



LA PAR CONDICIO CREDITORUM EN LA JURISPRUDENCIA CONCURSAL COLOMBIANA. ¿PRINCIPIO O REGLÁ ANÁLISIS DE ALGUNAS PROVIDENCIAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES*

*The Par Condicio Creditorum in Colombian bankruptcy
jurisprudence. Principle or rule Analysis of two orders of the
Superintendence of Companies*

Wilson Iván Morgestein Sánchez**

Recepción: 23 de junio de 2021 Aceptación: 27 de mayo de 2022.

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2022.v33.a130>

RESUMEN

A través del presente trabajo se estudiará si en la jurisprudencia concursal colombiana la *par condicio creditorum* ha recibido el trato de principio o más bien de regla. Así, se empezará revisando los conceptos de “principio” y “regla” en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Luego, y después de haber estudiado la noción, finalidad y evolución histórica del Derecho Concursal, se hará una exposición de las distintas soluciones que históricamente se han ofrecido al problema que se presenta cuando sobre el patrimonio de un mismo deudor concurre más de un acreedor, para así acercarse a la noción de *par condicio creditorum*, y poder determinar si la misma, en la jurisprudencia reciente de la

* Artículo de reflexión académica, resultado del proyecto: “Escenarios de manifestación de la Responsabilidad Social Empresarial y su impacto en la protección de derechos”, proyecto de investigación con vigencia 2020-2021, y en el cual el autor del presente trabajo académico participa como investigador principal. El presente escrito se elaboró al interior de la línea de investigación en Derecho Privado Sustancial, del grupo de investigaciones en Derecho Privado y del Proceso de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, seccional Bogotá, Institución que se encargó de financiar esta investigación.

** Magíster en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Privado - Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá. Profesor - Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, adjunto a la línea de investigación en Derecho Privado Sustancial, del Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y del Proceso. ivanmorgestein@hotmail.com. Código ORCID: 0000-0002-8761-558X

Superintendencia de Sociedades, ha recibido el tratamiento de principio o de regla y las consecuencias que de tal conclusión se derivan.

Palabras clave: Par Condicio Creditorum, Derecho Concursal, principios, reglas, Superintendencia de Sociedades.

ABSTRACT

Through the present work, it will be studied if in Colombian bankruptcy jurisprudence the *par condicio creditorum* has received the treatment of principle or rather of rule. Thus, we will begin by reviewing the concepts of «principle» and «rule» in Robert Alexy's theory of legal argumentation. Then, after having studied the notion, purpose and historical evolution of the Bankruptcy Law, an exposition will be made of the different solutions that historically have been offered to the problem that arises when more than one creditor has more than one creditor on the patrimony of the same debtor, so as to approach the notion of *par condicio creditorum*, and be able to determine whether it, in the recent jurisprudence of the Superintendency of Companies, has received the treatment of principle or rule and the consequences of such a conclusion.

Key words: Par Condicio Creditorum, Bankruptcy Law, principles, rules, Superintendence of Companies.

INTRODUCCIÓN

El concepto de *par condicio creditorum* es concebido en el Derecho Concursal, -por persistente tradición - como su “piedra angular”, como un “dogma de fe”, como el “alfa y la omega” del Derecho de la Insolvencia, habida cuenta que se considera que la “igualdad de trato”¹ es la que debe inspirar toda norma que

1 Ese concepto de “igualdad de trato” ha sido profundamente criticado por la doctrina contemporánea del Derecho Concursal. Así, Goldenberg sostiene: “La *par condicio creditorum*, entonces, nunca podrá ser entendida conforme a su tenor literal ya que el propio ordenamiento jurídico reconoce que los acreedores no son iguales... Y ello, veremos, no se justifica por razones de igualdad o solidaridad, sino siempre por las consideraciones de política económica que rigen toda la materia de prelación de créditos. Es evidente que una cierta igualdad debe manifestarse en el sistema concursal – como es común a todos los sectores del Derecho–, pero en ningún caso esta igualdad debe ser entendida como la idéntica posición de todos los acreedores ante el patrimonio del deudor insolvente. Creemos que el ordenamiento debe prever una forma lógica de coordinación que delimite los riesgos implícitos en cada crédito, las valoraciones políticas subyacentes, los costos económicos asociados, etc. Todas estas soluciones no se identifican necesariamente con la señalada idea de igualdad”. (Goldenberg, 2010, p. 74).

