las normas que regulan los procesos de insolvencia han dispuesto reglas que inciden en su aplicación.

Palabras clave: créditos, clases, orden, prelación, pagos.

1 Fecha de recepción: 30 de marzo de 2023. Fecha de aceptación: 24 de agosto de 2023.
DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v22n2.01>

2 Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado Derecho Comercial, Doctor en Derecho de la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Civil, Comercial y Procesal en Pregrado y Postgrado en la Universidad Externado se Colombia.

ABSTRACT

In these lines, which correspond to the author's reflections because of teaching, the performance of jurisdictional functions as an insolvency judge and independent professional practice, the importance of the priority of credits as a central element of private law is recognized, especially its relevance regardless of the antiquity of the regulation and the contemporaneity of the insolvency statutes, underlining the simple structure of the Civil Code on the subject. The analysis presented here intends to articulate the traditional regulation with the insolvency law to the extent that this is the context in which the institute becomes effective, taking into consideration that the rules that manage the insolvency processes have provided rules that affect its application.

Key words: credits, classes, order, priority, payments.

Sumario. Introducción. 1. Prelación de créditos. 2. Características. 2.1. Valoración política del legislador. 2.2. Diseño clásico: privilegios generales y especiales. 2.3. Concepción liquidatoria. 2.4. Incidencia constitucional. 3. Problemas en su aplicación. 3.1. No incentiva la recuperación. 3.2. Vetustez de algunas reglas. 3.3. No incorpora nuevas figuras contractuales (fiducia mercantil). 3.4. La desarticulación generada con la aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias. 3.5. La preferencia de los gastos de administración. 3.6. La postergación de créditos. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende demostrar la necesidad del operador jurídico y de todos los intervinientes en las relaciones de crédito de conocer a profundidad la prelación de créditos dada su especial incidencia en estas, su imperioso readecuamiento frente a los nuevos retos que impone el mercado y la vida de los negocios. Dicha tarea se ha acometido tomando en cuenta los siguientes aspectos: i) en primer lugar, la importancia de la materia dada su condición de espina dorsal en la construcción de las relaciones jurídicas y específicamente frente a la fase patológica o de incumplimiento de la obligación; ii) en segundo lugar, la antigüedad de su regulación, la cual ha tenido que ser armonizada con reformas legales posteriores con miras a superarla; iii) en tercer lugar, la concepción con que fue construida pensada en la insolvencia de la persona física; iv) en cuarto lugar, su vivencia, que no se estructura sobre la mera existencia de reglas sino en el hecho de que estas son confrontadas con nuevos modelos de negocios, céleres, en movimiento constante

y avasallador; iv) en quinto lugar, la clara existencia de un análisis crítico y, si se quiere, de frustración por la inercia del legislador que ha rehuído un examen profundo de la institución y se ha inclinado por respuestas particulares, atendiendo a los intereses de un determinado sector, lo cual deshace lo construido, genera graves problemas en su aplicación y desarticula las estructuras concursales; y vi) en sexto lugar, a la necesidad de confrontar la regulación con preceptos constitucionales y en especial con los valores y principios que inspiran la Constitución Política.

El estudio inicia con la definición de la figura, lo que permitirá al lector conocer de manera clara y sencilla su contenido; a partir de allí se abordan sus características para comprender sus alcances; en este sentido es importante destacar que la prelación de créditos corresponde a una valoración política del legislador mediante un diseño que podemos concebir como clásico y que parte de la funcionalidad del patrimonio del deudor, siendo necesario resaltar que en este aspecto, las reglas de prelación se construyen con un sistema de privilegios generales o especiales. De otra parte, se pone de presente que la institución fue concebida para escenarios liquidatorios, lo cual es fuente de dificultades para los convenios recuperatorios y que constituye uno de los reparos a la regulación existente. Así mismo, y no de menor importancia, debemos referirnos al impacto que las normas constitucionales tienen en la institución

Finalmente, de manera sucinta se abordarán los principales problemas en la aplicación de la regulación, a saber: i) no incentiva la recuperación; ii) vetustez de sus reglas pues los supuestos allí descritos no se presentan en la contemporaneidad; iii) no incorpora nuevas figuras contractuales que han sido previstas para facilitar el otorgamiento del crédito y la recuperación pronta de la deuda; iv) la incidencia de la Ley de Garantías Mobiliarias en el sistema de prelación que sin duda constituye una nueva lectura de la institución; v) la preferencia de los gastos de administración de los procesos de insolvencia y que cobra importancia dado el hecho de que es en estos donde se aplica la prelación legal y en último lugar, se harán menciones muy precisas al instituto contrario, es decir a la degradación de los acreedores conocida como la postergación de créditos. Luego de todo ello se presentarán unas conclusiones que son producto del trabajo antes descrito.

Es importante acotar que el estudio de la figura nos demanda a todos y en especial al operador jurídico a adecuar las reglas, hacerlas dinámicas, apuntalarlas con la realidad, y a que, como diría el profesor Jairo Parra Quijano a que: "el juez no puede ser fugitivo de su tiempo"³. En este aspecto conviene recordar que en las discusiones referidas a la suerte de los contratos

3 Gabriel Hernández Villareal, "La reforma al Código de Procedimiento Civil". *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 2003, 287-322, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v5n1/v5n1a10.pdf>

de fiducia mercantil y su sujeción al proceso de insolvencia (concordato) generadas en los años 1997-1998⁴, surgió el interrogante de cómo se debían graduar las acreencias de los beneficiarios de una fiducia mercantil de garantía o, en términos generales, de aquellos acreedores que eran titulares de certificados de garantía sobre patrimonios autónomos conformados por bienes que previamente estaban en poder del deudor, quien, como fideicomitente, los había transferido para que sirvieran de garantía de las obligaciones a su cargo. Una primera respuesta estimó que debían ser graduadas como quirografarias, pues no encuadraban en la descripción del Código Civil, por demás taxativa y restrictiva; y una segunda, conforme a la cual era necesario mirar la funcionalidad de la figura, que de una u otra forma era equivalente a los derechos del acreedor en la prenda y la hipoteca, partiendo de la premisa de que si bien al momento de la expedición del Código Civil no existía dicha tipología contractual, ello no era argumento suficiente para considerarlas como acreencias de quinta clase y que, por tanto, deberían ser graduadas como prendarias o hipotecarias según la naturaleza de los bienes. Estas consideraciones, inicialmente contenidas en una providencia judicial⁵, fueron posteriormente vertidas en el artículo 69 de la Ley 550 de 1999⁶ y hoy traspuestas en el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006⁷. Ello permite una

- 4 La providencia paradigmática en esta materia es el Auto No. 440-12389 del 22 de septiembre de 1999, donde se consideró: "Si bien es cierto no existe norma específica que clasifique la fiducia mercantil de garantías dentro del ámbito de las garantías reales, también es claro que la finalidad perseguida por el fideicomitente consiste en garantizar el cumplimiento de una obligación propia, generando a favor de los acreedores beneficiarios un derecho que los privilegia frente a los acreedores titulares de acreencias posteriores a la celebración del contrato fiduciario, privilegio éste que se concreta en el bien fideicomitado por el deudor común, y que, para los efectos legales del concurso, permite asimilarlas a las garantías reales de prenda o hipoteca, sin perjuicio clara está de las diferencias sustanciales que no se pierden en el caso de una simple asimilación para efectos concursales".
- 5 Cfr. Superintendencia de Sociedades, Auto No. 410-7500 del 25 de septiembre de 1998.
- 6 "Artículo 69. *Fiducias de garantía y procesos liquidatorios*. El liquidador podrá solicitar a la Superintendencia de Sociedades que ordene la cancelación de los certificados de garantía y que ordene a la fiduciaria la enajenación de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, cuando el deudor haya transferido sus bienes a una fiducia mercantil con el fin de garantizar obligaciones propias, y existan acreencias insolutas de cualquier clase. Se exceptúa de la presente disposición la fiducia que se ajuste a lo previsto en el numeral séptimo del Artículo 34 de la presente ley, y sin perjuicio de las prelación legales de primer grado. // El producto de la enajenación de dichos bienes se aplicará al pago de las obligaciones del deudor respetando la prelación legal de créditos. Los acreedores beneficiarios de la garantía se asimilarán a acreedores con garantía real, prendaria o hipotecaria, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitados. Tales acreedores serán pagados, con prelación sobre las acreencias distintas de las de primera clase, anteriores o posteriores a la constitución de la fiducia".
- 7 "Artículo 43. *Conservación y exigibilidad de gravámenes y de garantías reales y fiduciarias*. En

primera reflexión, que se traduce en una invitación: el deber del operador jurídico de dar funcionalidad a las reglas sobre prelación de créditos y hacer que ellas respondan a las necesidades del tráfico mercantil.

1. PRELACIÓN DE CRÉDITOS⁸

Sea lo primero señalar que en este análisis es vital la forma en que el operador se aproxima a la institución, pues a partir de allí se determinan consecuencias diversas. Tradicionalmente se ha definido como el conjunto de reglas dispuestas para la atención de los pasivos del deudor cuando dos o más de sus

relación con las garantías reales y los contratos de fiducia mercantil y encargos fiduciarios que incluyan entre sus finalidades las de garantía y que estén vinculadas con acuerdos de reorganización, aplicarán las siguientes reglas: // 1. Los créditos amparados por fiducias mercantiles y encargos fiduciarios se asimilan a los créditos de la segunda y tercera clase previstos en los artículos 2497 y 2499 del Código Civil, de acuerdo con la naturaleza de los bienes fideicomitidos o que formen parte del patrimonio autónomo, salvo cláusula expresamente aceptada por el respectivo acreedor que disponga otra cosa. // 2. Durante la vigencia del acuerdo queda suspendida la exigibilidad de gravámenes y garantías reales y fiduciarias, constituidas por el deudor. La posibilidad de hacer efectivas tales garantías durante dicha vigencia, o la constitución de las mismas, tendrá que pactarse en el acuerdo, con la mayoría absoluta de los votos admisibles, adicionada con el voto del beneficiario o beneficiarios respectivos. // 3. Si el acuerdo termina por incumplimiento, conforme a lo dispuesto en la presente ley, para efectos del proceso de liquidación judicial, queda restablecida de pleno derecho la preferencia de los gravámenes y garantías reales y fiduciarias suspendidas, a menos que el acreedor beneficiario haya consentido en un trato distinto. // 4. Si durante la ejecución del acuerdo son enajenados los bienes objeto de la garantía, el acreedor gozará de la misma prelación que le otorgaba el gravamen para que le paguen el saldo insoluto de sus créditos, hasta la concurrencia del monto por el cual haya sido enajenado el respectivo bien. // 5. La constitución, modificación o cancelación de garantías, o la suspensión o conservación de su exigibilidad derivadas del acuerdo, requerirá el voto del beneficiario respectivo y bastará la inscripción de la parte pertinente del mismo en el correspondiente registro, sin necesidad de otorgar nuevamente ningún otro documento y, salvo pacto en contrario, compartirá proporcionalmente el mismo grado de todos aquellos acreedores que concedan las mismas ventajas al deudor. Para tales efectos, las cláusulas pertinentes del acuerdo prestarán mérito ejecutivo. // 6. La estipulación de un acuerdo de reorganización que amplíe el plazo de aquellas obligaciones del deudor que cuenten con garantes personales o con cauciones reales constituidas sobre bienes distintos de los del deudor, no pone fin a la responsabilidad de los garantes ni extingue dichas cauciones reales. // 7. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización, el acreedor que cuente con garantías reales o personales constituidas por terceros para amparar créditos cuyo pago haya sido contemplado en el acuerdo, podrá iniciar procesos de cobro contra los garantes del deudor o continuar los que estén en curso al momento de la celebración del acuerdo".

8 Arturo Alessandri, *La Prolación de Créditos*. (Chile: Editorial Nascimento, 1940), 9, define este concepto así: "La prelación de créditos es el conjunto de reglas legales que determinan el orden y la forma en que deben pagarse los diversos acreedores de un deudor".

acreedores concurren a un mismo escenario⁹; en consecuencia, se trata de la disposición del legislador de las condiciones temporales para la atención de las distintas obligaciones, para lo cual se suele utilizar un sistema de cascada o escalonamiento pues se atenderán en primer término aquellas acreencias respecto de las cuales así lo hubiere dispuesto, y luego las subsecuentes; de esa manera no existe la posibilidad de satisfacción coetánea de acreencias de distinta naturaleza¹⁰.

