Comentarios al proyecto de sustitución de los códigos Civil y de Comercio desde la perspectiva del Sistema Concursal de Colombia

Nicolás Polanía Tello*
Capítulo Insolvencia

(i) Contexto

Niall Ferguson (*The Great Degeneration*, 2013) resumió los resultados de varias investigaciones relativas a la incidencia de los dos sistemas jurídicos dominantes en Occidente -el anglosajón o consuetudinario, y el continental europeo o legislado- en las economías de los países en los que operan, y en todos se concluyó que el *common law* es más conveniente en términos económicos, porque ofrece mayor protección a los inversionistas y a los acreedores, de manera que incentiva el acceso al crédito, la creación de empresas, la innovación y, en últimas, el crecimiento y el bienestar social.

Las conclusiones generales indican, según los estudios citados por Ferguson[1], que en los países regidos por el derecho consuetudinario, entre otras cosas, (i) tienen mayores protecciones a los inversionistas y mejor acceso de las empresas a financiación; (ii) es más fácil la entrada de nuevas empresas al mercado; (iii) tienen tribunales más eficientes; (iv) regulan menos sus mercados laborales; (v) exigen una mayor divulgación obligatoria de datos; y (vi) tienen procedimientos de insolvencia más eficientes.

Esta última variable, la de los procedimientos de insolvencia, es de particular trascendencia en la medida en que un adecuado régimen concursal permite determinar, *ex ante*, la suerte que correrán las inversiones y los créditos colocados en el torrente empresarial, disminuyendo de esta manera el riesgo asociado a la actividad de financiación y, por ende, sus costos, de manera que un sistema poco eficiente desestimulará el crédito mientras que uno eficiente lo incentivará. De otro lado, *ex post*, una regulación eficiente de la insolvencia empresarial disminuirá los costos directos e indirectos asociados a la insolvencia del deudor, permitirá un mayor índice de recuperación de las

---

* Socio del área de Reestructuración e Insolvencia en DLA Piper Martínez Beltrán y Director del Capítulo de Insolvencia del Centro de Estudios de Derecho Procesal – CEDEP-.

[1] Entre otros, LaPorta et.al. *The Economic Consequences of Legal Origins*, Journal of Economic Literature, Harvard University, 2008; y *Legal Determinants of External Finance*, The Journal of Finance, 1997

inversiones y facilitará la reubicación de los activos del deudor fallido en contextos que permitan mayores rendimientos.

El régimen de insolvencia colombiano, que con sus sumas y sus restas es reconocido como referente en la región -no en vano los últimos años se ha ubicado entre los 35 mejores de los 190 que estudia el Banco Mundial en su informe anual "*Doing Business*"-, es el resultado de una lenta evolución de normas, instituciones y jurisprudencia que viene, con un claro enfoque liquidatorio, desde los albores mismos de la República, con las Ordenanzas de Bilbao, cuyo Capítulo XVII trataba "*De los atrasos, fallidos, quebrados, o alzados; sus clases, y modo de procederse en sus quiebras*", hasta los decretos legislativos expedidos con ocasión de la pandemia en 2020, y que desarrollan los escenarios recuperatorio y liquidatorio en atención a las mejores prácticas internacionales[2], como recepción del trabajo constante que adelanta desde hace más de veinte años la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que ha inspirado en parte la Ley 1116 de 2006, la Ley 1676 de 213 y los citados decretos legislativos extraordinarios (560 y 772 de 2020).

A partir de la vigencia del Código Civil de Bello, en virtud de la Ley 57 de 1887, las reglas concursales vigentes desde antes de la Independencia se articularon con lo que constituye la estructura básica de todo proceso de insolvencia: la prelación de créditos, prevista en el Título XL del Libro Cuarto, entre los artículos 2488 y 2511 del estatuto sustancial.

