

La vida, muerte y resurrección de las garantías reales en el procedimiento concursal colombiano*

The Life, Death and Resurrection of Secured Credits in the Colombian Bankruptcy Procedure

Luis Guillermo Vélez Cabrera^a

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

Universidad Nacional de Colombia, Colombia

lgvelez@uvpa.net

ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-1077-5359>

Recibido: 28 marzo 2025

Aceptado: 22 abril 2025

Publicado: 05 agosto 2025

Resumen:

Desde 1991, la doctrina y la jurisprudencia constitucional otorgó a los créditos de alimentos y laborales una preferencia absoluta sobre los demás tipos de créditos. La Ley 1676, en sus artículos 50 y 51, modificó esta preferencia a favor de los créditos con garantía real. La Corte Constitucional en la Sentencia C-145/18 consideró que estos artículos eran exequibles si se establecía una interpretación en la cual la preferencia de los créditos con garantía real fuese relacional, en los términos de los artículos 2488 y 2500 del Código Civil. Al aceptar que, si hay bienes suficientes en cabeza del deudor, los créditos con garantía real en el marco concursal pueden ser pagados con preferencia sobre los créditos con protección constitucional, se restaura el balance diseñado por Bello en su Código Civil entre las preferencias del crédito de alcance constitucional y las de origen contractual.

Palabras clave: garantías, derechos reales, prelación de créditos, insolvencia.

Abstract:

Since 1991 Colombian constitutional doctrine and jurisprudence has granted labor and child support credits absolute preference over other types of credits. Articles 50 and 51 of Law 1676 gave senior preference to secured credits. The Constitutional Court in judgment C-145/18 considered that these articles were valid if an interpretation was established where the preference of secured credits was relational not absolute, in terms of articles 2488 and 2500 of the Civil Code. By accepting that, if there are sufficient assets in the debtor's estate, the credits with collateral in an insolvency can be paid in preference to the credits with constitutional protection, the balance between constitutionally recognized credit preferences and those of contractual origin is restored, as was intended in Bello's Civil Code.

Keywords: Secured Transactions, Insolvency, Debtor Rights, Credit Preferences.

Introducción

Al derecho real de garantía se le dio muerte el 30 de enero de 1989 por una comisión de juristas encargada de reformar el régimen de insolvencia colombiano. El acto se consumó en una sesión álgida, como lo atestiguan las actas de la reunión. Aunque todavía no están claros los motivos —pudo haber sido un mero accidente—, lo cierto es que Hernando Devis Echandía proporcionó el arma asesina y el superintendente de sociedades de la época la coartada perfecta. Su homólogo, el superintendente bancario, defendió a la víctima sin mucho éxito. A las 7:05 de esa noche todo había terminado. Las garantías reales en los procesos concursales colombianos habían dejado de existir.

Lo que sigue es la historia de la vida, muerte y resurrección de las garantías reales en el proceso concursal colombiano. De cómo se les dio forma en el Código Civil de Bello y de cómo se articularon en el concurso de acreedores. Es la historia de su auge en el Código de Comercio de 1971 y de su caída, en aquella noche de

Notas del autor

^aAutor de correspondencia. Correo electrónico: lgvelez@uvpa.net

enero. También de lo que siguió después, un cuarto de siglo de limbo fantasmal, hasta que fueron resucitadas por la Ley 1676 y santificadas por la Sentencia C-145 de 2018 de la Corte Constitucional.

Esta es una historia de reformas y contrarreformas, de debates académicos y litigios billonarios, pero, sobre todo, es la historia de cómo las buenas intenciones de unos acaban siendo las tragedias de otros.

El rompecabezas de don Andrés Bello

Al seguir la tradición del derecho romano-castellano, don Andrés Bello configuró su Código Civil como si fuera un rompecabezas.¹ En materia de las garantías del crédito, Bello dividió el problema en cuatro partes que iba concatenando en secuencia lógica. Primero definió los bienes y los derechos reales, luego determinó su relacionamiento con las obligaciones. Después tipificó los contratos de garantía y, por último, expuso los mecanismos de ejecución. Con esta secuencia, el jurista definió, para este tipo de operaciones, la fuente, medio y forma en que se realizaría el pago en caso de incumplimiento.

En el ordenamiento de Bello, dentro de los bienes incorporales, se encuentran los derechos reales (*ius in rem*), que son “los que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.² Estos, según una reciente definición de la doctrina, designan “un haz de poderes directos y autónomos, oponibles a todos, que se tienen respecto de un bien definido”.³

Desde el punto de vista de las obligaciones —siguiendo el ejercicio de encadenamiento lógico propuesto por Bello—, los derechos reales de prenda e hipoteca son especies de caución, que es aquella obligación contraída para seguridad de otra obligación, ya fuese propia o ajena.⁴ Esto hace que la prenda y la hipoteca sean derechos reales en cabeza de un acreedor que recaen sobre una cosa que tiene la vocación suspendida de servir como fuente de pago. Por eso se les considera derechos reales accesorios.⁵ Esta obligación, a su vez, se deriva, usualmente, de una relación contractual entre el acreedor garantizado y el deudor.⁶

El Código Civil define los contratos de garantía real como aquellos que recaen sobre una cosa que ha sido destinada “para la seguridad de un crédito”. En la tradición neoromana continental a estos contratos también se les considera accesorios toda vez que se entiende que dependen de un contrato principal para subsistir.

En Colombia el derecho real de garantía confiere a su titular poderes que varían según algunas particularidades. Por ejemplo, por el tipo de contrato, es decir, si es de prenda o hipoteca; por la clase de bien ofrecido en garantía; o por el desplazamiento de este a la órbita del control del acreedor garantizado. De todas formas, existen algunos atributos comunes entre los diferentes derechos reales de garantía.

La doctrina habla principalmente de dos.⁷ El primero está relacionado con el derecho del acreedor garantizado a que se venda el bien objeto de la garantía para que, con los dineros producidos en dicha enajenación, se le pague el valor de la obligación incumplida.⁸ Esto se conoce como el *ius distrabendi*, que significa algo así como el ‘derecho a vender’.⁹ Y, el segundo, que es una consecuencia del primero, tiene que ver con el derecho del acreedor garantizado de abonarse de manera excluyente y preferente sobre otros acreedores del mismo deudor los dineros resultantes de la venta del bien dado en garantía, o, si fuera el caso, de recibir como parte de pago el bien mismo. Este es el llamado *ius preferendi*.¹⁰

Aunque hay otros, estos dos atributos son los esenciales porque tienen que ver con la activación de la vocación que tiene el bien dado en garantía de ser la *fuentes* de pago y, de manera eventual, el *medio* de pago de la obligación. Esto quiere decir que el dinero con el cual se pagará la obligación incumplida proviene directamente del bien, sea porque se vende o porque se le adjudica al acreedor.¹¹ También quiere decir que, en principio, este dinero no tiene que ser compartido con otras personas. Sin la potestad de ejercer el *ius distrabendi* y el *ius preferendi* por parte del acreedor garantizado, el derecho real de garantía pierde todo su sentido. Ninguno de los demás atributos le presta al acreedor garantizado una función tan relevante como las anteriores.¹²

¿Qué pasa cuando los que tienen que pagar no pagan?: el sistema del Código Civil

El último eslabón en la cadena diseñada por Bello para regular las garantías del crédito tiene que ver con la *forma* en que se hace el pago en caso de incumplimiento. Esto es importante porque el sistema creado por Bello, como ya dijimos, es internamente consistente.¹³ La regla general contenida en el artículo 2488 del Código Civil le permite al acreedor perseguir los bienes del deudor si este le incumple una obligación. Este tipo de cobro singular asigna los derechos con base en el principio de *prior in tempore potior in iure*, o ‘primero en el tiempo, primero en el derecho’. Es decir, el acreedor que no ha recibido su pago puede ejecutar a su deudor y, si lo hace primero, tendrá mejores derechos sobre los bienes de este que los que tendrían otros acreedores que vengan después.¹⁴ El problema surge cuando no es uno sino varios los acreedores del deudor quienes buscan el pago. La regla de *prior tempore* incentiva una carrera en la cual el más rápido tiene más probabilidad de obtener los bienes del deudor. Esto, además de reñir con el sentido de justicia, resulta en el fraccionamiento del patrimonio del deudor y en la destrucción de valor para todos los acreedores.

Por esta razón, cuando el acreedor incumple a varios acreedores de manera simultánea se aplica otra regla: la del artículo 2492 del Código Civil.¹⁵ En este escenario estos pueden “exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos [...] para que con el producto se les satisfaga íntegramente”.¹⁶ Esto es el concurso de acreedores, que no es más que el mecanismo para coordinar el comportamiento de los acreedores ante la cesación masiva de pagos por parte del deudor.

En este escenario no estamos frente a la ejecución individual del deudor, sino frente a una ejecución colectiva o concursal, en la que los acreedores pueden exigir la venta de los bienes que componen la “prenda general” para que se efectúe el pago a cada uno de ellos. La ejecución concursal establece unas reglas de reparto nuevas que buscan orden y equidad en la distribución de los bienes del deudor concursado.