pretenda dar un remedio colectivo al problema de la insolvencia del deudor común (Goldemberg, 2010, p. 73), pero es más, muy pocos niegan la categoría de “principio” que, desde antaño², no sólo la doctrina y la jurisprudencia sino también la misma ley le han otorgado³.

Ahora, la calificación que de “principio” se le ha dado a la *par condicio creditorum* parte de la noción que tradicionalmente se ha tenido del concepto de “principio”. Así, para el caso colombiano se ha dicho que los principios son:

Postulados fundamentales de un sistema jurídico que se manifiesta en el derecho positivo al cual estructuran...concreción del derecho *natural*, ya se considere éste inmutable y eterno, o ya de contenido variable...dictados de la razón admitidos como pilares de un ordenamiento positivo. Son reglas de hermenéutica que facilitan desentrañar el *espíritu de la legislación* para encontrar soluciones justas y equitativas de conflictos o litigios; pero subsidiarias porque su función es la de colmar vacíos legales. Dichos principios, condensan las ideas políticas, científicas, institucionales o que tradicionalmente han inspirado un sistema jurídico (Narvárez, 2008, p. 119) ...regla máxima que orienta o refleja una filosofía (Rodríguez, 2007, p. 68).

Pero en las últimas décadas, frente a las falencias que en la interpretación y consecuente aplicación del Derecho representa para un ordenamiento jurídico el considerar que las normas que lo integran corresponden exclusivamente a una proposición que enuncia un hecho jurídico y una consecuencia jurídica -tal y como lo pregonaron los positivistas del siglo pasado e inicios del presente-, la denominada “jurisprudencia de principios” sostiene que la práctica judicial evidencia que al lado de las “reglas”, es decir, las normas cuya estructura corresponde a una proposición jurídica, existe otra especie de normas denominada “principios”, los cuales cuentan con una estructura mucho más abierta y flexible⁴] (Cianciardo, 2003, p. 892).

2 Para un estudio sobre el origen de la *par condicio creditorum* en el Derecho Romano, véase Lazo (2010, pp. 79 - 97).

3 Por ejemplo, en auto 405-007244 del 10 de junio de 2008, la Superintendencia de Sociedades, sostuvo: “En reiteradas ocasiones esta Superintendencia ha manifestado que los siguientes principios rigen el proceso liquidatorio, así: -La igualdad de los acreedores o *par condicio omnium creditorum*: que implica darles a todos un trato igual dentro del proceso, para lo cual todos los acreedores, sin distinción alguna, deben concurrir al proceso en igualdad de condiciones, despojándose de las acciones individuales propias, para entrar en concurrencia con todos los otros acreedores, respetando las prelación de ley”.

4 “Para Dworkin, el Derecho no es solamente un compuesto de reglas primarias y secundarias, el Derecho se compone también de principios -principles- y directrices o políticas -policies-. Es en la relación de estos tres elementos: reglas; principios y

Pues bien, la distinción entre “principios” y “reglas” reviste particular trascendencia en el evento de conflictos entre normas, ya que, si se concluye que las normas que se encuentran en colisión son “principios”, el juez no podrá decidir sobre la validez de ninguno de los dos, sino que lo que deberá efectuar es un ejercicio de ponderación que lo llevará a hacer prevalecer a un principio sobre otro, pero sin anular al que no ha preferido. Por el contrario, en el caso de un conflicto entre normas que son reglas, el juez deberá establecer la preeminencia de una u otra, y esa decisión lo llevara a anular la regla descartada (Cianciardo, 2003, pp. 894-895), y esa es la solución que se impone en todos los casos de conflictos entre reglas.