Dado que, como quedó visto, la prelación de créditos corresponde a un sistema de graduación de las acreencias con miras a su satisfacción, en especial en aquellos casos en que el patrimonio del deudor es deficitario, es definitiva la óptica con la que se analice la figura¹¹. Una primera aproximación apunta a

- 9 Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-089 de 2018, M. P.: Carlos Bernal Pulido, definió la prelación de créditos como: "Una institución civil de carácter sustancial que determina el orden en el cual han de ser pagadas las obligaciones dinerarias del deudor a cada uno de sus acreedores, cuando estos reclaman el respectivo pago en un mismo proceso. De este modo, el acreedor goza del privilegio de obtener el pago de su crédito con preferencia sobre otros acreedores (...). Se sigue de lo anterior que la principal consecuencia de régimen de prelación es que las acreencias se pagan en el orden fijado por la ley, y hasta que el patrimonio del deudor lo permita, se produce una afectación intensa al principio de igualdad entre los acreedores, par conditio creditorum, al punto que algunos créditos podrían quedar sin pago. Por ello, solo el legislador puede establecer esta clase de privilegios. Ahora bien, estas preferencias pueden ser generales o especiales. Las generales habilitan al acreedor a perseguir todos los bienes del deudor para la satisfacción del crédito pendiente y procede respecto de los créditos de primera y cuarta clase. Las especiales tienen vocación de afectar bienes determinados, como en el caso de los créditos hipotecarios en los que *únicamente es posible perseguir el bien sujeto a gravamen, por lo que los saldos insolutos, tendrán el tratamiento de crédito común a pagarse a prorrata con las demás acreencias, sin prelación alguna (artículo 2510). En consecuencia, la normativa civil establece que tienen privilegio aquellos créditos de primera, segunda y cuarta clase (artículo 2494)*".
- 10 Al respecto, José Alejandro Bonivento, *Obligaciones*. (Bogotá: Legis, 2020), 377, expresa: "El último aspecto por considerar en relación con los efectos de las obligaciones en caso de incumplimiento del deudor tiene que ver con la figura de la prelación de créditos, llamada a dilucidar la forma -el orden- en que se atienden las varias obligaciones de un mismo deudor frente a los distintos acreedores, a sabiendas de que, como ya se ha señalado, el patrimonio de aquel es la garantía de todos estos. La utilidad e incidencia reales del mecanismo se produce sin duda, en los eventos en los que el patrimonio del deudor aparece como insuficiente para respaldar la totalidad de sus obligaciones a su cargo, por manera en que el orden en que se satisfacen los acreedores marca la diferencia de los que alcanzan a ser satisfechos y los que no lo son. Si, por el contrario, los activos patrimoniales del deudor son suficientes para cubrir íntegramente los pasivos, el orden de atención de los créditos pasa, de hecho, a un plano de menor importancia porque al final, habrá pagos de todos ellos".
- 11 En este aspecto resulta útil lo expresado por Abel Benito Veiga, *Par conditio omnium creditorum e insolvencia. Entre el mito y la realidad utópica*. (Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2013), 149-150, así: "Pero, ¿cuál es el verdadero valor que tiene un crédito en un procedimiento de insolvencia?, y, sobre todo, ¿cuál es el valor concursal

considerarla como un sistema cerrado de prerrogativas y ventajas, por demás excepcionales e inmodificables, habida consideración de que la regla general es la igualdad entre los acreedores predicada del patrimonio del deudor como garantía de todas sus relaciones crediticias. Una segunda parte de la premisa de que si bien se trata de una alteración de dicha regla, es necesario establecer la razonabilidad y funcionalidad del sistema de privilegios y preferencias con miras a proveer una solución acorde a ello. Un ejemplo que ilustra lo anterior es la graduación en segunda clase en un proceso de reorganización o liquidación judicial del beneficiario de área de un proyecto de construcción de inmuebles destinados a vivienda, pese a que Ley 66 de 1968¹² tenga como ámbito de aplicación la toma de posesión y la liquidación forzosa administrativa y exija una promesa de venta, interpretación esta que se acompasa con la transformación de la actividad empresarial de construcción de inmuebles¹³ y que exige de parte del juzgador su reconocimiento e incorporación en el sistema jurídico¹⁴.

De acuerdo con lo anterior, queda claro que la postura que se adopte frente al instituto es definitiva al momento de analizar las problemáticas en

del mismo?, ¿valor absoluto o valor relativo?, con independencia de los mecanismos o cauces que arbitra la ley para que el crédito esté reconocido en el procedimiento, toda vez que el mismo sea concurrente, hemos de interpellarnos por ese valor concursal o valor relativo. // En efecto, un crédito no vale lo mismo si es relegado o corre el riesgo desde su nacimiento de verse postergado en la clasificación creditual de un concurso. Es un crédito marginalizado, como contrariamente lo es priorizado y sobrevaluado el crédito que goce de una causa de preferencia. Es la posibilidad real de su satisfacción lo que en realidad, determina el valor concursal de un crédito. Ahí radica su valor relativo, pero también técnico y económico, pues a menor valor mayor es el riesgo y mayor la exigencia del acreedor si está en condiciones eso sí, de exigir. // La satisfacción del crédito está en función en buena medida del input de riesgo que el mismo asume, el que lleva incorporado *ex ante*, valor que sin duda se robustece si el acreedor se provee de garantías reales, o incluso, si preordena su posición en un hipotético pacto o acuerdo de subordinación convencional, así como también si es el legislador quien le otorga una causa de preferencia legal".

- 12 "Artículo 21.- Modificado por el artículo 10 del Decreto Nacional 2610 de 1979, así: En los casos de liquidación, las cuotas que hayan pagado los prometientes compradores o afiliados tendrán el carácter de créditos privilegiados de segunda clase en los términos del numeral 3 del artículo 2497 del Código Civil (2) siempre que la promesa de contrato haya sido válidamente celebrada y el Superintendente o su Agente Liquidador tenga certeza de la fecha de su otorgamiento".
- 13 Sobre el particular, cfr. Nicolás Polanía. "El concurso del constructor". *Asuntos legales*, 2023, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/nicolas-polania-tello-401471/el-concurso-del-constructor-3547670> y Sandra Eliana Cataño, *El sistema negocial de la fiducia inmobiliaria de proyectos de construcción en Colombia*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia) 2022.
- 14 Cfr. Superintendencia de Sociedades, Acta No. 2018-02-020545 del 11 de octubre de 2018.

los escenarios de insolvencia, y que es posible solucionarlas, y de paso responder a estructuras modernas de negocios y garantías¹⁵, sin que se requiera una reforma legal, lo que honra el papel del juez en el reconocimiento de las nuevas realidades negociales¹⁶.

2. CARACTERÍSTICAS

De manera sucinta se puede decir que la prelación de créditos presenta los siguientes rasgos:

2.1. VALORACIÓN POLÍTICA DEL LEGISLADOR

Sea lo primero señalar que la prelación de créditos es fundamentalmente un ejercicio de valoración política, reservado de manera exclusiva al legislador ordinario¹⁷, determinado necesariamente por las condiciones sociales, económicas y políticas del momento, y que, aun cuando es posible encontrar semejanzas en el derecho comparado¹⁸, responde a la estructura de cada país.

15 Sobre el particular, Cfr. Autos Nos. 400-009849 del 8 de junio de 2017 y 400-011407 del 24 de julio de 2017.

16 En este sentido, es deber del juez reconocer las nuevas modalidades contractuales e integrarlas al sistema jurídico, lo que implica claramente usar la imaginación, la creatividad y el sentido común. En esa línea de pensamiento, son pertinentes las palabras de Augusto Morello y Antonio Tróccoli, *La revisión del contrato*. (Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1977), 285, al indicar: "[...] el juez no es un fugitivo de la realidad, está inmerso en ella y no puede dejar de computar el clima económico-social ni las circunstancias generales que actúan en los fenómenos del tráfico".

17 A esta conclusión se llega por la previsión contenida en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política que prohíbe el otorgamiento de facultades extraordinarias con miras a la expedición o modificación de los códigos. En el derecho patrio, la regulación está contenida en el Código Civil y en esa medida es improcedente su modificación por habilitación extraordinaria como la comentada.

18 Sobre este punto, Juan Luis Goldenberg y Aurelio Gurrea, "El reconocimiento y la clasificación de los créditos en los procedimientos concursales" en *"Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional"* dir. Aurelio Gurrea Martínez y Adolfo Rouillon. (Madrid: Bosch, 2022), explican: "Por lo general, la mayor parte de los sistemas concursales prevén cuatro grandes tipos de créditos concursales: (i) créditos garantizados (en algunos países, como pudiera ser el caso de España, incluidos dentro de los denominados créditos con privilegio especial), que son aquellos en que el cumplimiento de la obligación se encuentra asegurado mediante algún tipo de garantía real; (ii) créditos privilegiados o preferenciales (en ocasiones, denominados créditos con privilegio general), que son aquellos que el legislador considera que deben pagarse con anterioridad a cualquier otro crédito concursal con los bienes libres de cargas que tenga el deudor; (iii) créditos ordinarios, comunes o quirografarios, que son aquellos que no encajan en ninguna otra categoría de créditos concursales y se pagarán a pro rata una vez se hubieran pagado todos los créditos garantizados y preferenciales; y (iv) créditos subordinados, que son aquellos que el legislador considera que deben ser pagados en último

Lo anterior significa que es la ley en sentido ordinario, léase la expedida por el Congreso de la República, la encargada de definir el sistema de prelación, y en esa medida los particulares no cuentan con atribuciones suficientes¹⁹ para disponer sobre la materia, como tampoco puede hacerlo el legislador reglamentario. En ese sentido, suscita especial preocupación el hecho de que, en desarrollo de sus competencias, los jueces reemplacen al legislador y creen órdenes de prelación distintas a las establecidas por él²⁰. Resaltamos que la prelación legal busca brindar certeza, orden y claridad a las relaciones crediticias, y en esa medida es factor de incertidumbre la situación descrita.

En todo caso, es importante advertir que el desarrollo de los negocios, los acontecimientos sociales y, en términos generales, la evolución social, política y económica da lugar a que la apreciación previamente dispuesta por el legislador cambie, muestra de lo cual son las reformas introducidas por: i) la Ley 50 de 1990²¹, que de manera expresa dispuso que los créditos

lugar o aquellos en los que la subordinación ha sido consecuencia de un acuerdo de voluntades entre el deudor y los acreedores. Finalmente, si hubiera bienes suficientes para pagar a todos los acreedores (cosa improbable en un concurso) y la compañía procediera a su liquidación, los restantes bienes se atribuirán a los accionistas a modo de cuota de liquidación. // Junto a los créditos concursales que, por su naturaleza, suelen tener carácter preconcursal (esto es, surgen con anterioridad al concurso y justifican la apertura del mismo), también conviven otro tipo de deudas que se generan durante el concurso o como consecuencia del mismo. Estas deudas, que denominaremos créditos contra la masa o deudas de la masa, incluyen dos tipos de obligaciones: (i) aquellas que se derivan de los gastos del procedimiento, como pudiera ser el caso de honorarios de abogados y administradores concursales; y (ii) aquellas otras deudas que hubiera contraído el deudor con posterioridad a la declaración de concurso, entre las que se encuentran las deudas que se deriven de los gastos de preservar la masa activa y de la posible financiación postconcurstral obtenida por el deudor (10). Como será explicado en el capítulo 6, dedicado exclusivamente a los créditos contra la masa, estas deudas deberán ser abonadas con prededucibilidad, es decir, con cargo a los bienes libres del deudor y con carácter preferencial a cualquier deuda preconcursal".

19 Fernando Hinestrosa, *Tratado de las obligaciones concepto estructura vicisitudes*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002), 679, afirma: "La ley es la que determina en qué orden se han de satisfacer las acreencias, o sea que los particulares no pueden modificar la *pars condicio* o el orden de prelación por pacto entre ellos".

20 En el Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2019, que dirimió las controversias entre la ANI y La Concesionaria Ruta del Sol S. A. S., el Tribunal dispuso un orden de pago que no corresponde al establecido por el legislador.

21 "Artículo 36. Los artículos 157 y 345 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 11 y 21 del Decreto-ley 2351 de 1965, quedarán así: 'Prelación de crédito por salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales. // Los créditos causados o exigibles de los trabajadores por concepto de salarios, la cesantía y demás prestaciones sociales e indemnizaciones laborales pertenecen a la primera clase que establece el artículo 2495 del Código Civil y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás. // El Juez Civil que conozca del proceso de concurso de acreedores o de quiebra dispondrá el pago privilegiado y pronto de los créditos a los trabajadores afectados por la quiebra o insolvencia del patrono. // Cuando la quiebra imponga el

laborales serán atendidos en el primer grado de la primera clase; ii) por el artículo 124 de la Ley 1116 de 2006²² que reconoció la importancia de los proveedores en la recuperación de la empresa y los ubicó en la cuarta clase; y iii) por la Ley 1797 de 2016²³ que creó unas reglas de prelación distintas ubicando las acreencias de las instituciones prestadoras de salud después de las laborales y antes que las fiscales.