Si bien esta regulación tiene un enfoque originariamente orientado a la liquidación del patrimonio del deudor - persona natural, lo cierto es que la prelación de créditos permite determinar, tanto en liquidación como en recuperación, a quiénes se les debe y en qué orden se deben atender las deudas, en lo que constituye una alineación forzosa de los intereses de los acreedores afectados por la insolvencia del deudor. Esta es una de las más importantes gestiones que debe desarrollar el administrador concursal, se trate de un sujeto externo al deudor o él mismo, como deudor en posesión.

(ii) Prelación de créditos del Código Civil

Sea que se busque reorganizar una empresa o liquidarla para reubicar sus activos en contextos más favorables, la determinación del orden en que se harán los pagos es un elemento de la esencia del proceso concursal. El presupuesto fáctico relevante de un concurso de acreedores es la imposibilidad material del deudor para atender la totalidad de su pasivo en la forma en que fueron

[2] En particular en lo referente al establecimiento de procedimientos parcialmente desjudicializados (Decreto 560 de 2020), y propios para micro y pequeñas empresas (Decreto 772 de 2020).

definidos los vencimientos de las distintas deudas, de manera que de alguna forma y en atención a ciertos criterios se debe organizar a los sujetos que deben ser satisfechos.

En la autorizada posición de Hinestrosa, "*de no haber dinero suficiente para cubrir completos todos los créditos, vendrán la presión de los distintos acreedores y el conflicto entre ellos. Cada cual aspira a ser satisfecho totalmente y antes que los demás. Elemental es la regla de la proporcionalidad; sin embargo, de muy atrás fueron surgiendo razones y argumentos en favor de gradaciones, y como era de esperar, el empeño de tantos de colocarse en un escalón de ventaja: los privilegia exigendi. Se habla entonces de acreedores y créditos privilegiados (nomina privilegiaría), de prelaciones, de acreedores privilegiados que comparten a prorrata su posición y de otros que en el mismo grado van en orden sucesivo y, en fin, de acreedores rasos (nomina chirografaria) a quienes va el remanente que se distribuyen entre sí a escote. O sea que al rompe se presenta la contraposición entre la igualdad (proporcionalidad) o pars condicio, y la prelación, el privilegio y el apremio de justificar la ruptura de aquel principio, ora invocando la calidad personal del acreedor, ora, y esto es lo más frecuente, la naturaleza del crédito o, más bien, su origen (causa), que en los tiempos que corren encuentra respaldo en la exigencia de "igualdad sustancial", por encima de la formal (…) que se traduce en puja por ingresar el respectivo crédito en la lista preferencial, manifiesta en las sucesivas leyes al respecto"*[3].

Como recuerda Cuberos[4], en ausencia de un sistema de ordenación para la atención de las deudas, particularmente en liquidación, el pago podría materializarse de forma relativamente arbitraria y caprichosa, a través de fórmulas como (i) que todos los acreedores asuman la insuficiencia de activos y se les reduzca igual porcentaje en sus pagos; o (ii) que se paguen primero las deudas más antiguas hasta donde alcancen los activos; o (iii) que se definan los pagos según el éxito de las ejecuciones individuales; o (iv) que el deudor decida, según sus propios criterios y afectos, a quiénes les paga primero. Según este autor "*las alternativas de pago pueden ir hasta el infinito, pues pueden establecerse con cualquier clase de parámetros, como los enunciados a vía de ejemplo, todos los cuales pecan, por una u otra razón, pero siempre, por carecer de una justificación valedera, especialmente desde la perspectiva de la equidad*"[5].

El establecimiento de reglas claras de clasificación permitirá, *ex ante*, que los acreedores ajusten, en la medida de sus posibilidades, las condiciones de sus créditos frente al deudor, y *ex post*, que

[3] Fernando Hinestrosa Forero, Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, 2007
[4] Gustavo Cuberos Gómez, *Mecanismos de alivio financiero y reactivación empresarial*, en Insolvencia empresarial: nuevos instrumentos para la crisis, Tirant lo Blanch, 2020
[5] Ibidem. P. 39

se atiendan las deudas reconocidas y se tomen las decisiones concursales de forma ordenada y predecible[6]. Es esta la función económica de un sistema de prelación de créditos.