El artículo 2492 citado establece tres reglas de reparto diferentes.¹⁷ La primera es el pago completo y simultáneo a todos los acreedores. Esto ocurre cuando los bienes del deudor son suficientes. La segunda es el pago a prorrata y simultáneo, cuando hay insuficiencia patrimonial, pero no hay preferencias crediticias. Y la tercera se verifica cuando hay insuficiencia patrimonial y preferencias de un crédito, caso que se paga en el orden de prelación legal. Esto altera la prorrata y la simultaneidad, porque se les paga primero a unos acreedores y luego a otros.

La activación del mecanismo de coordinación del artículo 2492 y la imposición de reglas de reparto altera los derechos adquiridos antes del concurso en cabeza de los acreedores.¹⁸ No pueden, por ejemplo, obtener el pago a través de la ejecución individual de la obligación. O el acreedor puede ver sus derechos sustanciales modificados al recibir un pago inferior o en condiciones diferentes a las inicialmente pactadas. No obstante, si los derechos preconcursales de los acreedores se desconocen de manera arbitraria, se pueden generar efectos jurídicos y económicos indeseados. Por ejemplo, se crean incentivos para que el deudor adquiera obligaciones crediticias más allá de su capacidad de pago o se pueda impactar la percepción de inseguridad jurídica en los actores del mercado.

Por lo tanto, la alteración de los derechos preconcursales de carácter sustantivo en cabeza del acreedor está supeditada a la regla de reparto concursal correspondiente. Si, por ejemplo, los bienes del deudor son suficientes para pagarles a todos los acreedores, no habría razón para modificar los derechos sustantivos de los acreedores derivados de obligaciones personales o reales del deudor.¹⁹ Solo bastaría con modificar sus derechos procesales, en especial la potestad de iniciar de manera individual el cobro por la vía ejecutiva. Si, en cambio, no hay bienes suficientes y hay créditos preferentes, los derechos preconcursales sustantivos de los acreedores inevitablemente se verán limitados y afectados por esta condición.

El Código Civil de Bello, como la mayoría de su tipo,²⁰ introduce una elaborada prelación de créditos ordenada en cinco clases, algunas de ellas con numerosas causas. Como es bien conocido, la primera y la segunda causa de la primera clase corresponden en Colombia a los créditos alimentarios y a los originados en el contrato de trabajo, mientras que en la tercera causa de la segunda clase se encuentra el acreedor prendario y, en la tercera clase, el acreedor hipotecario. La existencia de la prelación de créditos activa la tercera regla de reparto del artículo 2492, ya mencionada. Es decir, si en los créditos concursados hay un crédito privilegiado y, además, hay insuficiencia de bienes por parte del deudor, se debe pagar en el orden y de la manera en que indica la cascada de pagos establecida en la ley.

El problema central de este sistema consiste en armonizar dos derechos antagónicos. Por un lado, el derecho real en cabeza del acreedor garantizado con prenda o hipoteca, y, por otro lado, los derechos preferentes de los créditos con privilegio, como los laborales. Mientras que el primero tiene como fuente de pago el bien dado en garantía, el segundo tiene como fuente de pago la prenda general, la cual engloba todos los bienes del deudor, incluyendo aquellos bienes pignorados o hipotecados.

Si la prelación de créditos se entiende de carácter absoluto, la armonización sería imposible, ya que los créditos con mejor derecho siempre y en todas las circunstancias se pagarían primero. Esto generaría una inestabilidad estructural del vínculo real que existe entre el bien dado en garantía, que forma parte de la prenda general, y el acreedor garantizado, quien es el titular del derecho real sobre un bien en particular. Esta inestabilidad pone en peligro el acceso a la fuente de pago preacordada contractualmente entre acreedor y deudor.

Sin embargo, el sistema diseñado por Bello, respetuoso de la autonomía de la voluntad, no entiende que la prelación de créditos sea absoluta, sino relacional o relativa. Así las cosas, Bello introduce un test que podríamos llamar el *test de disponibilidad*, el cual tiene dos partes.

La primera, contenida como ya vimos en el artículo 2492, es la que sirve para determinar cuál regla de reparto se debe aplicar en determinado marco concursal. Esta primera parte del test tiene a su vez dos eslabones: uno, la suficiencia de bienes, caso en cual se aplica la primera regla, es decir, la de pago completo y simultáneo a los acreedores; dos, en caso de insuficiencia patrimonial, el pago a prorata. Surtida esta primera parte, se decidirá si se procede con la siguiente y última regla, la prelación de créditos, que se verifica cuando hay insuficiencia patrimonial y créditos preferentes.

La segunda parte del test de disponibilidad se da a través de dos normas, una para el acreedor prendario y otra para el hipotecario que, en esencia, condicionan el pago al acreedor garantizado con el bien dado en garantía a la existencia de otros bienes que sean suficientes para pagar los créditos con mejor derecho.

En el artículo 2498 del Código Civil se establece como regla general que un crédito de segunda clase, como el crédito prendario, excluirá a los créditos de primera clase, como los laborales, si ambos recaen sobre la misma especie y, siempre y cuando, existan *otros* bienes suficientes en cabeza del deudor para pagarles a los acreedores que cuenten con mejor derecho. Por ejemplo, el acreedor garantizado con una máquina solo podría ejercer su derecho al pago con dicho bien si se establece antes por parte del juez del concurso que existen otros activos del deudor, como inmuebles no gravados, cuentas por cobrar, entre otros, que serían suficientes para atender los créditos con mayor privilegio, como los laborales.

De igual manera, en el artículo 2500, se establece como principio que los créditos de primera clase no se extenderán a los bienes hipotecados, sino en “el caso de no poderse cubrir en su totalidad con los otros bienes del deudor”. Esto quiere decir que priman sobre los acreedores de primera clase, en cuanto a los bienes gravados, los derechos de los acreedores hipotecarios. Lo anterior, salvo que los créditos de primera clase no pudiesen ser cubiertos con los bienes remanentes.

El test de disponibilidad implica que la prelación de créditos es relacional, esto es, que su aplicación lleva a una evaluación previa de los activos y pasivos del deudor para determinar cómo se deben efectuar los pagos en cada caso concreto. Por ejemplo, un deudor tiene activos de cien, entre los cuales hay una máquina con valor de cincuenta pignorada a uno de los acreedores, quien tiene un crédito por igual valor, y hay créditos

laborales por valor de veinte. El acreedor garantizado puede entonces exigir, en el marco concursal, que se venda o adjudique la máquina para pagar su crédito, incluso antes de que se pague el crédito laboral, porque habrá activos remanentes por valor de setenta para atender los créditos de la clase superior.

El tratamiento relacional de la prelación de créditos es lo que le da consistencia al sistema de tutela del crédito diseñado por Andrés Bello. Es mediante la evaluación previa del balance patrimonial del deudor como se logra el respeto a los derechos reales en cabeza de los acreedores garantizados y se da protección de los derechos de los acreedores con créditos preferentes en la escala crediticia.

Para mediados del siglo XIX, cuando el maestro le entregó su borrador de Código Civil al presidente Manuel Montt, la obra de Bello representaba el estado del arte en materia jurídica. Sin embargo, faltaba una pieza del rompecabezas que no aparecería sino hasta el advenimiento del capitalismo industrial un par de décadas después.

Los derechos reales de garantía en el proceso concursal recuperatorio

Bello, al igual que muchos de los codificadores de mediados del siglo XIX, vivía en una sociedad agrícola preindustrial y no estaba familiarizado con la naturaleza de las finanzas del capitalismo avanzado. Por esta razón, la institución jurídica de la quiebra,²¹ en la cual se fija el procedimiento de venta de los bienes del insolvente para el pago a sus acreedores, fue la única modalidad concursal que contempló.²²

Solo hasta la segunda parte del siglo XX se empezó a considerar en Colombia la posibilidad de establecer mecanismos concursales recuperatorios que no partieran del presupuesto de la terminación de la empresa, es decir, de su liquidación. El procedimiento de quiebra y el llamado “concordato resolutorio” no eran instrumentos adecuados para la reorganización de las empresas y el acoplamiento de los flujos de caja al pago del pasivo porque asumían que el valor de la empresa estaba en sus activos y no es su capacidad de generación de caja. Por esta razón, en 1971, el Código de Comercio estableció el concordato preventivo en sus modalidades potestativa y obligatoria, figuras que ofrecían una alternativa concursal a la quiebra.