Ahora bien, sin perjuicio del dinamismo de las relaciones jurídicas, suscita especial preocupación la tendencia a disponer privilegios para unos determinados acreedores²⁴, lo que en términos generales se traduce en no ver el bosque sino el árbol que da sombra, y cuya expresión, por demás patética,

despido de trabajadores, los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones se tendrán como gastos pagaderos con preferencia sobre los demás créditos. // Los créditos laborales podrán demostrarse por cualesquier medio de prueba autorizado por la ley y, cuando fuera necesario, producidos extrajudicialmente con intervención del Juez laboral o de inspector de trabajo competentes. // Parágrafo. En los procesos de quiebra o concordato los trabajadores podrán hacer valer sus derechos por sí mismos o por intermedio del Sindicato, Federación o Confederación a que pertenezcan, siempre de conformidad con las leyes vigentes".

- 22 "Artículo 124. *Adiciones, derogatorias y remisiones.* Adiciónese el siguiente numeral al artículo 2502 del Código Civil colombiano: '7. Los de los proveedores de materias primas o insumos necesarios para la producción o transformación de bienes o para la prestación de servicios'. // A partir de la entrada en vigencia de esta ley, se deroga el artículo 470 del Código de Comercio, en cuanto a la competencia que ejerce la Superintendencia de Sociedades frente a las Sucursales de las Sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Colombia, la cual se regirá por lo establecido en el artículo 84 de la Ley 222 de 1995. // Salvo aquellos casos que expresamente determine el Gobierno Nacional, en razón a la conservación del orden público económico, no habrá lugar a la intervención de la Superintendencia de Sociedades respecto de lo establecido en los artículos 233 a 237 del Código de Comercio. // En los casos no regulados expresamente en esta ley, se aplicarán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil".
- 23 "Artículo 12. *Prelación de créditos en los procesos de liquidación de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), y de las Entidades Promotoras de Salud (EPS).* En los procesos de liquidación de las Entidades Promotoras de Salud, incluso los que están en curso, e Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud se aplicará la siguiente prelación de créditos, previo el cubrimiento de los recursos adeudados al Fosyga o la entidad que haga sus veces si fuere el caso y los recursos relacionados con los mecánicos de redistribución de riesgo: a) Deudas laborales; // b) Deudas reconocidas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud. En estas deudas se incluirán los servicios prestados o tecnologías prestadas por urgencias, así no medie contrato. En estos casos la liquidación debe desarrollar la auditoría y revisión de cuentas para su reconocimiento en lo pertinente. // c) Deudas de impuestos nacionales y municipales; // d) Deudas con garantía prendaria o hipotecaria, y // e) Deuda quirografaria".
- 24 Cfr. Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley No. 064 de 2020 Cámara, acumulado con el Proyecto de Ley No. 114 de 2020 Cámara y con el Proyecto de Ley No. 333 de 2020 Cámara. Se trata de respuestas a intereses particulares que desarticulan el sistema.

está contenida en el Acto Legislativo No. 4 de 2019 y en el Decreto Ley 403 de 2020²⁵, que privilegiaron de manera desproporcionada las obligaciones producto de los juicios de responsabilidad fiscal, y que claramente representan una desarticulación del sistema y del diseño dispuesto por el legislador en materia concursal.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que, como quiera que de una u otra forma comportan un matiz que resulta inequitativo, actualmente se discuten los ejercicios de prelación de créditos. En ese sentido, es lapidaria la expresión "poda de privilegios"²⁶, referida a la reforma concursal española del año 2003, pues sin duda un sistema simple de privilegios sin tantos vericuetos es mucho más acorde con la realidad empresarial, y a ello debería apuntar el legislador; no obstante, como ya se mencionó, en el caso del derecho colombiano se rema en una dirección contraria. Cabe agregar que hoy en día los ejercicios de prelación tienen un componente de análisis económico del derecho, pues apuntan a propósitos generales enmarcados dentro de políticas macroeconómicas; muestra diciente de ello es la Ley de Garantías Mobiliarias, estatuto que en procura de un mayor acceso al crédito creó privilegios, preferencias y tratos especiales a los acreedores garantizados y que, sin duda, es una muestra de la valoración política del legislador²⁷.

- 25 "Artículo 108. *Prelación de créditos*. Los créditos derivados de los fallos con responsabilidad fiscal, las resoluciones ejecutoriadas que impongan multas fiscales, y las pólizas de seguros y demás garantías a favor de las entidades públicas que se integren a fallos con responsabilidad fiscal, se entienden como créditos fiscales de primera clase y tendrán prelación según el orden establecido en el artículo 2495 del Código Civil o las normas especiales que establezcan órdenes de prelación. // Parágrafo transitorio. Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a los créditos que se constituyan con posterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Ley".
- 26 Ángel Rojo, "El concurso necesario". *La Venia*, 2004: 8-14: <https://economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2013/07/arfr%20-%20concurso%20necesario.pdf>
- 27 Sobre el particular, Banco Mundial. *Informe sobre derecho del crédito e insolvencia (ICR ROSC) Colombia*, 2014, pp. 9-10 se precisó: "Tanto en la reorganización como en la liquidación, una de las cuestiones fundamentales es el tratamiento de los créditos con garantía real, que ha sido modificado muy recientemente. A pesar de que la Ley 1116 de 2006 tutela la posición de los acreedores con garantía real en mayor medida que la Ley 550 de 1999, o la Ley 222 de 1995, existen problemas en la protección que el sistema proporciona a dichos acreedores, ya que en caso de insolvencia del deudor pierden el control sobre el bien objeto de garantía, y su crédito se desvincula de dicho bien e incluso del valor del mismo. La consecuencia es que los acreedores con garantía real dejan de tener una preferencia especial, vinculada al bien objeto de la garantía, para pasar a formar parte de un grupo de acreedores privilegiados. En el caso de la reorganización, los acreedores con garantía real ni siquiera forman una clase aparte, sino que quedan comprendidos, en su caso, dentro de la clase de acreedores financieros. En el caso de la liquidación, los créditos serán clasificados, según corresponda, como créditos de segunda clase (créditos con garantías mobiliarias) o de tercera clase (créditos con garantías inmobiliarias). Además, los mecanismos de aprobación de los acuerdos de reorganización no han de respetar, forzosamente, la jerarquía de créditos, de modo que los acreedores

2.2. DISEÑO CLÁSICO: PRIVILEGIOS GENERALES Y ESPECIALES

Un aspecto que merece especial atención corresponde a la forma coherente y armónica en que el Código Civil concibe el sistema de prelación de créditos, y por ello debe ser respetado y acatado²⁸. En ese sentido, el Código distingue entre privilegios²⁹ y preferencias, lo cual, dicho sea de paso, aunque no tiene mayor incidencia, parece explicarse por los atributos propios de los derechos reales (persecución y preferencia)³⁰, lo que a juicio de la doctrina³¹

con garantía real pueden recibir un tratamiento inferior al que les correspondería en caso de liquidación, o un trato peor que el de los acreedores de una clase inferior. Sin embargo, la Ley de Garantías Mobiliarias ha buscado alterar profundamente esta situación, reforzando los derechos de los acreedores con garantías reales y su prelación en los procedimientos de insolvencia, aunque será necesario prestar atención a la práctica que se desarrolle con la entrada en vigor de la nueva ley".

28 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-113 de 2022, M. P.: Antonio José Lizarazo Ocampo.

29 Juan Manuel Villanueva, *Privilegios*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004), 27, explica: "El artículo 3875 del Código Civil define al privilegio como "El derecho dado por la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro..." // De esa definición surgen tres de sus elementos: su faz activa, su consistencia, y su faz pasiva. A saber: a) activamente, corresponde a un acreedor, pero no a cualquiera, sino a aquel que haya sido previsto en la ley ("...derecho *dado por la ley* a un acreedor..."). // b) en cuanto a su consistencia, el privilegio es una preferencia ("...derecho [...] para ser pagado con *preferencia*..."). Como tal supone: i) alteridad, es decir, contemplación de un sujeto en sus relaciones con otros; ii) situación de conflicto entre ellos. Ese conflicto, que se genera por la insuficiencia de fondos para pagar los créditos de todos, es resuelto por la ley mediante su inclinación en favor de uno, al que le reconoce la posibilidad de cobrarse con esos fondos, desplazando a los restantes. // c) pasivamente, esa preferencia debe ser soportada por los demás acreedores del deudor, relacionados entre sí como consecuencia de su pretensión de ejercer simultáneamente sus derechos sobre los bienes de ese deudor común".

30 Arturo Alessandri, *La Prolación de Créditos*. (Chile: Editorial Nascimento 1940), 11-12, aborda el estudio así: "9. Preferencia y privilegio. Hay cuatro clases de créditos «preferidos», pero no «privilegiados». El privilegio no es lo mismo que la preferencia. Esta compete también a los créditos hipotecarios. Una de las causas de preferencia es la hipoteca, mas ésta no es un privilegio. El privilegio es, pues, una especie de preferencia, una de las causas que da derecho para pagarse de un crédito con prioridad a otros".

31 Guillermo Ospina, *Régimen General de las Obligaciones*. (Bogotá: Temis S.A., 2008), 67, señala: "En términos del artículo 2493, "las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca"; el 2494 agrega que "gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase"; y el artículo 2499 expresa: "la tercera case de créditos comprende los hipotecarios". // De la redacción de los precisados textos, sus comentaristas suelen deducir una clasificación entre los créditos *privilegiados*, que serían los de las clases primera, segunda y cuarta, y los *preferentes* por ser hipotecarios. Con otras palabras: se trata de buscar una diferenciación entre el *privilegio* y la *hipoteca*, con el único resultado de oscurecer la cuestión, cuando lo único cierto es que la ley señala la prelación entre los créditos concurrentes, asignándoles a algunos de ellos la *preferencia*, o el *privilegio*, o como se quiera llamar, de ser pagados antes de los comunes o batistas".

no se justifica del todo, en la medida en que el tratamiento para un privilegio especial como la prenda y la hipoteca tienen el mismo alcance.

De otra parte, el diseño de la prelación legal debe ser analizado teniendo en cuenta la forma en que el Código Civil concibe el patrimonio del deudor como garantía de sus obligaciones³², lo cual explica que se hable de privilegios generales y especiales, los primeros referidos a que todos los bienes del deudor están afectados de manera predominante y en primacía a la satisfacción del pasivo, y los segundos, a que solo gozan de dicha ventaja con relación a una cosa determinada, lo que se explica por el hecho de que se trata de derechos reales, como sucede con la prenda y la hipoteca. Esta distinción, por demás elemental, se ha construido desde centurias y ha sido pacífica³³;

32 Arturo Alessandri, *La Prelación de Créditos*. (Chile: Editorial Nascimento 1940), 9-10, explica de manera clara la funcionalidad del patrimonio como garantía de las obligaciones del deudor y el derecho de los acreedores a ser pagados con cargo al mismo y al sistema de prelación de créditos así: "5. Principio de igualdad entre los acreedores. Si todos los acreedores tienen el derecho de prenda general, si todos hallan en el patrimonio del deudor su propia y natural garantía, es consecuencia necesaria la de que en principio todos los acreedores tienen el mismo derecho para ser pagados en condiciones iguales. El artículo 2469 expresa esta situación y dice: «Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1618, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y las costas de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata...». Todos los acreedores, cualquiera que sea la naturaleza del crédito, cualquiera que sea el origen o causa del mismo, cualquiera que sea la fecha en que se haya constituido o la naturaleza de la cosa debida, tienen el mismo derecho a concurrir conjuntamente en la distribución de los bienes del deudor para ser pagados en su integridad si los bienes son suficientes, y si no, a prorrata con el producto de la subasta entre todos ellos. Si Primus es acreedor de ciento, recibirá en proporción a ciento, si Secundus es acreedor de veinte, obtendrá en proporción a veinte. 6. Preferencia. Hay acreedores que no están obligados a someterse a esta regla de la igualdad y se pagan antes del reparto de los bienes del deudor. Estos son los que gozan de una causa de preferencia y constituyen la excepción al derecho común".