Por otra parte, si bien es cierto que la distinción entre principios y reglas es una de las claves de la interpretación jurídica en el ámbito del Derecho Constitucional (Cianciardo, 2003, p. 893), no es menos cierto que la doctrina ha reconocido que aunque por regla general las normas legislativas son “reglas” y las normas constitucionales son preferentemente principios, bien pueden encontrarse reglas en la Constitución, así como también pueden hallarse principios fuera de ella (Ruiz, 2008, p. 2).

Así las cosas, establecer si la norma contenida en el número 2 del artículo 4º de la ley 1116 de 2006, y a cuyo tenor: “Igualdad: tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias”, corresponde a un principio -tal y como lo expresa el inciso inicial de la norma en cita- o más bien se trata de una regla, resulta fundamental a la hora de resolver conflictos entre los acreedores del deudor concursado, ya que si se opta por considerar a la *par condicio creditorum* como un principio, en los casos en que el juez del concurso concluya que hay una norma que debe prevalecer sobre la de “igualdad de trato”, bien podría, en algunos eventos, dejar esta norma sin aplicación y, en consecuencia, desconocer las disposiciones sobre prelación de créditos y preferencias. Ahora, si se le reconoce a la *par condicio creditorum* su estatus de regla, la igualdad de trato para todos los acreedores de la misma clase se deberá imponer, sin excepción alguna, en todos aquellos casos en que colisione con cualquier otra norma cuya eventual aplicación desconozca la paridad concursal.

políticas, donde se encuentra la explicación más certera de lo que es el Derecho. Es importante decir que dos son las columnas en las que se erige la teoría del derecho de Dworkin. Por un lado el análisis de la praxis judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos tanto de Derecho constitucional como de derecho privado, haciendo especial énfasis en los denominados casos difíciles -hard cases-. La otra columna es una crítica de las concepciones positivas y utilitaristas del derecho, la que se hace consistir principalmente en una refutación de la teoría de Hart” (González & Aspe, 2015, p. 40).

METODOLOGÍA

Teniendo presente que el objetivo del presente trabajo es el de establecer si en la jurisprudencia concursal colombiana la *par condicio creditorum* ha recibido el trato de principio o más bien de regla, el tipo de investigación que se empleará será el teórico de análisis – síntesis, para lo cual se hará uso de un enfoque básicamente cualitativo. De conformidad con lo antes expuesto, se empezará revisando los conceptos de “principio” y “regla” en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Luego, y después de haber estudiado la noción, finalidad y evolución histórica del Derecho Concursal, se hará una exposición de las distintas soluciones que históricamente se han ofrecido al problema que se presenta cuando sobre el patrimonio de un mismo deudor concurre más de un acreedor, para así acercarse a la noción de *par condicio creditorum*, y poder determinar si la misma, en la jurisprudencia reciente de la Superintendencia de Sociedades, ha recibido el tratamiento de principio o de regla y las consecuencias que de tal conclusión se derivan.

I. Los conceptos de “principio” y “regla” en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy

Nadie pone en duda la singular importancia que una “teoría de la argumentación jurídica” tiene en el ejercicio del Derecho. Pues bien, siguiendo a Atienza (1993, pp. 19-22), pueden distinguirse tres espacios de ejercicio de lo jurídico en los cuales se realizan argumentaciones. El primero de ellos es el de la “producción o establecimiento de normas jurídicas”, dentro del cual cabe hacer la distinción entre la fase prelegislativa, en la cual la argumentación –de carácter más político y moral que jurídico– se efectúa con el fin de demostrar cómo un determinado problema social puede ser resuelto total o parcialmente mediante la adopción de una norma jurídica, y la fase legislativa, en la cual el problema social pasa a ser discurrido por el órgano legislativo o de la administración, con argumentos básicamente de índole técnico – jurídica, y sin que haya sido menester que la cuestión haya sido previamente considerada por la opinión pública.