En caso de inexistencia de reglas concursales que incorporen un subsistema de prelación de créditos, la satisfacción de las deudas de múltiples acreedores frente a un deudor singular quedaría en una suerte de estado de naturaleza en el que prima el acreedor más fuerte (mejor informado, mejor garantizado, con mejores abogados), en desmedro de la continuidad del deudor a pesar de que sea empresarialmente viable. Esta situación es indeseable en la medida en que destruye valor para el deudor y para los demás acreedores, con el fin de favorecer la posición de uno o unos pocos acreedores, usualmente profesionales[7].

El Código Civil, en las normas citadas, dispone una serie de parámetros que constituyen el sistema de prelación de créditos vigente, entendido 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*"[8].

La prelación de créditos del Código Civil ha sido paulatinamente integrada con otros referentes, legales y jurisprudenciales, que han asignado privilegios a ciertos créditos en razón a su origen o a la calificación de los acreedores, como ocurrió con las deudas a favor de los niños por alimentos (Corte Constitucional, Sentencia C-092 de 2002), las derivadas del contrato de promesa de compraventa de vivienda (Ley 66 de 1968), y los créditos garantizados (Ley 1676 de 2013).

Este sistema se configura en virtud de la interacción entre créditos con preferencia especial o general (créditos privilegiados) y créditos sin preferencia (quirografarios u ordinarios), a los que se suman los créditos subordinados (postergados), y en conjunto constituye un todo que funciona de forma armónica, sin perjuicio de las discusiones que se suscitan en el foro concursal de tiempo en tiempo, y últimamente en particular frente al engranaje de los créditos garantizados en virtud de lo previsto en la Ley 1676 de 2013.

---

[6] Aurelio Gurrea-Martínez y Juan Luis Goldemberg, *El reconocimiento y clasificación de los créditos en los procedimientos concursales*, S.P.
[7] Vid. Richard Squire, *Corporate Bankruptcy and Financial Reorganization*, Wolters Kluwer, 2016
[8] Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2018. En el mismo sentido, sentencias C-092 de 2002 y C-664 de 2006. Este entendimiento corresponde también al de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias STC9388-2016 de 8 de julio de 2016; STC2598-2015 de 10 de marzo de 2015 y STC9907-2015 de 30 de julio de 2015.

En el derecho comparado es reconocible una tipología de créditos similar, que diferencia entre (i) créditos garantizados, (ii) créditos privilegiados o preferenciales, (iii) créditos ordinarios, y (iv) créditos subordinados, e interactúan de forma similar a lo previsto en el sistema colombiano[9]. En todo caso, esta estructura es fundamental para edificar a partir de ella tanto los procesos concursales liquidatorios como los de naturaleza recuperatoria, porque en ambos casos se verifica, en principio, la situación de hecho básica de incapacidad material de pago simultáneo en los términos en que las relaciones de crédito nacieron a la vida jurídica.

En el caso de la reorganización, en efecto, no le es posible al deudor atender al mismo tiempo todas sus deudas conforme sus reglas internas de exigibilidad, y por eso es necesario fijar un orden de pago sucesivo, cuya fuente es la caja que genere la empresa en marcha. Tratándose de la liquidación judicial, salvo el poco frecuente caso en que la masa sea superavitaria, la prelación de pagos asigna el orden descendente en que deben ser atendidas las deudas hasta el agotamiento de los activos.