33 Abel Benito Veiga, *Créditos e insolvencia*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009), 419-420, indica la importancia de la distinción: "Los privilegios generales, son en definitiva, aquellos que recaen sobre la totalidad del patrimonio del deudor. El acreedor con un privilegio general tiene el derecho a ser reintegrado preferentemente cualesquiera que fueren o sean los bienes realizados o vendidos. En cambio, son privilegios especiales aquellos que recaen sobre bienes individualizados y determinados. Su condición privilegiada gravita en el hecho de que el crédito afecta a bienes y derechos específicos para su realización. La prioridad para su pago se hará efectiva a través de una ejecución separada, y por tanto, previa al pago de los créditos con privilegio general como es fácilmente deducible de la lectura conjunta de los artículos 155 y 156 de la norma concursal. La esencia del privilegio especial en cierto modo pivota en torno a dos ideas nucleadoras: la preferencia para su satisfacción dentro de la propia categoría de los créditos privilegiados, son unos privilegios dentro de los privilegios, y la preferencia basada en la afectación de unos bienes y derechos individualizados y determinados sobre los que recae la posible ejecución".

no obstante, algunos vientos de modernidad pretenden cuestionarla con la extensión de ventajas sobre bienes distintos a los garantizados, basados en la premisa de que es necesario salvaguardar el crédito, en especial aquel que es producto de la intermediación financiera³⁴.

De otra parte, y por elemental que parezca, es preciso recordar que el privilegio especial se predica única y exclusivamente del bien gravado, y en esa medida no se extiende o comunica a los demás bienes del deudor³⁵. Este punto ha sido materia de álgidas discusiones en los escenarios de insolvencia, pues si la obligación no se paga con cargo al bien sino con un bien distinto, específicamente con el flujo de caja, su acreencia no tendría por qué ser pagada de manera preferente; no obstante, se ha argumentado en contrario señalando que ello implica desconocer las garantías y hacer inane su constitución y funcionamiento. Lo cual es una muestra más de que aún con reglas legales consolidadas, el asunto en la práctica no es del todo pacífico.

Solo resta agregar que el privilegio especial es oponible a los acreedores de mejor derecho cuando los demás bienes del deudor sean suficientes para la atención de las obligaciones de la primera clase, caso en el cual no es necesario esperar a su satisfacción, y se faculta a los acreedores para que se paguen con cargo al bien del cual se predica el privilegio³⁶.

2.3. CONCEPCIÓN LIQUIDATORIA

Se ha dicho que la prelación de créditos es un sistema que tiene concepción liquidatoria, pues está referido a una satisfacción ordenada que aplica de manera irrestricta en la liquidación, y por eso debe ser dejada de lado en los escenarios recuperatorios. Al respecto, por varias razones cabe decir que es

34 Nicolás Pájaro, "Ejecución, garantías e insolvencia" en *"XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Transformaciones del derecho procesal"* ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1227 a 1258. (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2021), considera: "La cosa gravada no es el límite de las garantías mobiliarias. // La LGM también se apartó enormemente del concepto tradicional de las garantías reales, al permitir la expansión desmedida de la cobertura de la caución, que en la regulación actual puede exceder con creces el ámbito de la cosa gravada. La Ley 1676 de 2013 extendió de manera automática el ámbito de las garantías mobiliarias a los "bienes derivados", expresión con la que se comprenden los frutos naturales o civiles que puedan derivarse de la cosa gravada. En el mismo sentido, en algunos casos la LGM permite que, en caso de enajenación de los bienes gravados, la garantía se mantenga en éstos y que además se extienda a los bienes atribuibles que la hayan sustituido en el patrimonio del garante".

35 Esta filosofía se explica en detalle con la previsión establecida en el artículo 2449 del Código Civil, acerca del ejercicio de la acción real y personal del acreedor hipotecario (acción mixta), caso en el cual aquella no transmite a esta la preferencia que le es propia.

36 Cfr. artículos 2498 y 2500 del Código Civil.

incorrecto estimar que la prelación legal está limitada a los escenarios liquidatorios³⁷: la primera, porque ella impone un deber de corrección del deudor aún en condiciones de normalidad económica, lo que implica claramente que no es posible su prescindencia dadas las bases en que se sustenta, tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-865 de 2004³⁸; y la segunda, porque la regulación también la reconoce de manera expresa en los escenarios recuperatorios dada la insatisfacción del crédito, la afectación de los derechos de los acreedores y la posibilidad de que la extinción de obligaciones en la etapa previa a la insolvencia pueda ser cuestionada por su trasgresión³⁹. Ello muestra claramente que el ordenamiento concibe el instituto para toda clase de concurso, e incluso antes de que se dé inicio al mismo, es decir, en la vida ordinaria de las relaciones comerciales, habida cuenta de que la prelación refleja orden, procura seguridad jurídica y es producto de la valoración política.

Cabe reiterar que la prelación expresa la valoración del legislador en la forma que deben atenderse los créditos, por lo que tiene fuerza vinculante en todos los escenarios, independientemente de la existencia de un proceso de insolvencia, muestra de lo cual son las reglas sobre prelación de embargos, preferencia del acreedor garantizado al momento de hacer postura en el remate y la citación de los acreedores fiscales (DIAN) en los procesos ejecutivos. Cosa distinta es que esa camisa de fuerza no sea un estímulo o, más bien, constituya un desestímulo en los ejercicios de recuperación empresarial. En ese sentido, cabe recordar que bajo la vigencia de la Ley 222 de 1995 se reconoció⁴⁰ que la prelación era un obstáculo para la celebración de

37 Arturo Alessandri, *La Prelación de Créditos*. (Chile: Editorial Nascimento, 1940), 9, indica: "No es necesario para que se apliquen que el deudor esté en quiebra o haya hecho cesión de bienes. No es sólo en el juicio de quiebras donde se suscita el problema de la prelación de créditos, sino en toda circunstancia en que dos o más acreedores pretenden ser pagados en los mismos bienes".

38 En dicha ocasión, precisó: "La Corte llama la atención sobre la aplicación que debe tener la figura de la 'prelación de créditos', prevista en los artículos 2493 y subsiguientes del Código Civil. La prelación, según la teoría general de las obligaciones, no es asunto que deba respetarse exclusivamente durante el trámite de los procesos concursales, sino que también obliga durante la vida ordinaria de la sociedad. De manera que, no podría considerarse ajustado a derecho, la actitud de algunas sociedades consistente en darle prelación al pago de obligaciones distintas a las laborales, deshonorado la preferencia prevista por el legislador. Una actitud en dicho sentido, podría considerarse defraudatoria de los intereses de los trabajadores y pensionados".

39 Sobre el particular, son de claridad meridiana las previsiones en la regulación de la acción revocatoria concursal, en especial las dispuestas para los escenarios recuperatorios. Cfr. artículos 47 del Decreto 350 de 1989, 146 de la Ley 222 de 1995 y 39 de la Ley 550 de 1999.

40 En cuanto a las dificultades en la aplicación de manera irrestricta de las reglas de prelación de créditos en el concurso recuperatorio Cfr. Álvaro Isaza y Juan José Rodríguez,

acuerdos concordatarios, preocupación que fue acogida por la Ley 550 de 1999⁴¹, y que de una u otra forma reconoció las dificultades generadas como consecuencia de un orden rígido.

La rigidez de la figura y su poca flexibilización en los escenarios de salvamento empresarial se puede explicar por el hecho de que al momento de la expedición del Código Civil no existían concursos recuperatorios como se conciben hoy, pues la insolvencia se contemplaba desde una perspectiva peligrosista, y en esa medida su objetivo era satisfacer las acreencias en el orden previsto por el legislador, sin que existieran consideraciones adicionales, como la recuperación de la empresa o la creación de beneficios para aquellos acreedores que contribuyeran a dicho propósito, y que hoy se reclaman como necesarias.

En todo caso, se insiste en que, dados los fines que persigue el escenario recuperatorio, es necesario atemperar las reglas de prelación legal otorgando a las partes libertad para construir soluciones acordes con la realidad empresarial, que privilegien la recuperación y que no se traduzcan en tratos vejatorios. En esa medida, nada impediría, por ejemplo, que, existiendo obligaciones fiscales pendientes, se haga una dación en pago a un acreedor de cuarta clase como contraprestación a una quita o a la renuncia al reconocimiento y pago de sus intereses, lo cual no solo favorece los intereses de la compañía sino que, además, no afecta al acreedor fiscal dada su negativa a recibir daciones en pago para extinguir sus obligaciones. En consecuencia, se trata de habilitar mecanismos negociales que conduzcan a la recuperación de la empresa. Por fortuna, y como quedó visto, hoy las normas legales permiten dichas estipulaciones; no obstante, existe la tendencia a limitar su aplicación o condicionarla, lo cual sin duda constituye un grave retroceso en la práctica concursal.

2.4. INCIDENCIA CONSTITUCIONAL⁴²

Un estudio del instituto de prelación de créditos no puede prescindir de un análisis constitucional, en especial si se toma en cuenta que a partir de la Carta Política las reglas legales tienen una nueva lectura⁴³. Paradigma

"Hacia una nueva prelación de créditos" en *"Nuevos retos del derecho comercial"* (ed. Colegio de Abogados de Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2000.) 119 -146.

41 Cfr. numeral segundo del artículo 33.

42 Sobre la constitucionalización del derecho privado cfr. Larroumet, C. *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello de Juristas franco-latino-americanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Editorial Universidad del Rosario, 2007.

43 Para mayor ilustración respecto de cómo las decisiones de la Corte Constitucional han dado un nuevo contenido a estas reglas cfr. Juan José Rodríguez, "El derecho concursal

de ello es la sentencia C-092 de 2002 que dispuso de manera categórica la preferencia de las obligaciones alimentarias por encima de las demás, y que ha dado lugar a que, al valorar las reglas legales en materia de insolvencia, la Corte Constitucional insista en su protección. Prueba de ello son: la sentencia C-145 de 2018 y las proferidas en el control de constitucionalidad de los Decretos Legislativos 560⁴⁴ y 772 de 2020⁴⁵, en las cuales se precisó que

colombiano a la luz de la constitución", *Revista e-mercatoria*, 7(2), 2008, 1-53, disponible en: <https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2041/1828>

- 44 Así, la Corte Constitucional en sentencia C-237 de 2020, M. P.: José Fernando Reyes Cuartas, consideró: "[...] 170. La primera cuestión se relaciona con la permisión de aplazamiento para el pago de los gastos de administración y plantea un asunto relevante desde la perspectiva del juicio de no contradicción específica. Allí se prevé que se encuentran excluidos de esa autorización, el pago de salarios, aportes parafiscales y obligaciones con el sistema de seguridad social. Aunque los créditos por alimentos a favor de menores no constituyen, en estricto sentido, un gasto de administración de modo que podría decirse que la regulación juzgada no le sería aplicable, la Corte estima necesario precisar que la especial preferencia que tienen dichos créditos (art. 44) implica que no resulta posible, en ningún caso, realizar su aplazamiento. Los alimentos establecidos a favor de los menores constituyen una expresión del interés superior del menor y de la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás, de modo que su satisfacción, por regla general, resulta inaplazable. En estrecha conexión con lo dicho al juzgar el artículo 3.º del decreto la Corte encuentra que también existe un deber constitucional específico de adoptar todas las medidas requeridas para que, en los procesos concursales, se proteja especialmente a los adultos mayores según lo dispuesto en los artículos 13 y 46 de la Constitución. Ello implica que la autorización de aplazamiento tampoco abarca los créditos por alimentos establecidos a favor de mayores adultos. // 171. Teniendo en cuenta que a la disposición podría adscribirse una interpretación contraria a la Carta, la Corte condicionará el alcance del numeral 3º del párrafo primero en el sentido de que *también se encuentran excluidos de la permisión de aplazamiento los créditos de alimentos establecidos a favor de los menores y los adultos mayores*".
- 45 Por su parte, en sentencia C-378 de 2020, M. P.: Diana Fajardo Rivera, se precisó: "[...] 373. En la Sentencia C-237 de 2020 la Corte estableció que, en general, la permisión de aplazamiento del pago de los gastos de administración era compatible con la Carta. La Corte precisó, sin embargo, que aunque los créditos por alimentos a favor de menores o adultos mayores no constituyen un gasto de administración –de modo que podría decirse que la regulación juzgada no les sería aplicable– era indispensable precisar que la especial preferencia que tienen dichos créditos implica que no resulta posible, en ningún caso, su aplazamiento. Por ello, teniendo en cuenta que a la disposición podría adscribirse una interpretación contraria a la Constitución (Artículos 13, 44 y 46), declaró la exequibilidad del numeral 3 del párrafo primero del Artículo 8 en el entendido que también se encuentran excluidos de la permisión de aplazamiento los créditos de alimentos a favor de menores de 18 años y adultos mayores. // 374. En este contexto, el artículo bajo examen en esta oportunidad delimita el alcance del numeral 3 del párrafo 1 del Artículo 8 del Decreto 560 de 2020. Prevé las condiciones para el ejercicio del derecho allí establecido y las consecuencias en el evento de que se configure un abuso del mismo. *Primero*, (i) señala que el derecho a aplazar el pago de los gastos de administración debe adecuarse al principio de buena fe. *Segundo*, (ii) califica como abuso del derecho el aplazamiento cuando (a) resulta en un incumplimiento

la desatención de los gastos de administración y la creación de instrumentos de recuperación de la actividad empresarial no pueden ir en contravía de los derechos de los menores y de los trabajadores.