Un segundo ámbito de ejercicio de la argumentación jurídica se presenta en la “aplicación de las normas jurídicas” en la cual se pretende –por parte de jueces, entidades administrativas o cualquier otro operador jurídico– dar solución a casos concretos, particularmente difíciles. Ahora, en este espacio, el trabajo argumentativo puede girar en torno a los hechos –lo que representa el mayor volumen de los problemas que tiene de dilucidar quien se ve enfrentado a la labor de interpretación de la norma– o en torno al Derecho, y aquí puede afirmarse que la teoría de la argumentación jurídica dominante apunta hacia la interpretación del Derecho por parte de los órganos superiores de la administración de justicia.

Un tercer campo de acción de argumentos jurídicos es el de la dogmática jurídica, en la cual, el ejercicio de argumentación tiene como propósito suministrar criterios tanto para la producción del Derecho como para su aplicación, pero también ordenar un sector del ordenamiento jurídico.

Por lo demás, a pesar de que se sostiene que mientras el trabajo del dogmático del Derecho se centra en casos abstractos, la actividad del aplicador del Derecho gira en torno a casos concretos, no se pueden desconocer que en diversidad de ocasiones los aplicadores del Derecho, especialmente jueces y magistrados, se ven enfrentados a resolver casos abstractos, como en las acciones de inconstitucionalidad, y ya sea para solucionar cuestiones específicas o genéricas, se hace necesario acudir a elementos suministrados por la dogmática, la cual, en la construcción de sus argumentos, cada vez más se apoya en casos concretos.

Para Robert Alexy una teoría de la argumentación jurídica sólo desarrolla todo su alcance pragmático en el contexto de una teoría general del Derecho, la cual debe tener la aptitud para fusionar dos modelos distintos de sistema jurídico: el sistema jurídico como sistema de procedimientos, que representa el lado activo y consta de cuatro procedimientos: el discurso práctico general, la creación estatal del Derecho, el discurso jurídico y el proceso judicial, y el sistema jurídico como sistema de normas^{5]} que, es el lado pasivo y debe evidenciar que el Derecho no sólo consiste en reglas sino también en principios (Atienza, 1993, pp. 203-204).

Pues bien, Alexy enseña que “Las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos⁶. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”. La forma característica de aplicación de las reglas es, por ello, la *subsunción* (Atienza, 1993, p. 204). Los *principios*⁷, sin

5 “esto es, enunciados prescriptivos que ordenan, permiten o prohíben ciertas conductas humanas” (Ruiz, 2002, p. 2).

6 Ejemplo de regla: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, sino comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal” (Cianciardo, 2003, pp. 894 - 895).

7 “Los principios jurídicos, por su parte, pueden clasificarse en función de distintos criterios, si bien el principal es aquél que distingue entre principios explícitos e implícitos -comúnmente conocidos como principios generales del Derecho-. Los primeros son aquéllos que han sido expresamente dictados por una fuente de producción jurídica y aparecen, en consecuencia, recogidos en un texto normativo, en tanto que los principios implícitos son deducidos por el aplicador del Derecho a partir de disposiciones expresas del Ordenamiento jurídico” (Ruiz, 2002, p. 4).

embargo, “son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas⁸. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en distintos grados” (Alexy, citado por Atienza, 1993, p. 204). Por eso la forma característica de aplicación de los principios es la ponderación (Atienza, 1993, p. 204)⁹.

Ahora, en los eventos de conflictos entre reglas hay que decidir la preeminencia de una u otra, y esa solución conllevará la anulación de la regla desechada. Así, un conflicto de reglas solo puede ser resuelto ya sea insertando en una de las reglas una cláusula de excepción o anulando, por lo menos, una de las reglas, lo cual puede lograrse acudiendo, entre otros, al criterio de jerarquía, a través de la aplicación de las máximas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis* (Cianciardo, 2003, pp. 895-896).