Estas nuevas instituciones plantearon un problema para el tratamiento de las garantías en el concurso de acreedores que trascendía lo que Bello había contemplado en su momento. Si no había liquidación de los bienes del deudor, como lo establece la quiebra, ¿cómo se debían ejercer los derechos reales en cabeza del acreedor garantizado en el marco del proceso concordatario? La solución que trajo la nueva reglamentación comercial era simple. El artículo 1918 del Código de Comercio establecía que el acreedor garantizado debía concurrir al proceso concursal y, una vez como parte de este, tenía dos posibilidades. Podía no aceptar el acuerdo y exigir ante el juez del concurso la ejecución de la garantía, o podía votar el acuerdo y recibir su pago de conformidad con lo acordado, teniendo la prerrogativa de recibirlo de manera preferente, según la prelación correspondiente y hasta por un monto equivalente al valor de la garantía.²³

Esta solución era un ejercicio de equilibrismo jurídico. Por un lado, intentaba preservar el principio de universalidad, al obligar al acreedor garantizado a hacerse parte del concurso y al poner de manera provisional el bien dado en garantía dentro de la masa de bienes concursados. Por otro lado, preservaba intactos los derechos reales en cabeza del acreedor con garantía real.

En efecto, la única alteración a estos consistía en la modificación de las reglas procesales que le permitían al acreedor garantizado ejercer individualmente su acción ejecutiva, prendaria o hipotecaria, más no alteraba por ministerio de la ley y en aras del concurso, sus derechos sustanciales. En otras palabras, se conservaba en cabeza del acreedor garantizado, pero en el marco concursal, el *ius distrabendi* y el *ius preferendi*, que, como ya se dijo, constituyen los atributos esenciales del derecho real de garantía.

Sin embargo, en la práctica, esta solución implicó una variación sobre el esquema del Código Civil de Bello, ya que ignoraba el test de disponibilidad al permitirle al acreedor garantizado proseguir con la ejecución de la garantía sin consideraciones con los demás acreedores, incluyendo los acreedores de la primera clase. Para

conceptualizar esta violación a la prelación crediticia, se empleó la cómoda fórmula, muchas veces abusada en el derecho concursal colombiano, de la “masa” y “no-masa” —que en últimas constituye un fraccionamiento de la universalidad objetiva—, en la cual la primera está conformada por el patrimonio afecto al concurso y, por lo tanto, a la prelación, y la segunda está exenta del concurso y sujeta al régimen común preconcursal. Al considerar que los créditos con garantía real eran “no-masa”, cualquier discusión sobre preferencias y disponibilidad se volvía superflua, toda vez que la acción real se podía ejercer, de manera conveniente, ante el juez del concurso, pero sin ninguna limitación.

El asesinato del derecho real de garantía

Hernando Devis Echandía tomó la palabra. Era un día de septiembre de 1988 y el notable jurista había sido designado como presidente de una subcomisión para la reforma del concordato y la quiebra, convocada por el gobierno nacional.²⁴

La preocupación —le dijo Devis a sus colegas— es la de acabar con el magnífico negocio que tienen los concordatos para los deudores, pues por una parte los dejan exentos de cuotas de capital y de pago de intereses y en segundo lugar los dejan exentos de persecución judicial.²⁵

Sin excepción, los demás miembros compartieron su apreciación.

La subcomisión y la posterior comisión redactora culminaría su trabajo con la expedición del Decreto 350 de 1989, que derogó el Título I del Libro VI del Código de Comercio referente a los concordatos preventivos.²⁶ Durante los seis años anteriores se habían tramitado en la Superintendencia de Sociedades 190 procesos, cifra que multiplicaba por seis el número de concordatos surtidos en los primeros diez años de vigencia de la normatividad comercial expedida en 1970.²⁷ Y los resultados no habían sido satisfactorios. En general, se consideraba que estos procesos se habían convertido en herramientas de fraude a los acreedores, además de ser lentos y engorrosos.

No obstante, lo que empezó siendo un esfuerzo por corregir los abusos de los deudores en el concordato acabó dando un giro inesperado en la noche del 30 de enero de 1989.

Ya el anteproyecto del decreto, en su artículo 18, había establecido que todos los acreedores del empresario, sin excepción, debían hacer parte del proceso concursal. Esto, al igual que el artículo 1819 del Código de Comercio, incluía a los acreedores garantizados. Sin embargo, a diferencia de la norma anterior, establecía como novedad que los acreedores con garantía real solo podían hacer valer su garantía *dentro* del concordato, conservando la prelación en el pago de sus créditos.²⁸ Esto significa que el acreedor garantizado se quedaba sin la opción de ejecutar su garantía ante el juez del concurso —o ante cualquier otro juez— y que quedaba supeditado a hacerla valer en el marco del acuerdo concordatorio que se llegara a suscribir.

Este pequeño detalle no pasó desapercibido para algunos de los asistentes a la célebre sesión del 30 de enero de 1989. Si estaban obligados a concurrir al concurso, pero *solo* podían hacer valer su garantía dentro de este. Por lo tanto, ¿cuáles eran los derechos que les quedaban a los acreedores garantizados? La respuesta fue que podían participar en el acuerdo y negociar una fórmula de pago o podían abstenerse de participar y quedarían sometidos a la decisión de la mayoría, pudiendo mantener la prelación crediticia que le otorgaba la clase y causa respectiva. En todo caso, no se podían pagar con el bien.²⁹

Esto dejó preocupado al superintendente bancario de la época, Néstor Humberto Martínez, quien pidió a la comisión que considerará un mecanismo distinto al propuesto. “Tengo la impresión de que el derecho real, desde el punto de vista de sus atributos de persecución y preferencia se está perdiendo”, dijo, y es precisamente “frente a los procesos concursales donde realmente se evidencian los atributos propios” de estos derechos.³⁰

Devis Echandía desestimó la inquietud del funcionario. Con la propuesta el derecho de preferencia del acreedor garantizado se mantiene intacto —insistió—, y procedió a leer una nueva versión del artículo:

Artículo 21. Todos los acreedores del empresario deberán hacerse parte en la forma y términos señalados en el numeral 5.º del artículo sexto de este Decreto. Los acreedores garantizados conservarán la preferencia y el orden de prelación para el pago de sus créditos, pero deberán hacerla valer dentro del concordato.

En esta versión, se adicionó a la conservación de la preferencia, el orden de prelación y se reemplazó el “podrán” hacer valer la garantía dentro del concordato por “deberán” hacer valer la garantía. Lo anterior, dijo Devis, tenía como fin darle un “matiz imperativo” a la vinculación del acreedor garantizado al concurso, en lugar del carácter simplemente “facultativo” que traía el anteproyecto.³¹

Con esto se consumó el asesinato de las garantías en el concurso de acreedores recuperatorio. Eran las 7:05 horas de la noche, ya los asistentes estaban cansados de la discusión y querían culminar el trabajo de redacción. Dos semanas después, el presidente de la República firmó el Decreto 350 de 1989.

Cuesta abajo en su rodada: la degradación de las garantías reales en los concursos

En 2006, el Gobierno nacional invitó al Banco Mundial para que evaluara la legislación colombiana en materia de protección y acceso al crédito. La misión, dirigida por Adolfo Rouillon, fue muy crítica de lo que encontró.

[La] legislación —dice el informe— exhibe un sesgo muy adverso [a los acreedores garantizados], despojando a las garantías de su función primaria, que es la protección contra la insolvencia del deudor. Así, la ley concursal tiene la potencialidad de destruir cualquier sistema de garantías reales que establezca la legislación civil o mercantil. La prelación de los créditos con prenda o hipoteca (ya de por sí disminuida por la legislación civil), en los procesos concursales prácticamente se diluye.³²

Y continúa:

El criterio de política legislativa [...] parecería haber sido la protección a ultranza de los deudores en dificultades financieras o insolvencia, en desmedro de los intereses de los acreedores. Fuera ya de ese contexto de crisis, una ley concursal excesivamente sesgada contra los acreedores resulta perjudicial para la expansión del crédito y, por ende, para el desarrollo de la economía.³³

El informe cayó como un “baldado de agua fría” en el Gobierno, el cual se prestaba a iniciar el trámite legislativo de un nuevo régimen de insolvencia empresarial que a la postre desconocía muchas de las recomendaciones formuladas por Rouillon.³⁴ Así las cosas, lo más conveniente era ignorarlo y así lo hicieron.

Esto no fue muy difícil. La disolución de los derechos reales de garantía en el marco concursal colombiano que se había consumado en la noche del 30 de enero de 1989 fue ratificada y profundizada en todas las normas posteriores que reformaron los regímenes de insolvencia.