En ese orden de ideas, conviene recordar que la Constitución reconoce la existencia de sujetos de especial protección y en esa medida la aplicación de las reglas legales no puede ir en contravía de ellos⁴⁶. Al respecto vale traer a colación las apreciaciones contenidas en la sentencia SU-1023 de 2001 sobre los derechos de los pensionados, en especial su no afectación por el acceso tardío al proceso de insolvencia. De igual forma, son contundentes las apreciaciones del operador jurídico⁴⁷ que privilegian los derechos de los pensionados sobre los trabajadores dado el carácter tuitivo frente a aquellos.

Finalmente, en este análisis cobra especial protagonismo el juez de tutela, bajo la premisa de que la aplicación de las reglas de prelación en ningún caso puede afectar derechos fundamentales. La necesidad de contar con instrumentos para su protección no puede estar en tela de discusión, y en esa medida es claro que el sistema de prelación no puede ir en contravía de mandatos superiores como los contenidos en la Constitución. Se advierte que el juez de insolvencia es también juez constitucional, llamado a la defensa de

generalizado de los gastos de administración y (b) no cuenta con una justificación operativa y el deudor dispone de flujo de caja suficiente. Tercero, (iii) prescribe que en aquellos casos en los cuales se produzca un incumplimiento generalizado en el pago de los gastos de administración, la autoridad no podrá confirmar el acuerdo de reorganización. Este artículo tiene entonces por objeto delimitar la facultad del deudor para disponer el aplazamiento -no cumplimiento- del pago de las acreencias relativas a los gastos que debe asumir el empresario para continuar sus actividades ordinarias. // (...) 376. Para la Sala Plena, el Artículo 8 supera el juicio de finalidad toda vez que la medida tiene por objeto precisar las condiciones de ejercicio de un derecho y los efectos de su incumplimiento durante el trámite de negociación de emergencia regulado en el Decreto 560 de 2020. El artículo pretende evitar que el deudor, en perjuicio de los acreedores que concurren al proceso de negociación, aplase de manera generalizada o injustificada el cumplimiento de sus obligaciones correspondientes al giro ordinario de sus negocios. En ese sentido, la armonización de los intereses del empresario y de los acreedores que subyace a la disposición demandada, se dirige a impedir la extensión o agravación de los efectos económicos asociados al estado de emergencia declarado. Es importante precisar que aunque fueron expedidos al amparo de estados de emergencia diferentes, el Decreto Legislativo 560 y el Decreto Legislativo 772 del año en curso, son regulaciones estrechamente vinculadas dado que tienen por finalidad establecer un marco jurídico temporal en materia de insolvencia”.

46 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-307 de 1998, M. P.: Fabio Morón Díaz y T-558 de 1997, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

47 En los procesos de liquidación judicial de compañías que tienen a su cargo pasivo pensional y laboral, el juez del concurso ha sido claro en el sentido de que se debe atender de manera preferente el primero pese a que las normas hablen genéricamente de acreencias laborales, calidad que es predicable de ambos. No obstante, el hecho de que sean sujetos de especial protección, en especial la que se les ha dado en la jurisprudencia constitucional, impone dicha conclusión.

la Constitución, por lo que no se puede refugiar en una mera aplicación de la norma legal y prescindir de un análisis mucho más complejo.

3. PROBLEMAS EN SU APLICACIÓN

La prelación es un sistema de ventajas, de diferenciación, y en esa medida es necesario tener en cuenta que para la vida de los negocios y el derecho es imposible considerar a todos los acreedores como iguales o, si se quiere, simétricos, por cuanto, siguiendo la visión aristotélica⁴⁸, la igualdad es la medida idónea para la construcción de un orden justo. En todo caso, es necesario tener en cuenta que un parámetro de igualdad plena no es acorde con la realidad social, política y económica, por lo que todo esquema de prelación de créditos encuentra legitimidad en el reconocimiento y distinción entre los acreedores, procurando un sistema mucho más cercano a la realidad y menos utópico, que incentive las relaciones crediticias.

De todas formas, conviene precisar que dichas distinciones o diferenciaciones deben estar soportadas en elementos de juicio objetivos, tangibles, proporcionales, razonables y en ningún caso pueden obedecer a situaciones discriminatorias. Este ejercicio incumbe de manera exclusiva al legislador, quien dependiendo de la realidad histórica, social, económica y política puede determinar la necesidad de disponer tratos diferenciales entre los acreedores.

3.1. NO INCENTIVA LA RECUPERACIÓN

Se ha dicho que el sistema de prelación legal no contribuye a la recuperación de la empresa, y es por ello por lo que se ha requerido su atemperación en los escenarios de salvamento, pues es necesario privilegiar a aquel que favorece tal propósito, dado el interés público que gira alrededor suyo. En ese sentido, fueron bienvenidas las reglas de la Ley 550 de 1999⁴⁹ y su equivalente

48 Aristóteles, *Magna Moralia*, 2011c, 1193b: 171: "Pues bien, lo justo respecto al otro es, por decirlo brevemente, lo igual, pues lo injusto es lo desigual. Porque cuando uno se asigna a sí mismo la mayor cantidad de bienes y la menor cantidad de males, esto es desigual, y se opina que es de este modo como se comete y se padece la injusticia. Es evidente, por tanto, que dado que la injusticia consiste en partes desiguales, la justicia y lo justo estriban en la igualdad de las obligaciones contractuales".

49 "Artículo 34. *Efectos del acuerdo de reestructuración*. Como consecuencia de la función social de la empresa los acuerdos de reestructuración celebrados en los términos previstos en la presente ley serán de obligatorio cumplimiento para el empresario o empresarios respectivos y para todos los acreedores internos y externos de la empresa, incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo o que, habiéndolo hecho, no hayan consentido en él, y tendrán los siguientes efectos legales: (...) 12. La aplicación de la prelación de créditos pactada en el acuerdo para el pago de todas las acreencias a cargo del empresario que se hayan causado con anterioridad a la fecha de aviso de iniciación de la negociación, y de todas las acreencias que surjan del acuerdo,

en la Ley 1116 de 2006⁵⁰, estatuto este que por su construcción implica un

sin perjuicio de la preferencia prevista en el numeral 9 del presente Artículo. Dicha prelación se hará efectiva tanto durante la vigencia del acuerdo como con ocasión de la liquidación de la empresa, que sea consecuencia de la terminación del acuerdo, evento en el cual no se aplicarán las reglas sobre prelación de créditos previstas en el Código Civil y en las demás leyes, salvo la prelación reconocida a los créditos pensionales, laborales, de seguridad social, fiscales y de adquirentes de vivienda, y sin perjuicio de aquellos casos individuales en que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante. La prelación de créditos podrá pactarse con el voto favorable de un número plural de acreedores internos o externos que representen por lo menos el sesenta por ciento (60%) de los créditos externos e internos de la empresa, conforme a la lista de votantes y de votos admisibles, y con votos provenientes de diferentes clases de acreedores, en las proporciones previstas en el Artículo 29 de la presente ley".

- 50 "Artículo 41. *Prelación de créditos y ventajas.* En el acuerdo podrá modificarse la prelación de créditos, siempre que sean cumplidas las siguientes condiciones: 1. La decisión sea adoptada con una mayoría superior al sesenta por ciento (60%) de los votos admisibles. // 2. Tenga como propósito facilitar la finalidad del acuerdo de reorganización. // 3. No degrade la clase de ningún acreedor sino que mejore la categoría de aquellos que entreguen recursos frescos o que en general adopten conductas que contribuyan a mejorar el capital de trabajo y la recuperación del deudor. // 4. No afecte la prelación de créditos pensionales, laborales, de la seguridad social, adquirentes de vivienda, sin perjuicio que un pensionado o trabajador, o cualquier otro acreedor, acepte expresamente los efectos de una cláusula del acuerdo referente a un derecho renunciante, siempre que ello conduzca a la recuperación de su crédito. // La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales, podrá ser compartida a prorrata con aquellos acreedores que durante el proceso hayan entregado nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo, la cual será aplicada inclusive en el evento del proceso de liquidación judicial. Para tal efecto, cada peso nuevo suministrado, dará prelación a un peso de la deuda anterior. La prelación no es aplicable por la capitalización de pasivos, ni por la mera continuación de los contratos de tracto sucesivo. // Para el caso de nuevas capitalizaciones que generen ingreso de recursos frescos al deudor, durante el proceso y ejecución del acuerdo de reorganización, los inversionistas que realicen tales aportes de capital, además de las ventajas anteriores, al momento de su liquidación, tendrán prelación en el reembolso de su remanente frente a otros aportes y hasta por el monto de los nuevos recursos aportados. // Los acreedores que entreguen al deudor nuevos recursos, condonen parcialmente sus obligaciones, otorguen quitas, plazos de gracia especiales, podrán obtener, como contraprestación las ventajas que en el acuerdo se otorguen a todos aquellos que concedan los mismos beneficios al deudor. // Parágrafo 1o. En el evento de no cumplirse el acuerdo de manera tal que satisfaga las obligaciones que han renunciado a prelación o preferencia, estas recuperarán dicha prelación o preferencia cualquiera que sea la modalidad con la que concluya el proceso de insolvencia. // Parágrafo 2o. Los créditos laborales podrán capitalizarse siempre y cuando sus titulares convengan, individual y expresamente, las condiciones, proporciones, cuantías y plazos en que se mantenga o modifique, total o parcialmente la prelación que le corresponde como acreencias privilegiadas. En caso de incumplimiento del acuerdo de reorganización los créditos laborales capitalizados recuperan la prelación de primer grado para efectos del acuerdo de adjudicación y el de liquidación judicial. // Parágrafo 3o. <Parágrafo adicionado por el artículo 85 de la Ley 2277 de 2022. El nuevo texto es el siguiente: La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales no será obstáculo para el logro del acuerdo de

retroceso dadas las restricciones y condiciones allí establecidas, evidenciando que para todos, y en especial para el operador jurídico, es mucho más cómodo limitarse a las reglas legales que imponen una verificación simple, que atender ejercicios más complejos donde deba emplear la imaginación, la creatividad, el sentido común y la racionalidad. Este es un asunto pendiente que exige de todos, en especial del operador jurídico, un replanteo de fondo que supere una estructura cerrada y por estancos, adentrándose en la naturaleza de cada caso.

El ejercicio de flexibilización que honra la autonomía privada y reconoce la capacidad creativa de quienes construyen un negocio jurídico, que se ha estimado razonable y sensato en los escenarios recuperatorios, ha sufrido una mengua considerable con la modificación introducida por el artículo 85 de la Ley 2277 de 2022⁵¹, según el cual la flexibilización pensada para que se paguen los acreedores de menor rango antes que los acreedores fiscales exige la constitución de una garantía mobiliaria, o el otorgamiento de una póliza de seguro que ampare con suficiencia el valor de su deuda, modificación del todo impráctica pues, dada su condición patrimonial crítica, no existe la posibilidad de que el deudor concursado obtenga una póliza de seguro, y tampoco es factible la constitución de garantías mobiliarias pues el deudor ya ha hecho dicho ejercicio antes del inicio del proceso. Lo anterior es muestra de un interés mezquino en favor del acreedor público, del desconocimiento de la recuperación de la empresa y de una realidad cambiante y dinámica. En resumen: un retroceso más.

La nueva regulación impide que acreedores de la cuarta o quinta clase reciban daciones en pago en contraprestación al otorgamiento de ventajas como la condonación de deudas o la remisión de intereses, volviendo al esquema del Decreto 350 de 1989 y la Ley 222 de 1995 que imponían un orden cerrado de pagos y que impedían consecuentemente la recuperación de la empresa⁵².

reorganización siempre que se constituya una garantía real o mobiliaria o mediante póliza de seguro por el valor de la acreencia a favor de la DIAN y demás autoridades fiscales. La obstaculización injustificada del acuerdo de reorganización por parte de la administración tributaria o fiscal constituirá falta disciplinaria”.

51 “Artículo 85. Adiciónese un parágrafo 3 al artículo 41 de la Ley 1116 de 2006, así: // Parágrafo 3. La prelación de las obligaciones de la DIAN y demás autoridades fiscales no será obstáculo para el logro. del acuerdo de reorganización siempre que se constituya una garantía real o mobiliaria o mediante póliza de seguro por el valor de la acreencia a favor de la DIAN y demás autoridades fiscales, La obstaculización injustificada del acuerdo de reorganización por parte de la administración tributaria o fiscal constituirá falta disciplinaria”.

52 Álvaro Isaza y Juan José Rodríguez, “Hacia una nueva prelación de créditos” en “Nuevos retos del derecho comercial” ed. Colegio de Abogados de Medellín. 119 a 146. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2000.