En los casos de colisión de principios, el juez no decide sobre la validez de los mismos, sino que el ejercicio de ponderación lo lleva, en unas circunstancias

8 Ejemplo de principio: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (Cianciardo, 2003, pp. 894 - 895).

9 Ahora, desde una perspectiva funcional, “se pueden considerar a las reglas como razones para la acción perentorias e independientes del contenido. ‘Razones perentorias’ quiere decir que constituyen razones para realizar la acción exigida y para excluir o suprimir cualquier deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Por tanto, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de aplicarlas, excluyendo su propio juicio acerca de las razones de las mismas. El carácter independiente del contenido afecta al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas, esto es, a las razones por las que deben considerarlas como razones ‘perentorias’. Y en este sentido, se supone que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente (esto es, de la autoridad normativa que las ha dictado): su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias. Los principios explícitos, en cambio, son razones para la acción independientes del contenido pero no perentorias. Son independientes del contenido porque la causa por la que deben entrar a formar parte del razonamiento justificativo de las decisiones de los órganos jurisdiccionales es la misma que en el caso de las reglas, esto es, su origen en una determinada fuente. No son, sin embargo, razones perentorias porque excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) –que puedan constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido– ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional. Los principios implícitos, por su parte, son razones para la acción ni perentorias ni independientes del contenido; no son perentorias por la misma razón por la que no lo son los principios explícitos, y no son independientes del contenido porque sí deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido” (Ruiz, 2002, pp. 8-9).

fácticas específicas, a preferir el uno sobre el otro¹⁰, pero sin que esto implique la anulación del que ha desdeñado, el cual, en otros supuestos de hecho, perfectamente puede hacerse prevalecer sobre el que por ahora lo desplaza (Cianciardo, 2003, pp. 896-897), pero quien pretenda hacerlo corre con la carga de la prueba (Atienza, 1993, p. 205).

II. Par condicio creditorum y su función en el Derecho Concursal

A. Derecho Concursal: noción, finalidad y evolución histórica

Bien se puede afirmar, siguiendo a Castellanos (2009, p. 199), que el Derecho Concursal se erige como un conjunto de normas de carácter sustancial y procesal, cuyo objetivo es regir aquellos escenarios en los que un deudor no cuenta con el patrimonio suficiente para solucionar las diversas deudas asumidas frente a una multiplicidad de acreedores¹¹ y, desde esa perspectiva, la finalidad de los procesos concursales es la de:

“conciliar los intereses de los deudores, los acreedores y la sociedad en su conjunto, en el evento de la insolvencia del deudor, con la finalidad de proteger el crédito, bien mediante fórmulas de recuperación del deudor, que le permita pagar ordenadamente, o a través de la liquidación de su patrimonio” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C - 527 de 2013, magistrado ponente Jorge Iván Palacio).

Sobre los antecedentes históricos de la regulación jurídica de la insolvencia del deudor, enseña Uría (2002, pp. 1018-1019):

El origen de las instituciones jurídicas ordenadoras de la insolvencia del deudor se remonta al Derecho romano. Roma conoció desde el más antiguo periodo la institución de la *manus iniectio*, procedimiento de ejecución personal que permitía apoderarse de la persona del deudor insolvente, incluso para matarle o hacerle esclavo; posteriormente se introdujo ya un procedimiento patrimonial, *pignoris captio*, que concedía al acreedor el derecho de

10 Ahora, un sistema de condiciones de prioridad hace que la resolución de las colisiones entre principios en un caso concreto tenga también importancia para nuevos casos (Atienza, 1993, p. 204).