En 1995, con la expedición de la Ley 222 de ese año, se extendió la disolución de los derechos de los acreedores garantizados, antes limitada al proceso recuperatorio, al proceso liquidatorio o de quiebra, transformado con esa ley en proceso de “liquidación obligatoria”. En el sistema original del Código de Comercio de 1971, el acreedor con garantía real en el proceso de quiebra podía ejecutar su garantía ante el juez de concurso y así obtener el pago de su crédito con el producto del bien.³⁵ Con la reforma de la Ley 222, se eliminó esta posibilidad y se permitió el levantamiento de los gravámenes. Esto hacía que el acreedor garantizado perdiera su derecho real sobre el bien, obligándolo a concurrir en el orden de prelación y por el remanente correspondiente sin la posibilidad de pagarse con el activo pignorado o hipotecado.³⁶

En cuanto a los procesos recuperatorios, la Ley 222 derogó el régimen concordatorio del Decreto 350 de 1989 y lo sustituyó por uno similar. Este conservó el mismo tratamiento a los acreedores garantizados que traía el anterior, pero le dio a la Superintendencia de Sociedades la facultad de levantar los gravámenes “cuando considere que [...] es indispensable para evitar un mayor deterioro de la situación del deudor”.³⁷ Es decir, los

acreedores con garantía real perderían sus derechos sobre el bien, esto es, sus derechos reales, pero tendrían preferencia y prelación para el pago de sus créditos, los cuales debían hacer valer dentro del concordato.³⁸

El concordato regulado por la Ley 222 no duró mucho y acabó siendo otra víctima más de la crisis económica de finales de los noventa al ser reemplazado por una norma de intervención económica, la Ley 550 de 1999. Esta solo se ocupó de regular el proceso recuperatorio —no tocó la liquidación obligatoria— e introdujo el concepto de la reorganización empresarial. Por tratarse de una herramienta para atender una crisis sistémica, degradaba, aún más que las normas anteriores, el tratamiento de los acreedores garantizados. Por ejemplo, extendía la limitación de los derechos de los acreedores garantizados a terceros que actuaban como avalistas, codeudores o fiadores del deudor concursado.³⁹

La ofensiva legislativa fue coadyuvada por la Corte Constitucional, la cual desde mediados de la década de 1990 empezó a reconocer que ciertos créditos tenían una relación inexorable con derechos constitucionales protegidos. El canario en la mina fueron las decisiones sobre créditos pensionales en el marco de la liquidación de empresas sin activos suficientes para cubrirlos.⁴⁰ Luego, se proyectaron sentencias que reconocieron que el pago oportuno de la remuneración salarial constituía un derecho fundamental y que, por lo tanto, todas las prestaciones derivadas del contrato de trabajo tenían ascendencia constitucional y no podían ser degradadas por disposiciones civiles.⁴¹ Finalmente, en 2002, la Corte construyó un privilegio constitucional nuevo y le otorgó la primera causa de la primera clase a los créditos por alimentos a favor de los menores de edad.⁴²

El reconocimiento por parte de la Corte de la existencia de créditos, cuya preferencia no era de origen legal, sino constitucional, confirmó en la doctrina la idea de que la prelación de créditos era absoluta. Es decir que la obligación de pagar algunos créditos primero y en mejores condiciones no admitía excepciones, ni condicionamientos.⁴³ Esta rígida ubicación espacio-temporal de la cascada de pagos, derivada de supuestos mandatos constitucionales, se extendió a todo el ordenamiento jurídico sin ningún tipo de consideración por las circunstancias fácticas específicas del deudor particular.⁴⁴

La razón por la cual se difundió este meme, en el sentido dawkiniano del término,⁴⁵ quizás se debe a la confusión persistente en la doctrina —y la jurisprudencia—, entre los presupuestos del concurso y las reglas de reparto. Mientras que el primero tiene que ver con la cesación plural de pagos por parte del deudor, que activa el mecanismo colectivo-concursal de cobro, el segundo tiene que ver con las diferentes formas en que se reparten los activos del deudor entre los acreedores en el concurso, las cuales, como ya vimos, varían dependiendo de las circunstancias propias del deudor.

La doctrina y la jurisprudencia colombianas suelen no distinguir entre lo uno y lo otro y, de plano, establecen que, activado el concurso, la regla de reparto es la distribución de conformidad con la prelación de créditos. Esta activación automática de la tercera regla de reparto del artículo 2492 del Código Civil ignora la primera parte del test de disponibilidad, que es aquella en la cual se debe establecer si hay suficiencia de bienes en cabeza del deudor, y asume, equivocadamente, que en todo concurso hay por definición insuficiencia patrimonial y, además, créditos privilegiados. Esto, como ya sabemos, no es siempre el caso.

Ignorado el test de disponibilidad en esta primera parte, también se ignora en la segunda. Esta es la que tiene que ver con los créditos con garantía real y que se expresa en los artículos 2498 y 2500 del Código Civil. Pretender que estos artículos no existen y que la prelación de créditos diluye los derechos reales en cabeza del acreedor garantizado lleva necesariamente a la conclusión de que la prelación legal de créditos fija una secuencia espacio-temporal ultrarrígida en la cascada de pagos. Es decir que la prelación de pagos es absoluta.

En el año 2006, algunos meses después del informe de Rouillon, se expidió la Ley 1116. Esta norma constituía el esfuerzo más comprensivo de reforma del régimen de insolvencia desde 1971 e incluía ambos tipos de procesos concursales, los recuperatorios y los liquidatorios. En cuanto al régimen de garantías en el concurso, la norma conservó el tratamiento concursal de estas, que venía siendo la regla desde 1989.

En el artículo 25 de la norma se estableció la obligación de relacionar “todas las acreencias causadas u originadas con anterioridad a la fecha de inicio del proceso” en cabeza del deudor, sin ningún tipo de

excepción. Esto conformaba una universalidad subjetiva estricta que no excluía del concurso a ninguno de los acreedores del deudor concursado. Por otra parte, en el artículo 43 se suspendía la exigibilidad de las garantías reales o gravámenes sin posibilidad de hacerlas efectivas durante la vigencia del acuerdo⁴⁶ y, si este terminaba por incumplimiento, se restablecía de pleno derecho la preferencia otorgada por los gravámenes, lo que de ninguna forma aseguraba el pago de la acreencia con el bien, ya que este se podía enajenar por parte del deudor. En otras palabras, en la liquidación, el acreedor garantizado conservaba su lugar en la escalera crediticia, pero se diluía su fuente de pago, al no poderse pagar directamente con el bien o con el producto de este.

El tratamiento de los acreedores garantizados en el sistema concursal de la Ley 1116 iba en contravía de los paradigmas de este tipo de procesos a nivel mundial. Si bien en el derecho comparado no existe un consenso absoluto sobre el trato de este tipo de acreedores, en la mayoría de jurisdicciones avanzadas, el acreedor con garantía real goza de un privilegio especial sobre todos los demás acreedores.⁴⁷ Este es el caso de los Estados Unidos, Alemania, Japón, China y el Reino Unido, por mencionar algunos. Mientras que, en otras, los derechos de los acreedores garantizados se supeditan a los créditos laborales, pero con estrictas limitaciones, como en Francia, España y Rusia.

Lo que hacía disonante el régimen concursal de la 1116, así como los regímenes vigentes desde 1989, era que este no solo supeditaba el pago del acreedor garantizado a los créditos privilegiados de primera clase, sino que disolvía el derecho real, que en últimas era la fuente de pago del acreedor titular. Esto último era lo que le ponía los pelos de punta a consultores como Rouillon, que periódicamente evaluaban el sistema concursal colombiano, y fue lo que, al final, hizo que el país ocupara el deshonroso lugar número 70 a nivel mundial en el indicador “Obtención de Crédito” del informe anual *Doing Business* del Banco Mundial de 2012.⁴⁸

La resurrección de las garantías en el concurso de acreedores

La Ley 1676 de 2013 es “como una suerte de revolución copernicana” que “unifica, ordena, prioriza, sistematiza y cohesiona todo el derecho patrimonial colombiano”. En Colombia, ahora tenemos “garantías dinámicas, vivas, ágiles, pero eficientes, eficaces tanto ante el incumplimiento y la insolvencia de cara a su ejecutabilidad, aprehensión y apropiación fiduciaria.”⁴⁹

En efecto, la ley de garantías mobiliarias es una de las reformas legales recientes más importantes del derecho privado colombiano porque atiende el centro de gravedad del sistema de protección crédito que

se encuentra en la articulación del sistema individual de tutela del crédito, basado fundamentalmente en la ejecución de las garantías reales, y el sistema de tutela colectiva del crédito, que se articula a través de los procedimientos de insolvencia empresarial.⁵⁰

Los artículos 50, 51 y 52 en la Ley 1676 restauran en cabeza del acreedor garantizado el *ius distrahendi* y el *ius preferendi*, que son los atributos esenciales del derecho real de garantía, y modifican el tratamiento de las garantías reales en el concurso de acreedores, sean de naturaleza recuperatoria o liquidatoria.