(iii) Proyecto de sustitución del Código Civil

De acuerdo con el Proyecto publicado en el sitio web de la Universidad Nacional[10], que busca sustituir los códigos Civil y de Comercio por uno solo denominado "*Código Civil*", el sistema de prelación de créditos como lo conocemos desaparece, pero desaparece además de mala manera, sin método, sin sucedáneo adecuado, sin reparar en las consecuencias. En efecto, el Proyecto dispone lo siguiente, en los artículos 650 y 651, únicos que vale la pena mencionar y desglosar, porque entrambos constituyen el sistema propuesto de ordenación de deudas para el pago en caso de concurrencia de acreedores.

a. Artículo 650 del Proyecto:

CAPÍTULO III

Pagos simultáneos de diferentes créditos

> ***Artículo 650.*** *Cuando sobre un mismo bien o una misma masa de bienes del deudor, pretendan hacerse efectivos varios créditos y el valor de*

[9] Gurrea-Martínez y Goldemberg, Cit.
[10] Disponible en el siguiente enlace, http://derecho.bogota.unal.edu.co/fileadmin/Codigo_Civil/Proyecto_Codigo_Civil_de_Colombia_Primera_Version_Digital.pdf

> *éstos fuere superior al del bien o masa de bienes, se aplicarán las reglas siguientes:*
>
> *1. Si ninguno de los créditos fuere privilegiado, se rebajarán a prorrata;*
>
> *2. Si concurrieren créditos privilegiados y créditos no privilegiados, se pagarán preferencialmente los primeros, y el remanente se dividirá a prorrata entre los segundos.*

En primer lugar, el inciso inicial se refiere a cuando se pretenda hacer "*efectivos varios créditos*", sin que se tengan en claro el contenido ni el alcance de la expresión "*hacer efectivo*" un crédito, pero se asume que los redactores se refieren a cuando se pretenda el pago de varios créditos. De otro lado, da a entender la redacción que esta norma opera respecto de procesos universales de naturaleza liquidatoria, únicos en los que es procedente hablar de masa de activos o masa de bienes como fuente de pago, porque en los procesos de recuperación la fuente de pago son los ingresos corrientes que genera la empresa en marcha, su caja. Esta aproximación no es consecuente con los regímenes de insolvencia corporativa, de persona natural comerciante ni de persona natural no comerciante, que constituyen la inmensa mayoría de los concursos que hoy se tramitan en Colombia.

Además, pareciera que solo se refiere a liquidaciones deficitarias en las que el valor de los pasivos es superior al de los activos, de manera que en caso de eventuales concursos liquidatorios superavitarios, se infiere, los pagos serían simultáneos, no sucesivos, y no existirían causas de privilegio. Por lo demás, la estructura ciertamente simple que recogen esta norma y la siguiente, que se analiza enseguida, parece inspirada en la que se adopta en el Código de Comercio para el crédito naval (arts. 1555 a 1569 C. de Co.), que en todo caso es más elaborada, en términos de organización y de lenguaje.

Finalmente, la norma transcrita del Proyecto alude a la existencia de privilegios y parece distinguir entonces dos clases de créditos, (i) los privilegiados y (ii) los no privilegiados, indicando que los segundos quedan subordinados a los primeros y, en caso de que solo haya créditos sin privilegio, "*se rebajarán a prorrata*". ¿Qué quiere decir que se rebajarán los créditos?, ¿este particular giro implica que habrá condonaciones o remisiones forzosas y proporcionales de las deudas?[11] Por el contexto, pereciera que los redactores quisieron decir que en caso de que todos los créditos sean

[11] La única acepción plausible del verbo "*rebajar*" indica la acción de "*disminuir el precio de algo*", Cfr. https://dle.rae.es/rebajar

no privilegiados, los pagos se harán a prorrata, es decir, en proporción al importe de las deudas respecto del total del pasivo.

b. Artículo 651 del Proyecto:

> ***Artículo 651***. *Los privilegios son causas de preferencia inherentes a los créditos y pasan con éstos a las personas que los adquieren por cesión, subrogación o de otra manera. Sin perjuicio de normas especiales, gozan de privilegio los siguientes créditos, en el orden en que se lista a continuación:*
>
> *1. Los créditos por alimentos en favor de niños, niñas y adolescentes;*

Actualmente conforman el primer orden de la primera clase de créditos, en virtud de lo resuelto por la Corte Constitucional en Sentencia C-092 de 2002. Inicialmente el legislador previó que conformaran el quinto orden de la primera clase (Código del Menor, art. 134), pero en este fallo la Corte Constitucional declaró inexequible dicha ordenación y dispuso su prelación en el primer orden.