11 “aceptando la tesis del carácter multidisciplinario del derecho concursal, en cuanto a la regulación jurídica de todos los concursos que contempla su sistema, adherimos al concepto que nos brinda Puga Vial, autor que concibe al derecho concursal como ‘aquel conjunto de normas jurídicas sustantivas y adjetivas, formales y materiales, que tienden a regular, reprimir y aun evitar las secuelas de la insolvencia’...” (Ellenberg, 2006, p.3).

aprender los bienes del deudor, para retenerlos o destruirlos, como medio de coaccionarle o constreñirle al pago, pero sin facultad todavía de vender esos bienes y satisfacer esos créditos con el precio; con la *missio in bona* se inaugura ya un procedimiento que permitía transmitir el patrimonio del deudor a la comunidad de acreedores, los que podían enajenarlo en bloque a otra persona (*bonorum emptor*) que, subrogándose en los derechos y obligaciones del deudor, a modo de un sucesor a título universal, pagaba proporcionalmente las deudas cuando no hubieran bienes suficientes para satisfacerlas íntegramente; y en una última evolución, la *bonorum distractio* permite a los acreedores promover la venta separada de los bienes del deudor por medio de un *curator bonorum* que distribuía entre aquellos el precio recibido.

Pero los procedimientos romanos de ejecución eran privados, dirigidos por los propios acreedores, y hace falta entrar muy de lleno en la Edad Media para que gane terreno la concepción publicista de la ejecución colectiva contra los bienes del deudor insolvente.

B. Par Conditio Creditorum: noción y consecuencias de su aplicación

El Derecho Obligacional -vernáculo y foráneo- ha contemplado el problema que se presenta cuando sobre el patrimonio de un mismo deudor concurre más de un acreedor, porque si bien es cierto que la prenda general de los acreedores está constituida por todos los bienes del deudor (artículo 2488 del Código Civil Colombiano), estos pueden resultar exiguos para solucionar todas sus acreencias, que es la situación que precisamente se manifiesta en los juicios concursales.

A la anterior cuestión se han ofrecido tres soluciones, a saber: (1) A todos los acreedores se les concede una absoluta igualdad jurídica para que se repartan el patrimonio de su deudor común en proporción a sus créditos [concurso partes fiunt], (2) Se otorga una prioridad temporal, es decir, cada crédito se va solucionando en la medida en que cada acreedor va ejercitando su derecho de persecución sobre el patrimonio del deudor [prior in tempore potior in ius], y (3) Teniendo en cuenta ciertas circunstancias [la calidad personal del acreedor, la naturaleza del crédito o su origen] (Hinestrosa, 2007, p. 693), se establecen preferencias a favor de uno o varios de los acreedores concurrentes [par conditio creditorum]¹² (Ospina, 2005, p. 66), solución prevista en el artículo 2492 del Código Civil colombiano, y a cuyo tenor:

12 Sostiene el Máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional en Colombia: “La figura de la prelación de créditos es una consecuencia del principio, según el cual, el patrimonio

Los acreedores, con las excepciones indicadas en el artículo 1677, podrán exigir que se vendan todos los bienes del deudor hasta concurrencia de sus créditos, incluso los intereses y los costos de la cobranza, para que con el producto se les satisfaga íntegramente, si fueren suficientes los bienes, y en caso de no serlo, a prorrata, cuando no haya causas especiales para preferir ciertos créditos, según la clasificación que sigue.

Ahora bien, la norma a la que hace referencia el concepto de *par condicio creditorum* predica que “todos los acreedores participan de manera equitativa tanto de las ganancias como de las pérdidas del concursado sin dejar de lado los privilegios que corresponde a cada uno según la naturaleza o característica de su propio crédito” (Castellanos, 2009, p. 221), lo que permite concluir que la “igualdad de trato” o *par condicio creditorum* hace referencia a acreedores de la misma categoría¹³. Así las cosas, en un proceso concursal, con los propósitos de preservar “la igualdad de trato” y de aumentar la masa de bienes del deudor insolvente [masa activa] y de defenderla de reclamaciones infundadas (Jiménez, 2014, p. 8), todos y cada uno de los acreedores del deudor concursado pierden el libre ejercicio de sus acciones de ejecución singular¹⁴, se agrupan en una masa de acreedores o masa pasiva (Garrigues, 1974, p. 374), y soportan precisos cambios sustanciales en sus respectivos créditos (Uría, 2002, p. 1044).