En la reorganización se establece que a partir del inicio del proceso “no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro”, lo que significa que el acreedor garantizado, al igual que todos los acreedores del deudor insolvente, está obligado a someterse al concurso como única vía procesal para hacer valer su crédito y el correspondiente derecho real del cual es titular. En el procedimiento de liquidación judicial el bien dado en garantía se entiende excluido de la masa a liquidar. El acreedor garantizado, con el fin de realizar el pago de la obligación a su favor puede solicitar al juez del concurso que lo enajene o que se lo entregue como parte de pago. La exclusión del bien dado en garantía se verifica con posterioridad a la calificación y graduación de créditos. Los términos que darían la apropiación o enajenación dependerán de los elementos propios de la transacción crediticia en cuestión.⁵¹

Después de la aprobación de la Ley 1676, las evaluaciones internacionales hechas al sistema de protección del crédito han sido favorables. El Banco Mundial señala, en una visita posterior a su implementación, que La ley de garantías mobiliarias es “una de las reformas más importantes [que] ha buscado poner remedio a la pérdida y degradación de los derechos de los acreedores con garantías reales, especialmente en el contexto de los procedimientos de insolvencia”.⁵²

El carácter relacional de la prelación de créditos: dos sentencias y una ley

Un reconocido tratadista del derecho de bienes escribió que “por su extraña concepción no es fácil reconocer quién pierde más con [la Ley 1676], si el ya debilitado deudor o el Derecho mismo”.⁵³ Otro dijo que solo “el tiempo y los operadores jurídicos nos darán luces sobre la lectura de esta controversial norma”.⁵⁴ Algunos procesalistas fueron más críticos: “Esta ley [...] es un nuevo producto con vocación de globalización para contribuir a la consolidación del neoliberalismo económico que, como sabemos, apunta en esencia a la protección de su capital”.⁵⁵

No es una sorpresa que los artículos 50, 51 y 52 de la Ley 1676 hayan sido cuestionados en su constitucionalidad. El cambio de paradigma que imponen no es del gusto de todos. Sin embargo, dos decisiones de la Corte Constitucional y una reciente norma ratifican el enfoque originalista que se ha esbozado en este artículo.⁵⁶

La Sentencia C-145/18 fija el parámetro de interpretación y alcance de las normas demandadas. Esta decisión se da en respuesta a una demanda en la cual el accionante argumentaba que el artículo 50 era contrario a la constitución porque le permitía al acreedor garantizado pagarse con preferencia de acreedores constitucionalmente protegidos, como los menores de edad y los trabajadores. Este atentaba contra el principio de igualdad, otorgando privilegios desproporcionados a los acreedores con garantía y violaba al principio de prevalencia del interés general, la función social de la empresa y el principio de unidad de materia legislativa.

La Corte sugiere que una lectura aislada de los artículos 50 y 51 de la Ley 1676 llevaría a concluir que son inconstitucionales pues *prima facie* “hacen prevalecer los derechos de los acreedores con garantía [real] sobre los derechos de los niños y los trabajadores, pese a que ambos tienen explícito respaldo constitucional y no pueden ser desplazados”.⁵⁷ Sin embargo, la Corte considera que es posible una interpretación constitucional de los artículos demandados si se abandona el entendimiento de la prelación crediticia como una regla absoluta y se asume que es relacional o relativo. En palabras de la Corte, “conforme a esta segunda opción interpretativa, la citada regla civil [art. 2495 C. C.] no resulta excepcionada por las normas acusadas, sino que tiene aplicación *en el contexto en que ellas operan*, respecto del trámite de reorganización”.⁵⁸

El sistema concursal del Código Civil nunca se planteó en términos absolutos por su autor. Siempre fue el caso que, en determinadas circunstancias, la ley facultara el pago de créditos de una clase inferior sobre el pago de créditos con preferencias superiores. El carácter relacional de la prelación de créditos se desprende de la lectura sistemática de los artículos 2498 y 2500 del Código Civil.

Honar el derecho real de garantía requiere necesariamente de la relativización de la prelación crediticia en los términos de los artículos anteriores.⁵⁹ El Decreto 350 dinamitó sin darse cuenta el cuidadoso rompecabezas armado por don Andrés Bello. Las garantías no tienen sentido si, cuando más se necesitan — que es en el marco concursal—, los atributos de enajenación y preferencia (*ius distrahendi* y *preferendi*) se encuentran disueltos.

En enfoque originalista de la Sentencia C-145/18 restablece el derecho real de garantía al sistematizar la interpretación de los artículos demandados en las normas sobre prelación de créditos contenidas en el Código

Civil. Esto permite un balance apropiado entre los créditos constitucionalmente protegidos y la necesidad de establecer políticas públicas que incentiven el acceso al crédito.⁶⁰

La clave del análisis es la suficiencia de bienes. Una vez graduados y calificados los créditos constitucionalmente protegidos y establecido el inventario valorado del deudor es posible determinar si habrá o no bienes suficientes en cabeza del deudor para atender los créditos de alimentos y laborales. En caso de que sean suficientes, el acreedor garantizado podrá invocar su derecho al pago preferente con el bien o con lo producido por la venta de este y solicitarle al juez del concurso que en la etapa pertinente del proceso ordene, valoración previa, la enajenación del bien o la adjudicación al acreedor garantizado.⁶¹

Ratificando lo anterior la Sentencia C-483/24 —aunque se inhibió sobre la demanda que pretendía revivir el debate del privilegio, esta vez fundamentado en los promitentes compradores de vivienda— fue consistente en insistir en el carácter relacional de las prelación crediticias del Código Civil.

En los procesos de reestructuración y de validación judicial de acuerdos de reestructuración —dijo el alto tribunal— no hay un escenario de masa patrimonial deficiente y, contrario a lo que plantea el demandante, la preferencia de pago al acreedor garantizado contribuye al interés concursal y, en particular, a que el proyecto inmobiliario llegue a buen término y de esta manera se cumpla con la obligación pactada entre el constructor y los adquirentes de vivienda.⁶²

Se reconoce de manera implícita la pertinencia de lo que aquí hemos llamado el *test de disponibilidad* al condicionar la interpretación constitucional de la norma a un análisis previo sobre la suficiencia de bienes en cabeza del deudor. Esta interpretación relacional permite que el acreedor garantizado se pague primero que los otros acreedores, incluyendo aquellos con privilegios constitucionales, si hay bienes adicionales en la masa para pagarles a estos. Una interpretación absoluta u objetiva del privilegio, como fue la usanza concursal entre 1989 y 2013, se hubiera limitado a cotejar la escalera de privilegios para concluir que el que estaba abajo sencillamente no podría pagarse un centavo antes de que se hubiera satisfecho el crédito completo del que estaba arriba.

Finalmente, y quizás de manera inocente, el parágrafo del artículo 12 de la Ley 2437 de 2024, que establece como normas permanentes los procesos concursales simplificados creados durante la pandemia de la covid-19, dispuso que “las acreencias laborales gozan de especial protección” y que en todos los eventos “deberán ser reconocidas y pagadas preferentemente, en los términos del artículo 2494, 2495, 2496 y 2498 del Código Civil”. La cita explícita de la obra de Bello dentro de un marco interpretativo absoluto se hubiera entendido como una ratificación de la preferencia crediticia que, de manera tradicional, se tenía hasta la expedición de la Ley 1676. Es decir, ni un centavo para el garantizado hasta el pago total de los acreedores de la primera clase o, por lo menos, de los acreedores con privilegio constitucional. Pero, a la luz de las sentencias citadas, la interpretación correcta es la de la preferencia relacional. Los “términos del artículo 2494, 2495, 2496 y 2498 del Código Civil” implican que se debe aplicar el “test de disponibilidad” en los procesos concursales recuperatorios y liquidatorios para verificar la suficiencia de bienes y en caso de existir suficiencia para atender los acreedores con privilegio constitucional se debe pagar a los acreedores garantizados con los bienes dados en garantía, ya sea con el producto de la venta de estos o con su adjudicación material.

Conclusión

Uno de los mayores retos conceptuales del sistema de protección de crédito, diseñado por Andrés Bello, fue compaginar en el marco del concurso de acreedores los derechos reales de garantía, como la prenda y la hipoteca, con los créditos de preferencia legal, como los laborales.

La solución ofrecida por Bello para conservar los atributos de los derechos reales en el concurso fue darles a los créditos de primera clase una preferencia relacional y no absoluta. La erosión de los derechos de los

acreedores con garantías reales en el concurso de acreedores, que había comenzado con la improvisada reforma concordataria de 1989, se aceleró en las décadas posteriores.

La Constitución de 1991 fijó unos parámetros de protección reforzada que fueron luego desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina. Durante años se entendió que los créditos en cabeza de los menores de edad y aquellos derivados del contrato de trabajo primaban de manera absoluta sobre todos los demás. Este entendimiento degradó los derechos de los acreedores con garantía real en el concurso de acreedores. Al incrementarse el riesgo de los acreedores sin preferencia constitucional, como las entidades financieras, se redujo la disponibilidad de crédito y aumentó su costo.

Para corregir el problema de acceso al crédito el Gobierno nacional promovió la Ley 1676 de 2013, que reformó el régimen de garantías reales.⁶³ Como parte de la iniciativa, se modificó la “clave de bóveda” del sistema de tutela de los derechos del crédito, que se encuentra en el tratamiento de los acreedores garantizados en el concurso de acreedores. Con la conservación del principio de universalidad se obliga al acreedor garantizado a ser parte del concurso. Sin embargo, este puede optar, en determinadas etapas procesales, por obtener el pago anticipado del crédito con el bien o con la enajenación de este. En consecuencia, el pago del acreedor garantizado puede resultar primero que el pago a un acreedor con privilegio constitucional.

La Corte Constitucional consideró que este tratamiento era ajustado a la Constitución si se establecía la existencia de otros bienes en cabeza del deudor que fueran suficientes para atender los créditos en cabeza de los menores o aquellos derivados del contrato de trabajo.