En este aparte cabe una primera conclusión: en los mecanismos recuperatorios la prelación no puede ir en contra del interés de rescatar la empresa, y es claro que su aplicación irrestricta en muchas oportunidades es contraria a ello⁵³. En ese aspecto se debe resaltar que desde el Decreto 410 de 1971⁵⁴, es decir, desde hace más de cincuenta años, el legislador consideró razonable que se pudieran efectuar pagos anticipados a los acreedores previa autorización del juez del concurso, para lo cual el operador jurídico planteó los criterios de urgencia, conveniencia y necesidad⁵⁵. No obstante, es importante tener en cuenta que en muchas ocasiones la práctica judicial llevó a que dichos criterios se convirtieran en barreras imposibles de superar por la forma en que el operador judicial los asumía⁵⁶. Este reproche es igualmente predicable de la forma en que aplicó la regla de flexibilidad en el pago de obligaciones inferiores al 5% introducida por el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010⁵⁷, y la reciente reglamentación de los decretos de emergencia⁵⁸ que introdujo la

53 En la exposición de motivos de la Ley 550 de 1999 se lee: "Las prelacións tienen sentido ante la insuficiencia de los activos o, en cualquier caso, cuando se pretende liquidar su patrimonio; de resto, en la práctica su rigidez dificulta la finalidad primordial de los concursos, por lo menos en los casos de empresas recuperables y que consiste en <<imponer la cooperación entre los acreedores para maximizar la renta total proveniente del patrimonio del deudor>>". Cfr. Superintendencia de Sociedades. *Ley 550 de 1999 Legislación complementaria comentada y concordada*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Superintendencia de Sociedades, 2002.

54 "Artículo 1921. Durante la tramitación del concordato preventivo el deudor conservará la administración de sus bienes y negocios; pero sin autorización del juez del conocimiento no podrá hacer enajenaciones que no estén comprendidas en el giro ordinario de sus negocios, ni constituir cauciones, ni hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, ni hacer reformas o fusiones cuando se trate de sociedades. // No obstante, los acreedores que se hayan hecho parte y que representen más de la mitad del valor de los créditos admitidos al proceso, podrán nombrar libremente un vigilante o contralor de la administración ejercida por el deudor o solicitar del juez la adopción de determinadas medidas cautelares. // Para los efectos del inciso anterior el deudor mantendrá a disposición del juez sus libros y papeles de comercio".

55 Dicha posibilidad fue refrendada por el numeral 3 del artículo 6.º del Decreto 350 de 1989, el numeral 3 del artículo 98 de la Ley 222 de 1995 y el artículo 17 de la Ley 550 de 1999. En consecuencia, se trata de una constante del legislador frente a los mecanismos recuperatorios y la necesidad de su flexibilización.

56 Cfr. Nicolas Pájaro, "El pago anticipado de pequeñas acreencias en el Decreto 560 de 2020" en *"Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis"* coord. D. Rivera Andrade, (Bogotá: Tirant lo blanch, 2020), 77-130.

57 Al respecto, y pese a que el propósito de la norma era facilitar el pago de los acreedores de menor rango, el operador jurídico siguió insistiendo en los criterios de urgencia, conveniencia y necesidad, y más aún, a través del Decreto 991 de 2018 el legislador reglamentario introdujo limitaciones temporales para dicho ejercicio. Cfr. artículo 2.2.2.9.3.2 del Decreto 1074 de 2015 y que por fortuna hoy se encuentra derogado.

58 Cfr. artículos 2.º del Decreto 842 de 2020 y 3.º del Decreto 560 de 2020.

regla de progresividad imponiendo el pago de obligaciones de menor valor con un criterio ascendente.

De todo lo anterior se concluye que tanto el operador jurídico como el legislador reglamentario son ajenos a criterios dinámicos, pues prefieren parámetros formalistas y contrarios a una sana práctica de negocios con el fin de preservar e insistir en la prelación de créditos y el principio de igualdad. Tristemente todo ello es muestra de un criterio restrictivo, que desconoce los fines de la recuperación empresarial, que se limita a ver el árbol y no el bosque que lo rodea, y que sigue soportándose en el criterio peligrósista de la quiebra.

3.2. VETUSTEZ DE ALGUNAS REGLAS

Se ha dicho que las normas de prelación de créditos son vetustas, afirmación que se soporta en expresiones como “las expensas funerales necesarias del deudor difunto”, “los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor”, o “los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses”, y que hoy se generaliza con ocasión de los fuertes vientos impulsados por el derecho anglosajón y de reformas recientes que por fortuna no tienen mayor asidero cuando se mira la estructura del Código Civil, y en especial la sencillez, claridad y profundidad de su escritura que, a diferencia de las normas actuales, no genera problemas por una deficiente elaboración, y que ha sido enriquecido por la jurisprudencia que lo ha dinamizado y adaptado a las realidades contemporáneas. Se destaca que si bien dichas reglas evidencian un sistema casuístico, lejos de ser un reparo merecen elogio por su precisión, y exigen del operador revisar su funcionalidad⁵⁹.

59 Paola Ordóñez, “Prelación de créditos” en *“Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización”*, t. III, coord. Marcela. Castro de Cifuentes. (Bogotá: Universidad de los Andes y Temis S. A., 2018), 629- 669, considera: “[...] la propuesta de modernización en materia de prelación de créditos es concretamente la sistematización de dicha institución. Si bien se trata de una institución que se ve afectada por las normas en materia de insolvencia y recientemente por las de garantías mobiliarias, también en sede de insolvencia, debe existir un sistema articulado de prelación de créditos en que confluyan todas las posibles instancias en que se aplique y permita coherencia entre las normas de carácter general de contratos y obligaciones, el esfuerzo legislativo debería ser el de proponer un sistema integrado que permita tener mayor seguridad jurídica a la hora de aplicar las distintas instituciones. // El intento de sistematización debe llevar a cabo la actualización de algunas de las disposiciones que han perdido vigencia en materia de prelación de créditos y no han sido reemplazadas por el estándar vigente, pues el hecho de contar con normas desactualizadas ha dado lugar a diversas interpretaciones de los actores jurídicos, sin que haya certeza acerca de la correcta aplicación”.

3.3. NO INCORPORA NUEVAS FIGURAS CONTRACTUALES (FIDUCIA MERCANTIL)

Se ha dicho que el Código es deficiente pues no contempla las figuras de la contemporaneidad, reparo que puede ser superado con una actitud proactiva del operador jurídico que haga énfasis en su funcionalidad y no en apreciaciones formales; si bien es necesario reiterar que la actualización de las reglas de prelación de créditos depende en gran medida de su labor. Muestra de ello son las decisiones adoptadas frente a la fiducia mercantil de garantía y los beneficiarios de área en los proyectos de construcción de inmuebles destinados a vivienda, que acondicionaron las preceptivas normativas a las nuevas realidades de negocio.

De otra parte, es claro que existe una asimetría entre el régimen del Código Civil y el de garantías admisibles para las entidades financieras⁶⁰, pues no todas estas encuadran dentro de la descripción de créditos privilegiados y/o preferentes pese a su real efectividad, como sucede con las garantías otorgadas por el Fondo Nacional de Garantías, referidas fundamentalmente a la posibilidad de recaudo y en las que cobran especial importancia las pólizas de seguro, y en términos generales las garantías a primer requerimiento. En todo caso, es imprescindible resaltar que mal se puede pretender que todas las construcciones negociales que apunten a asegurar el cumplimiento de la prestación queden inmersas en una regulación legal, dado lo cambiante del mundo de los negocios que impone apreciaciones normativas abiertas que honren la funcionalidad del instituto y no restrinjan su aplicación.

3.4. LA DESARTICULACIÓN GENERADA CON LA APLICACIÓN DE LA LEY DE GARANTÍAS MOBILIARIAS

Sea lo primero reconocer la necesidad de permitir a los empresarios, y en general a los particulares, el acceso al crédito en condiciones institucionales estables, razón por la cual se comparten plenamente los propósitos que inspiraron la Ley 1676 de 2013. Asimismo, es claro que la efectividad de las garantías se debe analizar teniendo presente la insolvencia del deudor, por lo que resulta sensato cualquier ejercicio que apunte en esa dirección, más aún si se tiene en cuenta que en el derecho comparado, e incluso en el derecho patrio (Código Civil y Código de Comercio), los acreedores con garantía real podían hacer valer sus acreencias por fuera del proceso concursal. Por tanto, se trata de una regulación que desde esa perspectiva resulta acorde con los objetivos perseguidos.

60 Cfr. Decreto 466 de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, no se puede dejar de lado la afectación que la aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias le generó al sistema de prelación de créditos, en especial por el exceso de reglamentación⁶¹, el cual ha ido más allá de lo que aquella dispone⁶², generando su ruptura con consecuencias complejas. En ese sentido, y con la finalidad desmedida de proteger el derecho del acreedor garantizado, se ha prescindido de presupuestos elementales contruidos desde hace décadas, entre ellos los referidos a la preferencia de los gastos de administración, que se estructuran sobre la necesaria defensa del concurso. Es decir, se ha pensado únicamente en el acreedor y se ha desdicho de este como el escenario para canalizar las diferencias y frustraciones generadas por el incumplimiento del deudor y, mucho más grave, se ha pretendido desconocer el derecho de propiedad del deudor sobre sus bienes que, aun cuando estén garantizados, siguen en su patrimonio, para lo cual se ha recurrido a la técnica de los patrimonios de afectación y de exclusión de activos⁶³.

En esa línea de pensamiento, suscita especial preocupación el hecho de que, so pretexto de aplicar la Ley de Garantías Mobiliarias, se prescinda de instituciones propias del derecho concursal y se deje de lado la ejecutoria de las decisiones judiciales, como la postergación de créditos, al no posponer acreencias que encuadran en la previsión establecida en el artículo 69 de la Ley 1116 de 2006, con el argumento de que también tienen la condición de garantizadas. Es de resaltar que, dada su connotación, la postergación también es un juicio de valoración política de aplicación restrictiva del

61 A juicio del autor existe un exceso en la reglamentación del inciso 7 del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013 en el artículo 2.2.2.4.39 del Decreto 1074 de 2015 que dispuso que los acreedores cuyas obligaciones pactadas a plazos estuvieren al día al momento de apertura del proceso de reorganización podían ser pagadas sin necesidad de autorización judicial y dándoles la condición de gastos de administración. El exceso se evidencia en el hecho de que el artículo 50 solo confiere dicha atribución a partir de la confirmación del acuerdo, y en que, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 1116 de 2006, son gastos de administración las obligaciones causadas a partir del inicio del proceso de reorganización, razón por la cual es desafortunado considerar que una obligación que haya sido pactada a plazos con antelación al inicio del proceso de reorganización tenga la condición de gastos de administración.

62 Un aspecto importante es el registro de las hipotecas en el registro de garantías mobiliarias, y en ese sentido durante el tiempo de vigencia de la ley la Superintendencia de Sociedades ha tenido dos posturas contradictorias: la primera contenida en los Oficios Nos. 220-152055 del 3 de octubre de 2018 y 220-089805 del 28 de agosto de 2019 que estimaban la necesidad del registro para acceder a los beneficios previstos por el artículo 50 de la Ley 1676 de 2013, y la segunda, contenida en el oficio No. 220-042853 del 16 de abril de 2021, que estima que ello es improcedente. Lo anterior muestra claramente que el operador jurídico ha generado dificultades en su aplicación e inseguridad jurídica.

63 Cfr. Superintendencia de Sociedades, Autos Nos. 2020-01-350418 del 21 de julio de 2020 y 2020-01-524286 del 25 de septiembre de 2020.

legislador y del cual no se puede sustraer el operador jurídico. Reparos como estos ponen de presente que el asunto no es pacífico, y muestra de ello son los pronunciamientos⁶⁴ con distintos matices, contenidos y alcances que ha proferido la Superintendencia de Sociedades desde la vigencia de la Ley 1676 de 2013 y hasta la fecha⁶⁵.

En todo caso, y frente a la postura de aquellos que estimaban que el pago preferente establecido en favor del acreedor garantizado se traduciría en un pago inmediato y por encima de los demás acreedores, bajo la premisa de la creación de una nueva categoría crediticia que escapaba a las previsiones del derecho civil y que los consideró como acreedores cero con el único propósito de privilegiarlos en demasía, debe acotarse que en la sentencia C-145 de 2018⁶⁶, aplicando la estructura de dicho estatuto, la Corte Cons-

64 En cuanto a la actual postura de la Superintendencia, resulta de especial importancia, cfr. Guillermo León Ramírez, "La integración e interpretación de las normas sobre límites al ámbito de aplicación de la Ley 1676 de 2013 y el tratamiento de garantías reales en los procesos de insolvencia empresarial" en *"La concursabilidad y sus nuevos retos"* (Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, 2022), 110-131.