Sobre la razón de ser de la *par condicio creditorum*, enseña Rodríguez (2007, p. 69):

Con la apertura de un concurso los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, pues la satisfacción de las acreencias va a depender de su desarrollo; ellos no gozan de otro respaldo que la masa. Sea que el

del deudor es prenda común de todos sus acreedores (Art. 2492 del C. C.). Esta norma implica que todos los bienes que integran el patrimonio del obligado garantizan los créditos a su cargo y en el evento de incumplimiento puede ser perseguido por los acreedores. Sin embargo, cuando los bienes del deudor no son suficientes para cubrir las obligaciones insolutas, surge la institución de la prelación de créditos, a través de la cual a los titulares de un derecho de crédito, frente a una masa de bienes, se les aplican unas reglas mínimas, con la finalidad de garantizar la protección de las personas que por alguna característica especial merecen ser tratados de manera preferente frente a los demás acreedores” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2018, magistrada ponente Diana Fajardo Rivera).

13 “par condicio creditorum. Significa, en pocas palabras, un tratamiento igualitario a los acreedores, aunque no en forma absoluta, porque han de respetarse los privilegios y preferencias de ley” (Pereira, 2015, p. 35).

14 “Se puede decir que la acción individual, como medio de ejecución, tiene en la mira el incumplimiento, en consecuencia, su objeto es compeler al deudor a ejecutar aquello a lo que se había obligado (dar, hacer o no hacer). Sin embargo, Los procedimientos concursales gozan de una naturaleza distinta, observan la impotencia patrimonial del deudor, es decir, el estado de cesación de pagos y buscan que la mayor parte de acreencias se vea satisfecha de manera ordenada, ágil y respetando ciertas prelación” (Castellanos, 2009, p. 207).

juicio concursal tiende a la recomposición del pasivo del deudor, mediante un acuerdo con sus acreedores, o a la liquidación de su patrimonio para pagar sus obligaciones, lo cierto es que los acreedores deben sufrir alguna pérdida, y lo más razonable es que la soporten equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos.

Por otra parte, y siguiendo a Hinestrosa (2007, p. 694):

De acuerdo con la regulación legal, hay cinco clases u órdenes de créditos; gozan de privilegio, en esa secuencia, los créditos de la primera, segunda y cuarta clase (art. 1494 c.c.); “la tercera clase comprende [los créditos] hipotecarios” (art. 2499 [I] c.c.) y “la quinta y última clase comprende los bienes [j] que no gozan de preferencia. Los créditos se cubrirán a prorrata sobre el sobrante de la masa concursada, sin consideración a su fecha” (art. 2509 c.c.).

En conclusión, se puede predicar, siguiendo a Sotomonte (2005, pp. 112-113), tres consecuencias fundamentales de la *par condicio creditorum*: (1) La fecha en la que el deudor concursado adquirió sus obligaciones pierde importancia dentro del proceso concursal, ya que sin importar la época en que surgieron las mismas, o que ya exista un proceso de ejecución para reclamar su pago, todos los acreedores del concursado deben comparecer al trámite concursal, en el cual recibirán “igualdad de trato” y, en consecuencia, tendrán iguales derechos, obligaciones y cargas, (2) La “igualdad de trato” se dispensa a aquellos acreedores que tengan la misma prelación, grado, preferencia y/o privilegio, tratamiento que podría ser distinto al que reciben los acreedores que se encuentran en otra categoría, y (3) El pago de los créditos se efectúa mediante la aplicación de una fórmula aritmética que conlleva a que todos los acreedores de una misma clase reciban un pago proporcional a la cuantía de sus acreencias.