> *2. Los créditos alimenticios ordenados por el juez en favor de personas con discapacidad y adultos mayores;*

Esta clase de crédito es nueva, y parece una extensión razonable de lo resuelto por la Corte Constitucional en el fallo aludido. Con todo, es necesario dejar dicho que estos referentes, los contenidos en los numerales 1 y 2, tienen una incidencia marginal en lo que se refiere a insolvencia empresarial corporativa, y su eficacia se restringe a los concursos de personas naturales, comerciantes y no comerciantes, quienes tienen la aptitud para ser titulares pasivos de este tipo de deudas.

> *3. Los salarios y las prestaciones sociales provenientes del contrato de trabajo;*

Los créditos laborales constituyen el cuarto orden dentro de la primera clase actual (art. 2495 C.C.), de la forma en que fue subrogada esta norma por la Ley 165 de 1941. La asignación de privilegio a esta clase de créditos no necesita justificación y es pacífica en el derecho comparado, aunque en algunas jurisdicciones están subordinados a los acreedores garantizados.

> *4. Los créditos pertenecientes al fisco o al erario público* (sic) *nacionales, departamentales, distritales y municipales;*

En este numeral, además del pleonasmo, se introduce una modificación tan trascendental como inconveniente y poco técnica. Las deudas frente al fisco están ubicadas hoy en el sexto y último orden de la primera clase, y se limitan a los importes que se deban por concepto de impuestos.

En realidad, el fisco puede ser titular de deudas a su favor de distintas fuentes: por impuestos, por sanciones y por retenciones obligatorias. A la primera clase pertenecen, como se ve, solo las deudas por impuestos. Las que derivan de sanciones, carecen de privilegio y se ubican en la quinta clase, mientras que las deudas por retenciones no hacen parte del pasivo reorganizable del sujeto, sino que constituyen una excepción parcial al principio de adscripción de los créditos según su fecha de origen o causación, y deben ser atendidas antes de la audiencia de confirmación del acuerdo, las que sean anteriores al inicio del proceso, y como un gasto de administración las posteriores, en atención a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 1429 de 2010.
En consecuencia, el Proyecto decide acabar con estas distinciones y llevar al cuarto lugar en orden descendente todo tipo de deuda con el fisco, lo que en el contexto real puede suponer la imposibilidad de recuperación de las empresas colombianas, en especial si se considera, de un lado, la abrumadora carga fiscal y el prohibitivo régimen sancionatorio a los que están sometidas las empresas formales, y de otro que los siguientes créditos en atenderse son los de los acreedores garantizados, quienes tendrán pocos incentivos para apoyar una reorganización en la que van a quedar subordinados a la autoridad tributaria. La tendencia general, en el derecho comparado, es a eliminar los privilegios de los acreedores públicos e igualarlos a los demás concurrentes al concurso, de manera que si esta disposición tuviera buen suceso, implicaría para Colombia un retroceso significativo en términos de idoneidad de su sistema de insolvencia[12].

> *5. Los garantizados con hipoteca, garantía mobiliaria, prenda o derecho de retención.*

Este numeral es sumamente problemático y antitécnico. Por un lado, equipara garantía hipotecaria y garantía mobiliaria, lo que no es propiamente un exotismo si se considera que, en Estados Unidos, por ejemplo, integran ambas la categoría de "*créditos garantizados*"[13], pero para ello se

---

[12] Ya hay un lamentable, aunque todavía no probado, retroceso en esta dirección, que consta en la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo 04 de 2019, en cuyo artículo 2, que reforma el artículo 268 de la Constitución Política, se indica que es función del Contralor General de la República "*5. Establecer la responsabilidad que se derive de la gestión fiscal, imponer las sanciones pecuniarias que sean del caso, recaudar su monto y ejercer la jurisdicción coactiva,* ***para lo cual tendrá prelación***" (énfasis añadido).
[13] U.S. Uniform Commercial Code, Article 9, disponible en https://www.uniformlaws.org/acts/ucc

requiere una mayor factura regulatoria y una aproximación más técnica al concepto y desarrollo normativo de las garantías reales.