65 Al momento de escribir estas líneas la postura de la Superintendencia de Sociedades es la expresada en el Auto No. 2020-01-214315 del 31 de mayo de 2020, proferido dentro del proceso de reorganización de Organización Suma S.A.S.; no obstante, y dado lo variopinto de las posturas, ello constituye fuente de inseguridad jurídica. Se llama la atención en el sentido de que las reglas de prelación de créditos procuran dar certeza; no obstante, la aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias no da cuenta de ello. Dada la naturaleza de este trabajo no es dable ahondar en dicho aspecto.

66 En la providencia se afirmó: "Las normas demandadas, con todo, son susceptibles de una segunda interpretación. Según el artículo 2498 del Código Civil, '[a]fectando a una misma especie crédito de la primera y créditos de la segunda, excluirán éstos a aquéllos; pero si fueren insuficientes los demás bienes para cubrir los créditos de la primera clase, tendrán éstos la preferencia en cuanto al déficit, y concurrirán en dicha especie, en el orden y forma que se expresan en el inciso primero del artículo 2495'. Este precepto significa que el crédito del acreedor con garantía mobiliaria puede excluir a los créditos de primera clase respecto del bien sobre el que recae el derecho real, salvo que los demás bienes del deudor no sean suficientes para cubrirlos, pues en este evento, los créditos de primer grado tendrán preferencia. // De acuerdo con la regla anterior, la exclusión en favor de los créditos de segunda clase respecto de los de primera, entre los que están los créditos de los niños y los de los trabajadores, está condicionada. Ese desplazamiento solamente procede en aquellos supuestos en los cuales el patrimonio remanente sea suficiente para pagar en su totalidad los créditos de quienes se encuentran en el primer grado de prelación. De tal modo, conforme a esta segunda opción interpretativa, la citada regla civil no resulta excepcionada por las normas acusadas, sino que tiene aplicación en el contexto en que ellas operan, respecto del trámite de reorganización. Pues bien, si el alcance de los contenidos demandados es identificado en contexto con el artículo 2498 del Código Civil, la conclusión que se sigue es que aquellos no alteraron la prelación de créditos de los niños y de los trabajadores, en la medida en que se asegurará su pago, en todo caso, antes que los créditos de los acreedores con garantía mobiliaria. // Por consiguiente, conforme a este segundo sentido, las potestades conferidas al acreedor garantizado

titucional articuló la aplicación de la Ley de Garantías Mobiliarias dentro de la estructura dispuesta por él, y en ese sentido señaló que los derechos del acreedor garantizado no se pueden ejercer por encima de las obligaciones alimentarias y laborales, salvo que se acredite que los demás bienes del deudor son suficientes para la atención de dichas obligaciones, y que corresponde a la previsión contenida en los artículos 2498 y 2500 del Código Civil.

3.5. LA PREFERENCIA DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN

Al analizar el sistema de prelación de créditos no se pueden dejar de lado las reglas que el derecho de insolvencia dispone para todas aquellas obligaciones nacidas después del inicio del proceso concursal, y que se explican, de una parte, por el hecho de que no existían en ese momento, por lo que es imposible sujetarlas a él, y de otra, porque su atención es presupuesto necesario para garantizar la funcionalidad del instrumento. En efecto, los fines del concurso recuperatorio no se pueden cumplir si las obligaciones nacidas posteriormente, como aquellas adquiridas con proveedores y trabajadores, no son adecuadamente honradas, entre otras razones porque, conforme a la jurisprudencia constitucional⁶⁷, su desatención es signo indicativo de inviabilidad.

En lo que hace al escenario liquidatorio, es claro que las obligaciones posteriores son indispensables para la realización de sus fines, entre otras, los gastos de vigilancia, los avalúos y los honorarios derivados del manejo contable del liquidador; todas ellas vitales y sin cuya atención oportuna es inviable cualquier escenario colectivo. En el derecho comparado estas acreencias se denominan acreencias con cargo a la masa⁶⁸ y tienen preferencia para su pago, lo cual muestra que se está ante una connotación universal y consensuada.

para que ejecute su garantía por fuera del proceso de reorganización y, así mismo, en caso de hacerse parte del proceso, su obligación sea pagada con preferencia de las de los otros acreedores que participan del acuerdo de reorganización (inciso 2º y primera parte del inciso 6º del artículo 50 de la Ley 1676 de 2013), solo proceden siempre que los demás bienes del deudor sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias de los niños y las salariales y prestaciones derivadas del contratos de trabajo, en caso de haberlas. El juez del concurso deberá verificar y adoptar la correspondiente decisión. Bajo esta interpretación, por lo tanto, las normas censuradas resultan respetuosas de la protección prevalente que la Constitución confiere a los niños (Art. 44 de la C.P.) y de los derechos que la Carta garantiza a los trabajadores (Arts. 25 y 53 de la C.P.). En consecuencia, constituyen una manifestación legítima y razonable de la intervención del Estado en la economía, para el impulso y la promoción de la empresa, mediante el acceso al crédito".

67 Cfr. Sentencia T-299 de 1997, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

68 Carmen Alonso, "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación" en *"Derecho Concursal estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal"* dir. R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezguerra. (Madrid:

De lo anterior se desprende que dichas obligaciones cuentan con preferencia para su pago, adjetivo este que se predica respecto de aquellas objeto del concurso, es decir, las previas al mismo, razón por la cual se ha dispuesto su atención de manera separada y se ha dotado a los acreedores de las herramientas necesarias para lograr su recaudo. Para el efecto el legislador ha utilizado como criterio identificador el de la causación, es decir el de su nacimiento u origen, sin que tenga incidencia alguna el referido a la exigibilidad, debiendo limitarse el análisis a determinar cuándo nació el vínculo.

Teniendo en cuenta dicha circunstancia, con miras a privilegiar acreencias anteriores al concurso y sustraerse del sistema de prelación dispuesto por el Código Civil, y de las reglas del concurso mismo, regulaciones recientes han optado por mutar las obligaciones anteriores (créditos pre-reorganización) convirtiéndolas en posteriores (gastos de administración), con el fin de darles un trato preferente para su atención, desconociendo que el criterio pacífico en esta materia es el de causación, y desnaturalizando, de paso, las estructuras concursales. Ejemplo de ello son dos regulaciones: i) el artículo 2.2.2.4.39 del Decreto Reglamentario 1074 de 2015 que dispuso como gasto de administración la atención de las obligaciones causadas con antelación al inicio del proceso, convenidas a plazo y que se encontraban al día al inicio del proceso de reorganización, pese a que no nacieron con posterioridad a dicho momento, y ii) el artículo 109 del Decreto Ley 403 de 2020⁶⁹ que dispuso que los procesos de cobro coactivo por obligaciones derivadas de juicios de responsabilidad fiscal no se suspenderían por el inicio de un proceso de insolvencia, que las medidas cautelares en ellos decretadas y practicadas prevalecerían sobre las decretadas en el proceso universal, y que serían pagadas de manera preferente sobre las obligaciones objeto del

Dilex S. L., 2003), 357- 408, explica: "Tradicionalmente, como es conocido las deudas de la masa estaban integradas por dos tipos de créditos los gastos de la masa y las obligaciones de la masa. Los primeros incluían todos los realizados para llevar a buen fin el procedimiento concursal (costas y gastos judiciales) y las segundas las contraídas para lograr una adecuada administración y liquidación del patrimonio del deudor (vid. ampliamente Beltrán, *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986. Más abreviadamente, <<Las deudas de la masa>> en *Preferencias de créditos*, Madrid, 2000, págs. 201 y ss.). Todos estos créditos que se originan por la apertura del concurso o cuando éste ya se ha abierto tienen el carácter de extraconcursoales y, por tanto, no entran en competición con los créditos concursales que son los contraídos por el deudor, lo que explica el distinto tratamiento dado a unos y otros. Mientras los primeros son prededucibles y deben ser satisfechos conformen vayan venciendo y en su integridad antes de proceder al reparto de cualquier cantidad a los acreedores concursales, éstos, en cambio, están sujetos, en mayor o menor medida a, las vicisitudes del concurso y deben ser satisfechos conforme a las reglas del mismo".

69 Si bien el artículo fue declarado inexecutable por la sentencia C-113 de 2022 y su inexecutableidad se construyó por haber excedido las facultades conferidas, preocupa que se insista en su contenido.

proceso universal, afectando con ello a los acreedores de mejor derecho, como los laborales, y desarticulando el sistema de insolvencia.

3.6. LA POSTERGACIÓN DE CRÉDITOS

El cierre de este estudio requiere detenerse en un fenómeno ontológicamente opuesto a la prelación, y que ha cobrado mucha fuerza en los estatutos concursales modernos⁷⁰, referido a la posposición de ciertas acreencias, condicionando su satisfacción a la atención previa e integral de las demás, lo que ha sido denominado un sistema de "antiprivilegios". Para el Código Civil existen cinco clases de acreencias, la última de las cuales corresponden a aquellas que carecen de preferencia o privilegio para su pago, conocidas como quirografarias; sin embargo, con ocasión de los estatutos de insolvencia, se ha creado un grupo de acreencias subordinado a las cinco establecidas por dicho estatuto y que se denomina "créditos legalmente postergados".

De su nomenclatura destacamos, que al igual de lo que se sucede con el sistema de privilegios y preferencias, la subordinación tiene fuente legal, está reservada de manera exclusiva al legislador ordinario y también corresponde a un ejercicio de valoración política⁷¹. Sin duda, se trata de una figura de

70 Al respecto, Juan Luis Goldenberg, "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 2015, 91-116, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n2/art06.pdf> indica: "El tratamiento privilegiado se enmarca en un procedimiento en que ha quedado en evidencia la insuficiencia de los bienes del deudor para dar respuesta a todas sus relaciones crediticias, pero debe tener un carácter excepcional a efectos de no alterar las bases de la concursabilidad y la correcta valoración del riesgo de insolvencia. En el contexto del Derecho comparado, la revisión de las normas de prelación de créditos no solo se han detenido en el adelgazamiento de la tutela preferencial, sino que también en la posibilidad de que ciertos créditos resulten minusvalorados en el campo del conflicto de acreedores. La minusvaloración, en todo caso, es apreciada desde la lógica concursal, en que, por razones de justicia distributiva, y funcionales a los fines del concurso, pueden identificarse ciertos elementos constitutivos del crédito o conductuales de su titular que resultan relevantes para generar un nuevo tipo de norma de graduación, en este caso, negativa. // Dicha clase de créditos suele designarse bajo el concepto de la subordinación, haciendo uso de la nomenclatura con la que ella nace terminológicamente en el Derecho norteamericano, aun cuando diversos ordenamientos hayan reconocido la figura mediante denominaciones diversas, bajo las nociones análogas de "postergación" o, como en nuestro sistema jurídico, 'posposición'".

71 Carmen Alonso, "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación" en *"Derecho Concursal estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal"* dir. R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezguerra. (Madrid: Dilex S. L., 2003), 357 a 408. indica: "Como decía, aunque en nuestro derecho no era desconocido la categoría de los créditos subordinados, puede mantenerse que constituye una rigurosa novedad al menos con el análisis y extensión que se hace en la Ley, el reconocimiento de esta categoría de créditos subordinados *ope legis* o *créditos antiprivilegio* que, como su nombre indica, producen el efecto contrario del privilegio.

carácter discriminatorio y por tanto de alcance restringido, y en esa medida no es posible su aplicación analógica o extensiva⁷². Sin perjuicio de ello, nada impide que, en desarrollo de lo previsto por el artículo 15 del Código Civil, los acreedores renuncien a un trato igual y acepten la posposición del pago, ejercicio que no encuadra en el análisis que se explica, pues tiene como fuente la voluntad del respectivo titular.

Una vez examinados los supuestos consagrados en la norma⁷³ se tiene que estos apuntan a varios propósitos: i) sancionar a aquellos acreedores que

Si con éste se intenta favorecer a determinados acreedores frente al resto, dotándoles de un derecho de cobro preferente con el antiprivilegio de lo que se trata es si se permite la expresión, de <<desfavorecer a otros>>, relegándoles al último peldaño de la escala graduatoria, tras de todos los acreedores incluidos los ordinarios. [...] // No cabe duda desde luego, que si el legislador puede introducir discriminaciones entre los acreedores dando un trato de favor a algunos frente a los demás, también puede reconocer discriminaciones negativas en perjuicio de otros, siempre naturalmente que tanto unas como otras se ajusten al principio de razonabilidad".