Al aceptar que el legislador, en determinadas circunstancias, puede autorizar que los acreedores garantizados se paguen primero que cualquier otro acreedor la Corte Constitucional está reconociendo que la prelación de créditos no tiene un carácter absoluto, sino relacional. Esta relativización de la prelación de créditos se materializa mediante una evaluación previa de la suficiencia material para el pago de una preferencia general y, una vez hecha dicha evaluación, se puede autorizar el pago anticipado y completo a un acreedor con preferencia especial.

Esta fue la intención originaria de don Andrés Bello. Funcionó muy bien hasta 1989, cuando, de manera improvisada, se desbarató un sistema de protección del crédito internamente consistente que había perdurado casi 150 años. La Ley 1676 y la Corte Constitucional lo han restaurado a su funcionalidad. Esperemos que los cantos de sirena del populismo normativo no lo estropeen de nuevo.

Referencias

- Abel Veiga Campo, *Garantías mobiliarias: Ley 1676 de 2013*, Universidad Sergio Arboleda-Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá (2017).
- Adolfo Rouillon, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, en Banco Mundial Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura 5 (Banco Mundial, mayo de 2006). <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/756421468026971713/Colombia-Derechos-de-Cr-233-dito-y-Procesos-Concursales>
- Alejandro Guzmán Brito, *El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile*, 59 Anuario de Derecho Civil 1283-1302 (2006). <https://revista.s.mjusticia.gob.es/index.php/ADC/article/view/3489/3489>
- Banco Mundial, *Informe sobre Derecho del Crédito e Insolvencia (ICR ROSC) para Colombia* (2013).
- “Distrahendus”, Wikipedia, 16 de agosto de 2019. <https://en.wiktionary.org/wiki/distrahendus#Latin>
- Carlos De Cores, *Las garantías reales en mobiliarias en América*, en Carlos De Cores & Enrico Gabrielli *et al.*, 30-31 (Ed. Temis, 2008).
- David Sotomonte Mujica, *Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana*, 4 REVIST@ e - Mercatoria, 1, 4-7 (2005).
- Doing Business: Haciendo negocios en un mundo más transparente* (Banco Mundial-IFC, 2012). <https://archive.doingbusiness.org/es/reports/global-reports/doing-business-2012>

Francisco Ternera, *Derechos reales* 12 (Ed. Temis, 2015).

Fernando Hinestroza, *El Código Civil de Bello en Colombia*, 10 *Revista de Derecho Privado-Universidad Externado de Colombia* 5-27 (enero-junio, 2006).

Guillermo León Ramírez Torres, *Los derechos del acreedor garantizado y la reorganización del deudor en la ley de garantías mobiliarias*, 54 *Revista de Derecho Privado* 1-37 (julio-diciembre, 2014).

Huaiyu Wang, *An International Comparison of Insolvency Laws* 12 (OECD, 2006). <https://www.oecd.org/china/38182541.pdf>

José María Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito* (Civitas Ediciones, 2000).

Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil-bienes derechos reales* 641 (Universidad del Rosario, 2016).

Juan José Rodríguez Espitia, *Aproximación al derecho concursal colombiano*, 6 *REVISTA@ e - Mercatoria*, 2, 5 (2007).

Juan Bautista Parada, *Ley de Garantías Mobiliarias (1676 de 2013) Ley de Insolvencia (1116 de 2006) Interés General. Constitución Política*, Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 690 (Universidad Libre, 2014).

María Brouwer, *Reorganization in US and European Bankruptcy Law*, *European Journal of Law and Economics* (febrero, 2006).

“Meme, neologismo válido”, *Fundéu*, 27 de diciembre de 2018. <https://www.fundeu.es/recomendacion/meme-termino-valido/>

Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos* 1 (Ediciones Medio Siglo, 1989).

Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos* 2 (Ediciones Medio Siglo, 1989).

Notas

* Artículo de investigación

1 Cuando don Andrés Bello le presentó su proyecto de Código Civil al gobierno chileno en octubre de 1852 llevaba más de veinte años trabajando en la obra. En el interregno este trabajador incansable había publicado un tratado de derecho de gentes, dos tratados de derecho romano y una obra maestra del idioma, la *Gramática de la Lengua Castellana*. Más que inspirarse en el Código de Napoleón, el trabajo de Bello, como él mismo lo afirmó, se basa en la codificación del derecho romano hecha por Justiniano y en *Las Siete Partidas* del derecho castellano. Véase Alejandro Guzmán Brito, *El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile* .

2 Art. 665, C. C.

3 Francisco Ternera, *Derechos reales* 12 (Ed. Temis, 2015).

4 Art. 65, C. C.

5 La Ley 1676, en su art. 3, le otorga el carácter de principal al contrato de garantía mobiliaria. Esto parecería contradecir lo establecido tradicionalmente en los ordenamientos occidentales sobre el carácter accesorio de dichos contratos, como lo establece el artículo 2410 de nuestro Código Civil. No obstante, el principio de accesoriedad se debe entender en un sentido funcional, no estructural. Esto quiere decir que el contrato de garantía se debe entender como autónomo de la obligación principal, pero no totalmente ajeno a ella. Sobre esto, véase Carlos De Cores, *Las garantías reales en mobiliarias en América*, en Carlos De Cores & Enrico Gabrielli *et al.*, *El nuevo derecho de las garantías reales* 30-31 (Ed. Temis, 2008).

6 Esto es parte de la definición del contrato de prenda contenida en el art. 2409, C. C. La hipoteca por su parte es, como lo dice el art. 2432 del C. C., el mismo derecho de prenda, pero constituido sobre inmuebles.

7 Vale la pena mencionar otros dos atributos de los derechos reales de garantía. En el caso de la prenda sin desplazamiento la potestad de recuperar la tenencia del bien pignorado si este hubiese salido de la órbita de control del acreedor. Esta facultad de persecución del bien se conoce como el *ius perseguendi*. El otro es la potestad de retener el bien que está en poder del acreedor hasta que el deudor cumpla con una obligación respectiva. Esto es el *ius retentionis*. Ternera, *supra* nota 3, págs. 348-351.

8 Sobre la regulación del *ius distrahendi* en el derecho colombiano privado ver los artículos 2422, 2425 del C. C. y 1202 del C. Co.

9 *Distrahendi* es el genitivo singular neutral del participio *distrahendum* que significa aquello que será vendido, dividido o distribuido. Véase “Distrahendus”, Wikipedia, 16 de agosto de 2019.

10 En el derecho privado colombiano el *ius preferendi* atribuido al derecho real de garantía se manifiesta a través de la prelación legal de créditos. Véanse arts. 2493, 2494 y 2497 del C. C.

11 La derogatoria de la prohibición del llamado pacto comisorio (antiguo inciso 2 del art. 2492 del C. C.), contenida en el artículo 91 de la Ley 1676, abrió la puerta para la posibilidad del pago directo al acreedor garantizado con el bien dado en garantía. Esta potestad se regula en el capítulo III de la ley garantías mobiliarias. Podría decirse que, de existir pacto entre las partes, la apropiación establece una tercera posibilidad para el acreedor garantizado que es la de pagarse directamente con el bien.

12 La función esencial de servir como fuente y medio de pago de la obligación no lo confiere ni el derecho limitado de uso que pudiese tener el acreedor prendario con la tenencia del bien (art. 2428 del C. C. El acreedor prendario puede imputar los frutos del bien pignorado al pago de la deuda), ni el *ius perseguendi*, que es el derecho de perseguir el bien para recobrarlo si este hubiese salido de la órbita de control del acreedor, como tampoco el derecho de retención o *ius retentionis*.

13 Bello comenzó a escribir el Código Civil en 1833, poco tiempo después de su llegada a Chile. Culminó el primer borrador en 1852 y la obra fue promulgada en 1855 (véase Guzmán Brito, *supra* nota 1). La adopción del Código en Colombia fue paulatina pero temprana. Empezó en 1858 en el Estado Soberano de Santander y concluyó en 1873, cuando fue adoptado como Código Civil de la Unión. Fernando Hinestroza, *El Código Civil de Bello en Colombia*, 10 *Revista de Derecho Privado-Universidad Externado de Colombia* 5-27 (enero-junio, 2006). El Código de Bello, al ser una de las primeras codificaciones en Occidente, es una codificación preindustrial. Muchos de las características y desarrollos del comercio moderno eran inexistentes en la época en que Bello escribió su código. No existía, por ejemplo, la sociedad de responsabilidad limitada anónima como la conocemos hoy en día, que es el pilar de la economía capitalista. Aún más importante para efectos del estudio de los aspectos legales del crédito, tampoco que había desarrollado la teoría de valoración de activos por generación de flujos de caja, lo cual ocurrió en los años treinta del siglo pasado.