De otra parte, subordina la garantía mobiliaria a los cuatro tipos de crédito previos, con lo que la preferencia especial diseñada por la Ley 1676 de 2013, en los términos en que la alinderó la Corte Constitucional en la Sentencia C-145 de 2018, queda en nada, con los esperables impactos que esto tendría en el mercado de crédito en términos de acceso y costos del endeudamiento, en especial si se considera que el acreedor garantizado quedaría subordinado al fisco por todo concepto.

Finalmente, se refiere a la prenda, categoría negocial subsumida en el concepto mismo de garantía mobiliaria lo mismo que el denominado derecho de retención, en virtud de la definición funcional de garantía mobiliaria prevista en el artículo 3 de la Ley 1676 de 2013. En suma, el Proyecto pareciera revivir a la prenda y al derecho de retención como formas de garantía sobre muebles, pero diferentes de la garantía mobiliaria. Una verdadera enormidad, si partimos del razonable principio hermenéutico del legislador no redundante, que supone para el intérprete asumir que el legislador no usa términos de forma inoficiosa, sino que cada uno de ellos tienen entidades conceptuales propias.

> *6. Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;*
> *7. Las expensas funerarias necesarias del deudor difunto y los gastos de la enfermedad de que haya fallecido. Si estas partidas fueron excesivas, el juez, atendiendo las circunstancias, podrá limitarlas;*

Estas dos causas de privilegio corresponden a los órdenes segundo y tercero, respectivamente, de la primera clase de créditos prevista en el artículo 2495 del Código Civil, y que tienen escasa relevancia práctica. El numeral 6, que podría tener cierto arraigo actualmente, en realidad se ve subsumido por la regulación propia de las acciones reconstitutivas del patrimonio del deudor, contenida en los artículos 74 y siguientes de la Ley 1116 de 2006, en donde se establece a favor del acreedor que demanda exitosamente los actos dispositivos del deudor con miras a favorecer el concurso, una recompensa -ciertamente desproporcionada- del 40% del valor que se recupere, lo que torna irrelevante el privilegio sobre las costas. En cuanto al ordinal 7, la universalidad de la seguridad social en salud y la penetración social de las pólizas funerarias han hecho que esta clase de créditos, en el ya reducido universo de la insolvencia de personas naturales, no tenga mayor trascendencia.

> *8. Los de los hijos de familia por los bienes de su propiedad que administran sus padres sobre los bienes de éstos.*
>
> *9. Los de las personas que están bajo curaduría, contra sus respectivos curadores. No tendrá privilegio el crédito derivado de actos fraudulentos.*

Las causas de privilegio contenidas en los numerales 8 y 9, son nuevas; no figuran en la regulación actual de la prelación de créditos y, a decir verdad, tendrían escasa o nula incidencia práctica en el contexto del sistema de insolvencia empresarial. Con todo, constituyen un desarrollo de lo previsto en el parágrafo del artículo 109 de la Ley 1306 de 2009, normativa que derogó el régimen de tutelas y curadurías que estaba previsto en el Código Civil, en los artículos 428 a 632.

La citada ley de 2009 contiene las reglas de protección de personas con discapacidad mental y de representacion legal de incapaces emancipados, y en punto a la responsabilidad del guardador dispone que "*La mora en la entrega de los demás bienes se indemnizará con una suma de dinero equivalente al DTF sobre el valor real de los bienes dejados de entregar oportunamente, por el tiempo en que duró dicha mora. Los créditos del pupilo gozarán del privilegio que señala la ley*", y que vendría a ser este que fijan los numerales 8 y 9 citados.