- 72 Juan Luis Goldenberg, "Los créditos legalmente postpuestos en la Ley 20.720", *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 2015, 91-116, considera: "En este sentido, vid. Vattermoli (n. 5), p. 5. De hecho, es posible notar en la posposición legal similares características a las que conforman el privilegio crediticio, que, conforme explicita Gullón Ballesteros, A., *La prelación de créditos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1962, pp. 18 y 19, se basan en su legalidad, taxatividad, accesoriedad, interpretación estricta e indivisibilidad, particularmente al hacer referencia a los privilegios generales, características que son complementadas por Garrido (n. 1), p. 43 con su relatividad".
- 73 Ley 1116 de 2006. "Artículo 69. *Créditos legalmente postergados en el proceso de reorganización y de liquidación judicial*. Estos créditos serán atendidos, una vez cancelados los demás créditos y corresponden a: 1. Obligaciones con personas especialmente relacionadas con el deudor, salvo aquellas provenientes de recursos entregados después de la admisión al trámite y destinados a la recuperación de la empresa. // 2. Deudas por servicios públicos, si la entidad prestadora se niega a restablecerlos cuando han sido suspendidos sin atender lo dispuesto en la presente ley. // 3. Créditos de los acreedores que intenten pagarse por su propia cuenta a costa de bienes o derechos del deudor, o que incumplan con las obligaciones pactadas en el acuerdo de reorganización o del proceso de liquidación judicial. // 4. Valores derivados de sanciones pactadas mediante acuerdos de voluntades. // 5. Las obligaciones que teniendo la carga de presentarse al trámite de liquidación judicial, no lo hicieren dentro de los términos fijados en la presente ley. // 6. El valor de intereses, en el proceso de liquidación judicial. // 7. Los demás cuya postergación está expresamente prevista en esta ley. // Parágrafo 1o. El pago de los créditos postergados respetará las reglas de prelación legal. // Parágrafo 2o. Para efectos del presente artículo, son personas especialmente relacionadas con el deudor, las siguientes: Las personas jurídicas vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, y aquellas en las cuales exista unidad de propósito y de dirección respecto del deudor. // Administradores, revisores fiscales y apoderados judiciales por salarios u honorarios no contabilizados en su respectivo ejercicio, así como indemnizaciones, sanciones y moratorias, provenientes de conciliaciones, fallos judiciales o actos similares. // Los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas antes mencionadas, siempre que la adquisición hubiera tenido lugar dentro de los dos (2) años anteriores a la iniciación del proceso de insolvencia. // Parágrafo

desconozcan las reglas del concurso, por demás imperativas y que pretendan sustraerse del mismo; ii) reconocer la existencia de acreencias no neutrales, como las existentes entre empresas del mismo grupo empresarial, como expresión de una buena práctica de negocios, y iii) equilibrar los efectos de la insolvencia entre los distintos grupos de acreedores, posponiendo el pago de los valores derivados de sanciones contractuales, y de los intereses en el proceso de liquidación judicial, regla que sin duda procura una justicia más distributiva entre las distintas clases de acreedores. De este breve recuento es claro que son variados los motivos del legislador, aunque se distinguen por un denominador común: la necesidad de contar con una fuente legal y la imposibilidad de aplicarlos de manera extensiva⁷⁴.

En la práctica concursal se ha discutido si la condición de acreedor vinculado se traduce de manera definitiva en postergación; de igual forma se ha pretendido la aplicación de dicha figura al régimen de insolvencia de la persona natural no comerciante, controversias que muestran que el asunto no es del todo pacífico, pero que ponen de presente que dicha figura requiere de disposición legal precisa y específica.

De lo anterior se extrae que el legislador se debate entre dos opciones: la primera, reconocer intereses preferentes que impongan condiciones de pago ventajosas para unos acreedores frente a otros y que corresponde al sistema de prelación legal; la segunda, opuesta a la anterior, apunta a una posposición en la cascada de pagos. Se insiste en que para cualquiera de ellas el legislador no goza de libertad y debe justificar en cada caso, de manera razonada y proporcionada, el beneficio o la desventaja.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto es posible concluir que:

- La prelación de créditos encuentra legitimación en el reconocimiento de la distinción que existe entre los acreedores. En esa medida, el instituto constituye un ejercicio de valoración política que apunta a dar orden y seguridad en las relaciones jurídicas y que en todo caso, debe ser adecuadamente concebido e implementado.
- El único autorizado para definir las reglas de prelación legal es el legislador ordinario y tal labor por tanto escapa a la órbita del Gobierno Nacional y de los jueces, quienes solo deben limitarse a aplicar lo

30. No serán postergadas las obligaciones de los acreedores que suministren nuevos recursos al deudor o que se comprometan a hacerlo en ejecución del acuerdo”.

74 Cfr. Superintendencia de Sociedades, Autos Nos. 400-008679 del 1º de junio de 2016 y 400-014040 del 21 de octubre de 2015.

que la ley ha dispuesto. Solo en esa medida es posible dar seguridad jurídica a quienes intervienen en el tráfico jurídico.

- Es deber del operador jurídico aplicar las reglas de prelación legal en atención a su funcionalidad y a los valores en que se funda, adaptándolas a las nuevas realidades de negocios y descartando interpretaciones formalistas.
- La regulación de la prelación de créditos debe ser confrontada con intereses superiores como los derechos fundamentales y los preceptos constitucionales, razón por la cual en algunos casos los jueces de manera excepcional pueden otorgar prerrogativas a quienes por su especial condición lo requieran.
- La prelación de créditos no se puede limitar a los escenarios liquidatorios pese a que así haya sido concebido, pues las reglas apuntan a cualquier clase concurso y a sus fases previas.
- Frente a los escenarios recuperatorios la figura debe ofrecer respuestas acordes a la realidad empresarial, que privilegien la recuperación mediante su flexibilización.

REFERENCIAS

DOCTRINA

Alessandri, Arturo. *La Prelación de Créditos*. Chile: Editorial Nascimento, 1940.

Alonso, Carmen. "Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación" en *"Derecho Concursal estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal"* dir. R. García Villaverde, A. Alonso Ureba y J. Pulgar Ezguerra. 357 a 408. Madrid: Dilex S. L., 2003.

Bonivento, José Alejandro. *Obligaciones*. Bogotá: Legis, 2020.

Cataño, Sandra Eliana. *El sistema negocial de la fiducia inmobiliaria de proyectos de construcción en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.

Goldenberg, Juan Luis. "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), 2015, 91-116, disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n2/art06.pdf>

Goldenberg, Juan Luis y Gurrea, Aurelio. "El reconocimiento y la clasificación de los créditos en los procedimientos concursales" en *"Derecho de la insolvencia: Un enfoque comparado y funcional"* dir. A. Gurrea Martínez y A. Rouillon. Madrid: Bosch, 2022.

- Hernández, Gabriel. "La reforma al Código de Procedimiento Civil". *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 2003, 287-322, disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v5n1/v5n1a10.pdf>
- Hinestrosa, Fernando. *Tratado de las obligaciones concepto estructura vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Isaza, Álvaro. y Rodríguez, Juan. José. "Hacia una nueva prelación de créditos" en *"Nuevos retos del derecho comercial"* ed. Colegio de Abogados de Medellín. 119 a 146. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 2000.
- Larroumet, Christian. *Constitucionalización del derecho privado. Actas del Tercer Congreso Internacional de la Association Andrés Bello des Juristes franco-latino-américains*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Editorial Universidad del Rosario, 2007.
- Morello, Augusto y Tróccoli, Antonio. *La revisión del contrato*. Buenos Aires: Librería Editora Platense, 1977.
- Ordóñez, Paola. "Prelación de créditos" en *"Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización"*, t. III, coord. M. Castro de Cifuentes. 629 a 669. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis S. A., 2018.
- Ospina, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá: Temis S.A., 2008.
- Pájaro, Nicolás. "El pago anticipado de pequeñas acreencias en el Decreto 560 de 2020" en *"Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis"* coord. D. Rivera Andrade. 77 a 130. Bogotá: Tirant lo blanch, 2020.
- Pájaro, Nicolás. "Ejecución, garantías e insolvencia" en *"XLII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Transformaciones del derecho procesal"* ed. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 1227 a 1258. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal y Universidad Libre, 2021.
- Polanía, Nicolás. "El concurso del constructor". *Asuntos legales*, 2023, disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/nicolas-polania-tello-401471/el-concurso-del-constructor-3547670>
- Ramírez, Guillermo Leon, "La integración e interpretación de las normas sobre límites al ámbito de aplicación de la Ley 1676 de 2013 y el tratamiento de garantías reales en los procesos de insolvencia empresarial" en *"La concursalidad y sus nuevos retos"*. 110 a 131. Bogotá: Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal Capítulo Colombiano, 2022.
- Rodríguez, Juan José. "El derecho concursal colombiano a la luz de la constitución", *Revista e-mercatoria*, 7(2), 2008, 1-53, disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2041/1828>

Rojo, Ángel, "El concurso necesario". *La Venia*, 2004, 8-14, disponible en: <https://economistas.es/wp-content/uploads/sites/6/2013/07/arfr%20-%20concurso%20necesario.pdf>

Veiga, Abel Benito. *Créditos e insolvencia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

Veiga, Abel Benito. *Par condicio omnium creditorum e insolvencia. Entre el mito y la realidad utópica*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2013.

Villanueva, Juan Manuel. *Privilegios*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia C-113 del 24 de marzo de 2022, M. P.; Lizarazo, A. J.

Sentencia C-378 del 2 de septiembre de 2020, M. P.: Fajardo, D.

Sentencia C-237 del 8 de julio de 2020, M. P.: Reyes, J. F.

Sentencia C-145 del 5 de diciembre de 2018, M. P.: Fajardo, D.

Sentencia C-089 del 26 de septiembre de 2018, M. P.: Bernal, C.

Sentencia C-865 del 7 de septiembre de 2004, M. P.: Escobar, R.

Sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002, M. P.: Araujo, J.

Sentencia SU-1023 del 26 de septiembre de 2001, M. P.: Córdoba, J.

Sentencia T-307 del 23 de junio de 1998, M. P.: Morón, F.

Sentencia T-558 del 5 de noviembre de 1997, M. P.: Herrera, H.

Sentencia T-299 del 20 de junio de 1997, M. P.: Cifuentes, E.

Superintendencia de Sociedades

Acta 2018-02-020545 del 11 de octubre de 2018.

Auto 2020-01-524286 del 25 de septiembre de 2020.

Auto 2020-01-350418 del 21 de julio de 2020.

Auto 2020-01-214315 del 31 de mayo de 2020.

Auto 400-011407 del 24 de julio de 2017.

Auto 400-009849 del 8 de junio de 2017.

Auto 400-008679 del 1 de junio de 2016.

Auto 400-014040 del 21 de octubre de 2015.

Auto 440-12389 del 22 de septiembre de 1999.

Auto 410-7500 del 25 de septiembre de 1998.

Oficio 220-042853 del 16 de abril de 2021.

Oficio 220-089805 del 28 de agosto de 2019.

Oficio 220-152055 del 3 de octubre de 2018.

Legislación

Congreso de la República de Colombia

Acto Legislativo 04 del 18 de septiembre de 2019. DO: 51.080.

Ley 84 del 26 de mayo de 1873. DO: 2.867.

Ley 66 del 26 de diciembre de 1968. DO: 32.681.

Ley 50 del 28 de diciembre de 1990. DO: 39.618.

Ley 222 del 20 de diciembre de 1995. DO: 42.156.

Ley 550 del 30 de diciembre de 1999. DO: 43.940.

Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. DO: 46.494.

Ley 1429 del 29 de diciembre de 2010. DO: 47.937.

Ley 1676 del 13 de diciembre de 2013. DO: 48.888.

Ley 1797 del 13 de julio de 2016. DO: 49.933.

Ley 2277 del 13 de diciembre de 2022. DO: 52.247.

Presidente de la República de Colombia

Decreto 410 del 27 de marzo de 1971. DO: 33.339.

Decreto 350 del 16 de febrero de 1989. DO: 38.707.

Decreto 403 del 16 de marzo de 2020. DO: 51.258.

Decreto Ley 466 del 17 de marzo de 2016. DO: 49.818.

Decreto Legislativo 560 del 15 de abril de 2020. DO: 51.286.

Decreto 842 del 13 de junio de 2020. DO: 51.344.

Otras disposiciones

Banco Mundial. *Informe sobre derecho del crédito e insolvencia (ICR ROSC) Colombia.*, 2014.

Gaceta 1500 del Congreso de la República del 15 de diciembre de 2020.

Laudo arbitral del 6 de agosto de 2019 Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. Vs. Agencia Nacional de Infraestructura – ANI.

Superintendencia de Sociedades. *Ley 550 de 1999 Legislación complementaria comentada y concordada*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Superintendencia de Sociedades, 2002.

Superintendencia Financiera de Colombia. *Circular Básica Jurídica*, 2014. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circular-basica-juridica-ce--10083443>