14 Las reglas de prelación establecidas en el artículo 48 y s.s. de la Ley 1676 buscan resolver el problema de la ejecución singular cuando existen varios acreedores garantizados con un mismo bien. En el pasado, esta situación planteó un desafío a los tratadistas romanos y a los codificadores decimonónicos, quienes no poseían los medios tecnológicos para establecer un sistema efectivo registral de derechos de esta naturaleza. Los registros modernos de garantías, como el que opera Confecámaras en Colombia, resuelven el problema de determinación de derechos con una especificidad temporal que no era posible anteriormente. En este sentido, es posible la ejecución de un deudor por varios acreedores individuales garantizados con un mismo bien, que no necesariamente desemboque en un procedimiento colectivo concursal.

15 Los artículos 2488 y 2492 del C. C. colombiano son idénticos a los artículos 2465 y 2469 del C. C. de Chile. Sobre estos últimos se pronunció la Corte Suprema de Chile mediante sentencia del 29 de julio de 1926, citada en *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil, Tomo XI*, 155. Allí afirmó que “los artículos 2465 (2488 C. C. Col.) y 2469 (2492 C. C. Col.) regulan separada y distintamente, el juicio ejecutivo propiamente tal y el concurso”.

16 Art. 2492 C. C.

17 Las tres reglas de reparto del artículo 2492 se ilustran de la siguiente manera. En la primera, los bienes del deudor son suficientes para pagar los créditos de todos los acreedores, con sus respectivos intereses y costos de cobranza. En este caso la regla de reparto consiste simplemente en pagarle a todos, todo lo que se les debe. La segunda hipótesis es más complicada: los bienes del deudor son insuficientes, caso en el cual la regla de reparto cambia y se establece que el pago se hará “a prorrata”, es decir en proporción al monto del respectivo crédito frente a la totalidad de los demás créditos insolutos del deudor. Por ejemplo, si en total se deben 100 pesos, de los cuales 50 se le deben Juan, 25 a Pedro y 25 a Pablo; y los bienes valen 60 pesos, le corresponderían 30 pesos a Juan, 15 pesos a Pedro y 15 pesos a Pablo. Si hay causas de preferencia de ciertos créditos opera la tercera regla, en la cual se supedita el reparto a prorrata al pago del crédito preferente. Supongamos que en el anterior ejemplo el crédito de Pablo tiene una preferencia; se le pagan primero a Pablo los 25 pesos que le deben y los restantes 35 pesos se reparten a prorrata entre Juan y Pedro, en el que el primero recibe 23,3 pesos y el segundo 11,6 pesos, ya que la acreencia del primero vale el doble que la del segundo.

18 La imposición de las reglas de reparto a los acreedores es la característica esencial del proceso concursal. Sin embargo, para que esto se puede dar se requiere que se concrete la universalidad subjetiva, es decir la presencia de todos los acreedores del deudor en el concurso y la universalidad objetiva, la configuración de la masa de activos. La *par conditio creditorum*, usualmente considerada un principio fundacional del concurso, no es más que una regla de reparto: la del reparto a prorrata, que corresponde a la segunda de las reglas enunciadas en el art. 2492 del C. C.

- 19 De hecho, la definición clásica del concurso como una comunidad de pérdidas es equivocada: se pueden tener concursos de acreedores donde ninguna de las partes pierde nada. Esto es posible cuando el concurso lo desata la falta de liquidez o de caja del deudor, pero hay activos suficientes para honrar el pasivo. Si es liquidatorio, el concurso simplifica y ordena la disposición de activos y pasivos y la entrega de los remanentes al deudor. Sobre el concurso como comunidad de pérdidas, véase C. Const., Sent. T-079/10, feb. 11/2010. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- 20 Para un completo repaso sobre la historia de las preferencias del crédito en las principales jurisdicciones, véase José María Garrido, *Tratado de las preferencias del crédito* (Civitas Ediciones, 2000).
- 21 No obstante, la posibilidad de llegar a acuerdos entre acreedores comerciantes y el deudor, en el marco de la quiebra, existía en el derecho colombiano por lo menos desde la expedición del Código de Comercio Nacional (1853). Esta alternativa que fue ratificada en el Código de Comercio del Estado de Panamá (1869 y 1887), el cual permitía el llamado “concordato resolutorio”. La necesidad de afrontar la cesación de pagos de las empresas a través de soluciones prácticas, aunque todavía dentro de la quiebra, empezó a abrirse camino en el Decreto 750 de 1940 que permitió la celebración de “convenios amigables”, en el cual una mayoría calificada de acreedores podía acordar una fórmula consensuada de liquidación que podía incluir la continuidad de la empresa o parte de ella, figura que también se conoció como “concordato resolutorio”. Véase David Sotomonte Mujica, *Los presupuestos del concurso en la legislación colombiana* en 4 REVISTA@ e - Mercatoria 1, 4-7 (2005) y Juan José Rodríguez Espitia, *Aproximación al derecho concursal colombiano*, 6 REVISTA@ e - Mercatoria 2, 5 (2007).
- 22 Aunque no se trataba solo de un problema conceptual. Muchos países europeos industrializados, como Francia, Alemania, y Gran Bretaña se aferraron a los procedimientos de quiebra tradicionales y no adoptaron soluciones prácticas al problema de la cesación de pagos, como el proceso de reorganización empresarial que regía en Estados Unidos, sino hasta entrado el siglo XXI. Tal vez el peso de tradición jurídica era demasiado grande. Sobre este fenómeno, véase María Brouwer, *Reorganization in US and European Bankruptcy Law*, en *European Journal of Law and Economics* (febrero, 2006).
- 23 Art. 1918. C. Co.: “Presentación en el proceso de los acreedores con garantías reales - alternativas durante el proceso. Los acreedores con garantías reales también deberán hacerse parte en el proceso y podrán, a su elección: 1°. Abstenerse de concurrir a las deliberaciones, o intervenir en ellas, pero sin votar las decisiones, para ejercitar sus acciones reales en forma legal y ante el mismo juez que esté tramitando el concordato, y 2°. Intervenir, con voz y voto, sin menoscabo de la prelación legal que les corresponda para el pago del total de sus créditos hasta donde lo permita el valor que se fije en el concordato para los bienes gravados, concurriendo a prorrata por el déficit con los acreedores quirografarios. A falta de acuerdo sobre el valor de los bienes gravados, los acreedores indicados podrán desistir del concordato y ejercitar el derecho previsto en el ordinal 1° de este artículo”. Este artículo fue derogado por el Decreto 350 de 1989.
- 24 Los otros miembros de la subcomisión eran José Ignacio Narváez, Marco Gerardo Monroy Cabra, Rafael Bernal Gutiérrez y Daniel Suárez Hernández. Esta subcomisión terminó trabajos preparatorios el 21 de diciembre de 1988 en el marco de las facultades extraordinarias otorgadas al presidente por la Ley 30 de 1987. La comisión redactora del nuevo régimen de concordatos preventivos de la quiebra se instaló el 18 de enero de 1989 y contaba con los mismos miembros de la subcomisión (menos Daniel Suárez) adicionados por Luis Fernando Alvarado, superintendente de sociedades y varias personas más.
- 25 Subcomisión para la Reforma de Concordatos y Quiebra. Acta n.º 1, 15 de septiembre de 1988 en Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos 2*, 25-26 (Ediciones Medio Siglo, 1989).
- 26 Aunque las facultades legislativas otorgadas al gobierno incluían el régimen de la quiebra este se dejó sin cambio alguno.
- 27 Entre 1971 y 1982 la Superintendencia de Sociedades tramitó 30 concordatos. Entre 1982 y 1989, el número se incrementó a 190, más de seis veces. Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos 2*, vi (Ediciones Medio Siglo, 1989).
- 28 *Id.* Anteproyecto elaborado por la Subcomisión Integrada para la Reforma de Concordatos y Quiebra: “Art. 18. Todos los acreedores del empresario deberán hacerse parte en la forma y términos señalados en el numeral 4º. del artículo 6º. de este Decreto. Los acreedores garantizados no perderán la prelación para el pago de sus créditos, pero solo podrán hacerla valer dentro del concordato”.
- 29 Además el artículo 36 del anteproyecto *Id.*, le permitía al juez concursal el levantamiento de medidas cautelares sobre bienes cuya enajenación fuese indispensable para lograr los fines del concurso.
- 30 Comisión Redactora del Nuevo Régimen de los Concordatos Preventivos de la Quiebra. Acta n.º 4, 30 de enero de 1989 en Superintendencia de Sociedades, *Antecedentes de la Nueva Legislación de Concordatos Preventivos 1*, 67 (Ediciones Medio Siglo, 1989).

31 *Id.*, págs. 67-69.

32 Adolfo Rouillon, *Colombia: derechos de crédito y procesos concursales*, en Banco Mundial Grupo de Finanzas, Sector Privado e Infraestructura 5 (Banco Mundial, mayo de 2006).

33 *Id.*

34 En el anexo 1 del informe se hizo, según los estándares y recomendaciones del Banco Mundial en materia de insolvencia, una evaluación del proyecto de Ley 207/05-Senado que sería la base de la futura Ley 1116 de 2006. De las 14 observaciones presentadas, 8 fueron “no observadas” o “mayormente no observadas”.