Hasta aquí los comentarios a la norma que establece una suerte de prelación de créditos privilegiados entre nueve causas de preferencia. Lo primero que se desprende de la lectura de esta norma proyectada es que desaparece, de un plumazo, la diferencia entre preferencia general y preferencia especial, sobre la que se estructuran los privilegios de que trata el sistema de prelación de créditos del Código Civil, especialmente en relación con lo previsto en la Ley 1676 de 2013. Esta norma, que lista los créditos privilegiados, fija nueve especies de créditos "*sin perjuicio de normas especiales*" que asignen privilegios particulares, fórmula esta que es tan problemática como facilista.

En primer lugar (i) desaparecen las clases de acreedores (a) garantizados -Ley 1676 de 2013-, (b) de primera, (c) de segunda, (d) de tercera, (e) de cuarta, y (f) de quinta, que permiten ordenar la sucesión de pagos, y asignan unas reglas específicas que subordinan las preferencias especiales a la primera clase en caso de déficit (artículos 2498 y 2500 C.C.), sin perjuicio de lo dispuesto en el estatuto de garantías.

De otro lado (ii), las "*normas especiales*" que aluden a privilegios particulares están desperdigadas en diferentes estatutos, y en todos los casos obedecen a la regla de ordenación derivada de las

clases de créditos como ocurre, por ejemplo, con los créditos a favor del promitente comprador de vivienda, que pertenecen a la segunda clase (Ley 66 de 1968, art. 10); los créditos a favor de proveedores estratégicos del empresario en crisis, que pertenecen a la cuarta clase (Ley 1116 de 2006, art. 124); o los créditos derivados de la prestación de servicios de salud, de segunda clase (Ley 1797 de 2016, art. 12), en este caso, para el evento del paraconcurso de entidades promotoras o prestadoras de servicios de salud.

Pero el problema es más grave, porque ni siquiera podrían funcionar bien las remisiones internas que establece el propio Proyecto, como cuando indica que "*en caso de liquidación obligatoria* [categoría que existía en el derogado Título II de la Ley 222 de 1995 (!)] *del asegurado, el crédito del damnificado gozará del orden de prelación asignado a los créditos de* ***primera clase****, a continuación de los del fisco*" (art. 1506 del Proyecto); o cuando establece que "*Sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar, los créditos del beneficiario contra el asegurador, en los seguros de vida tendrán el orden de preferencia asignado a los créditos de* ***primera clase****, a continuación de los del fisco, y los valores de cesión o de rescate se excluirán de la masa*" (art. 1531 del Proyecto). ¿A cuál primera clase se refieren los redactores si en el Proyecto ya no existe?

Qué pasa, en realidad, con el crédito a favor del transportador cuando se indica que "*Pasados treinta días desde aquel en el cual el remitente tenga noticia de la retención, el transportador tendrá derecho a solicitar el depósito y la venta en pública subasta por entidades autorizadas de las cosas transportadas, en la cantidad que considere suficiente para cubrir su crédito y hacerse pagar con el producto de la venta, con la preferencia correspondiente a los créditos de* ***segunda clase****, sin perjuicio de lo que pactaren las partes*" (art. 1106 del Proyecto). ¿A cuál segunda clase se refieren los redactores si en el Proyecto ya no existe?

En conclusión, la aprobación del Proyecto de sustitución de los códigos civil y de comercio, al menos en lo que se refiere a los procesos universales de insolvencia, implicaría la total desconfiguración del sistema, debido a la incoherencia interna y externa de la regulación propuesta. Hacia adentro, como lo demuestran las normas que se vienen de referir; y hacia afuera, porque todos los regímenes de insolvencia, recuperatoria y liquidatoria, que operan en Colombia, es decir, no solo la Ley 1116 de 2006 y el Codigo General del Proceso, sino las normas que regulan los llamados paraconcursos, como el Estauto Orgánico del Sistema Financiero, están estructurados a partir de la prelación de créditos por clases del Código Civil, de manera que las reglas propuestas, en caso de entrar en vigor de la forma en que han sido proyectadas, generarán un monumental choque anafiláctico que paralizaría el funcionamiento del sistema de insolvencia en todas sus proyecciones.

La reacción fácil consistiría en decir que, entonces, se deben ajustar las inconsistencias internas y modificar todos los ordenamientos concursales vigentes para hacerlos compatibles con el código único, pero ¿es deseable?, y sobre todo ¿es útil?, ¿hay alguna razón -una sola- que permita predicar la conveniencia social de dar al traste con el modelo de prelación de créditos actual?, ¿hay acaso alguna razón de orden económico que no hayamos visto y que haga necesario arrasar con una institución, la prelación de créditos, que ha sido pacientemente decantada por más de 130 años y adaptada a las nuevas realidades que imponen las modernas relaciones de intercambio?

Estas preguntas, por supuesto, solo pueden ser atendidas y despejadas en una exposición de motivos o memoria explicativa del Proyecto que hoy no existen. ¿No habría sido mejor empezar por ahí, de forma que el articulado fuera el resultado de una profunda, sistemática e incluyente reflexión crítica y propositiva? Nunca lo sabremos, porque la exposición de motivos que se logre pergeñar tendrá un marcado sesgo de confirmación, es decir, partirá de la necesidad de justificar el desafortunado articulado, no solo en materia concursal sino en casi todas las demás que hemos tenido ocasión de revisar.

Ahora bien, no es que las normas particulares del sistema de prelación de créditos que regula el Código Civil a partir del artículo 2488 no puedan ser mejoradas, actualizadas e incluso repensadas. Mucha agua ha corrido bajo el puente en 130 años, desde la misma aparición del concurso recuperatorio, que empezó a configurarse como mecanismo de protección al deudor en Estados Unidos a partir del *Bankruptcy Act* de 1898[14], y entre nosotros con la vigencia del Código de Comercio de 1971, que reguló el concordato preventivo (arts. 1910 y ss.)[15], hasta la importante alteración introducida por la Ley 1676 de 2013, que creó el tipo del acreedor garantizado como sujeto diferenciado e imposible de encasillar en ninguna de las clases del Código Civil, lo que supone, además, revisar la vigencia de los artículos 2498 y 2500, que relativizan los derechos de los acreedores con preferencia especial.

Sin embargo, es preferible que esta actualización se siga produciendo a través de intervenciones puntuales del legislador, ojalá precedidas de amplio discernimiento jurisprudencial, de forma que se mantenga, en lo posible, el necesario equilibrio entre la multiplicidad de intereses en conflicto que supone la situación de insolvencia del deudor, que configuran el conocido problema de acción colectiva[16] que se busca zanjar a través de reglas concursales eficientes. Es esperable que en los

[14] David A. Skeel Jr., *The Genius of the 1898 Bankruptcy Act*, en Penn Law: Legal Scholarship Repository, 1999.
[15] Esto, por cuanto el concordato del art. 34 del Decreto 750 de 1940 se previó con fines liquidatorios, sin perjuicio de la eventual rehabilitación del comerciante (art. 48) y, de otro lado, el concordato preventivo del breve Decreto 2264 de 1969 constituyó una prefiguración del Código de Comercio que entró en vigor en 1972.
[16] Vid. Eric A. Posner & E. Glen Weyl, *A Solution to the Collective Action Problem in Corporate Reorganization*, University of Chicago Law School, 2013

próximos meses se promueva un empeño regulatorio para convertir algunas de las novedades de los decretos de emergencia en legislación permanente, y hay varias que lo merecen. Que ojalá sea esa la oportunidad y no esta, para revisar la prelación legal de créditos y cuantos aspectos lo merezcan o requieran, como el régimen general de garantías reales, porque lo que se propone en el texto del proyecto no responde a criterios básicos de oportunidad, razonabilidad, técnica e impacto económico.