35 “Artículo 1974 C. Co. Los acreedores con garantía real deberán ejercitar su acción con anterioridad a la sentencia, ante el juez que conoce de la quiebra, quien la tramitará en cuaderno separado. Si no lo hicieren, el juez decretará la subasta sin necesidad de nuevo emplazamiento y ordenará que les sean cubiertos sus créditos sobre el precio del remate en el orden que corresponda; entre tanto, hará consignar el dinero. Si dichos acreedores ejercitaren también la acción personal, deberán intentarla dentro de los términos que tienen los demás acreedores para hacerse parte y serán pagados con preferencia sobre el producto del remate de los bienes gravados; por el déficit concurrirán en el sobrante de la masa a prorrata con los créditos de la quinta clase”.

36 “Ley 222 de 1995. Artículo 196. *Levantamiento de Medidas Cautelares y Cancelación de Gravámenes*. La Superintendencia de Sociedades, a solicitud de la junta asesora o del liquidador, levantará las medidas cautelares y ordenará la cancelación de los gravámenes que afecten los bienes objeto de la enajenación. Los acreedores en favor de los cuales se encontraban constituidos los gravámenes sobre los bienes enajenados, conservarán la prelación para el pago hasta el valor de la enajenación, y por el excedente concurrirán como acreedores quirografarios”.

37 Ley 222 de 1995. Artículo 105.

38 “Ley 222 de 1995. Artículo 120. *Termino para hacerse parte*. A partir de la providencia de admisión o convocatoria y hasta el vigésimo día siguiente al vencimiento del término de fijación del edicto, los acreedores deberán hacerse parte personalmente o por medio de apoderado presentando prueba siquiera sumaria de la existencia de su crédito. Los acreedores con garantía real conservan la preferencia y el orden de prelación para el pago de sus créditos, pero deberán hacerlos valer dentro del concordato. Si dentro del término para formular objeciones se presentare desacuerdo entre aquéllos y el deudor o los demás acreedores, respecto del valor del bien objeto de la garantía, la Superintendencia de Sociedades decretará un dictamen de peritos escogidos de la lista de expertos que haya elaborado la Cámara de Comercio con jurisdicción en los lugares donde estén situados los bienes. Este dictamen no será objetable, pero si la superintendencia considera que no reúne los requisitos legales o no está suficientemente fundado, designará nuevos peritos y rendido su dictamen fijará el precio que corresponda”.

39 Ley 550, artículo 14.

40 Véase la sentencia de tutela de *An Son Drilling of Colombia S.A.* (C. Const. Sent. T-458, sept. 24/97. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) en la que se alegó el mínimo vital de una población con protección especial, como los pensionados de edad mayor.

41 C. Const. Sent. SU-995, dic. 9/99. M. P.: Carlos Gaviria Díaz; Sent. T-1033, dic.4/07. M. P.: Clara Inés Vargas y Sent. C-071/10, feb.10/10 M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

42 C. Const. Sent. C-092/02, feb.12/02. M. P.: Jaime Araujo Rentería.

43 Es interesante encontrar que la *ratio decidendi* de la Sentencia C-092/02 su sustenta en “un razonamiento muy simple: el concepto de prevalencia hace referencia, necesariamente, al *concepto de relación*. Cuando se dice que algo prevalece, es menester que existan otros elementos por encima de los cuales ese algo se pueda situar pues, de lo contrario, no hay una verdadera prevalencia, sino una simple ubicación espacio-temporal sin mayores implicaciones”. Sin embargo, ocurre todo lo contrario. El razonamiento de la Corte en este fallo no es relacional sino absoluto: lo que tiene prevalencia, va encima y primero, siempre y en todas las circunstancias. En vez de reconocer la posibilidad de relativizar la preferencia crediticia lo que hace, precisamente, es establecer un rígida ubicación espacio-temporal donde los créditos alimentarios de los menores van primero y punto.

44 Un ejemplo de esto en la llamada *prelación de embargos*, que reproduce en el marco de la ejecución singular las reglas de preferencia crediticia del concurso de acreedores.

45 Según Fundéu, un *meme* es “el término, creado por Richard Dawkins en su libro *El gen egoísta*, [que] aparece definido en el diccionario Webster como ‘idea, comportamiento, moda o uso que se extiende de persona a persona dentro de una cultura’”. Véase “*Meme*, neologismo válido”, Fundéu, 27 de diciembre de 2018.

- 46 Ley 1116 de 2006. Artículo 43, numeral 2.
- 47 Huaiyu Wang, *An International Comparison of Insolvency Laws* 12 (OECD, 2006).
- 48 *Doing Business. Haciendo negocios en un mundo más transparente* (Banco Mundial-IFC, 2012).
- 49 Abel Veiga Campo, *Garantías mobiliarias: Ley 1676 de 2013* (Universidad Sergio Arboleda-Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2017).
- 50 *Informe sobre Derecho del Crédito e Insolvencia (ICR ROSC) para Colombia* 13 (Banco Mundial, 2013).
- 51 Si el valor del bien supera el valor de la obligación garantizada, el producto de la enajenación se adjudicará primero al acreedor garantizado y el remanente se les entregará a los demás acreedores en el orden de prelación. El acreedor garantizado también podrá optar quedarse con el bien en garantía y devolverle el excedente al liquidador para que este lo entregue a los demás acreedores. Art. 52, Ley 1676 de 2013.
- 52 *Informe sobre Derecho del Crédito e Insolvencia (ICR ROSC) para Colombia*, (Banco Mundial, 2013).
- 53 Juan Enrique Medina Pabón, *Derecho civil-bienes derechos reales* 641 (Universidad del Rosario, 2016).
- 54 Ternera, *supra* nota 3, pág. 343.
- 55 Juan Bautista Parada, *Ley de Garantías Mobiliarias (1676 de 2013) Ley de Insolvencia (1116 de 2006) Interés General . Constitución Política*, Memorias del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal 690 (Universidad Libre, 2014).
- 56 Véase también C. Const. Sent.C-447 de 2015, M. P.: María Victoria Calle Correa donde la corte se inhibe de fallar, pero establece que la interpretación de los artículos 50, 51 y 51 de la Ley 1676 de 2013 debe ser “sistemática”.
- 57 C. Const. Sent. C-145, dic.5/2018. M. P.: Diana Fajardo Rivera.
- 58 *Id.*
- 59 Si bien la Sentencia C-145/18 no hace referencia explícita al artículo 2500 del Código Civil, considerando que los artículos 50 y 51 se extienden a todas las garantías reales en el concurso de acreedores, que incluyen las mobiliarias y las hipotecarias, se debe entender que el condicionamiento planteado se extiende al tratamiento concursal de *ambos* tipos de gravamen. Lo relevante en este caso no es la referencia a uno u otro artículo del Código Civil, sino la *ratio decidendi* de la sentencia donde se fija la lógica relacional del condicionamiento.
- 60 *Id.*, págs. 29-31. Los créditos constitucionalmente protegidos son dos y solo dos: los créditos alimentarios de los menores de edad y los créditos derivados del contrato de trabajo. Quedan por lo tanto por fuera del alcance relacional los créditos del fisco y de las municipalidades por impuestos.
- 61 Lo anterior abre un interesante debate sobre la suficiencia o no de bienes en cabeza del deudor en el proceso de reorganización. En teoría, por tratarse de un proceso de acoplamiento de flujos de caja, la suficiencia o no del patrimonio del deudor, a diferencia del proceso liquidatorio, resulta irrelevante para el éxito del proceso. En el proceso de reorganización, los créditos constitucionalmente protegidos, por lo tanto, no se pagarán con el producto de la enajenación de bienes del deudor sino con el flujo de caja de la empresa en marcha. Esto hace que, de confirmarse un acuerdo, siempre habrá, por lo menos teóricamente, suficientes flujos para honrar las obligaciones con preferencia constitucional.
- 62 C. Const. Sent. C-483, nov.20/2024. M. P.: Paola Meneses Mosquera.
- 63 Esta reforma cobijó principal, pero no exclusivamente, el régimen de garantías mobiliarias, como lo atestigua la derogatoria de la prohibición del pacto pignoraticio, la reforma al tratamiento de las garantías reales en el concurso de acreedores, contenida en los artículos 50, 51 y 52, y las normas sobre *factoring*.

Acerca del autor

Luis Guillermo Vélez Cabrera es abogado de la Universidad de los Andes con una maestría en políticas públicas de la Universidad de Georgetown y una maestría en administración de empresas del Instituto Panamericano de Dirección de Empresas (IPADE). Es socio fundador de la firma Urdaneta, Vélez, Pearl & Abdallah Abogados. En el sector público, se ha desempeñado como viceministro de Defensa Nacional, superintendente de Sociedades, secretario general de la Presidencia de la República y director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

Cómo citar este artículo / How to cite this article: Luis Guillermo Vélez Cabrera, *La vida, muerte y resurrección de las garantías reales en el procedimiento concursal colombiano*, 74 Vniversitas (2025) (edición especial). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj74.vmrg>