III. La *Par Condicio Creditorum* en la jurisprudencia reciente de la Superintendencia de Sociedades

A. *Auto 405 - 007244 del 10 de junio de 2008*

De la lectura de esta providencia se puede colegir que, un acreedor y a la vez deudor de la concursada, con fundamento en la disposición contenida en el artículo 57 de la ley 1116 de 2006¹⁵, solicitó que le fuera compensado su crédito con el que la concursada tenía en su contra.

15 La disposición es del siguiente tenor: “En un plazo de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que quede en firme la calificación y graduación de créditos y el inventario de bienes del deudor, el liquidador procederá a enajenar los activos inventariados por un valor no inferior al del avalúo, en forma directa o acudiendo al sistema de subasta privada”.

La Superintendencia de Sociedades advirtió al oferente que en los procesos de insolvencia no tiene lugar la compensación¹⁶.

Ahora bien, ¿se podría afirmar que para llegar a esta conclusión el juez del concurso ponderó el derecho del oferente con el “principio” de la *par condicio creditorum*?

Para este caso la respuesta debe ser negativa como quiera que la Superintendencia de Sociedades, para evitar un pago preferente, y de esta forma hacer efectivo el enunciado normativo contenido en el número 2 del artículo 4º del Régimen de Insolvencia Empresarial colombiano, dio plena aplicación al número 11 del artículo 50 *ibídem*, y a cuyo tenor:

La declaración judicial del proceso de liquidación judicial produce: (...) 11. La prohibición para administradores, asociados y controlantes de disponer de cualquier bien que forme parte del patrimonio liquidable del deudor o de realizar pagos o arreglos sobre obligaciones anteriores al inicio del proceso de liquidación judicial, a partir de la fecha de la providencia que lo decreta, so pena de ineficacia, cuyos presupuestos serán reconocidos por el Juez del concurso, sin perjuicio de las sanciones que aquellos le impongan (la subraya es mía).

Por lo demás, el juez del concurso efectuó una interpretación sistemática del número 11 del artículo 50 de la ley 1116 de 2006 con artículo 1720 del Código Civil, el cual establece que “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de tercero”, para el caso de los procesos de insolvencia, los demás acreedores que se han hecho presentes al concurso.

16 Acerca de la compensación en los procesos concursales, ha dicho la Superintendencia de Sociedades: “A pesar de que es entendible que un acreedor busque la satisfacción de su crédito sin someterse a la disciplina concursal, esa actitud menoscabaría gravemente los principios sobre los que descansa el régimen de insolvencia. Estos principios garantizan la eficacia del concurso, en cuanto a la consecución de los fines para los que fue concebido, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006. En particular, si se permitiera la satisfacción de ciertos acreedores antes que la de otros, los principios de universalidad y de igualdad se verían completamente frustrados. El de universalidad, pues en su vertiente subjetiva supone que todos los acreedores del deudor comparezcan al concurso para hacer valer sus acreencias y obtener su pago de forma ordenada. El de igualdad, pues supone que todos los acreedores pertenecientes a una misma categoría reciban un trato equivalente en el escenario concursal” (Colombia, Superintendencia de Sociedades, Auto 400-000875 del 20 de enero de 2016. Sujeto del proceso: Colregistros SAS).

B. Sentencia 400 - 000112 del 1 de septiembre de 2015

Dentro del expediente que dio origen a esta providencia,

El 4 de septiembre de 2014 la compañía Interbolsa S.A. Sociedad Administradora de Inversión, en nombre y representación de la Cartera Colectiva Escalonada "Interbolsa Credit", ejerció la acción revocatoria contra Interbolsa S.A. en liquidación judicial y Bancolombia S.A. Pretende que se revoque un pago hecho el 12 de octubre de 2012 por Interbolsa S.A., hoy en liquidación judicial, al banco demandado, por un valor de \$71.503'354.999. Esta operación, en opinión de la demandante, habría ocasionado un perjuicio a los acreedores de Interbolsa S.A., en liquidación judicial. Solicitó que, en consecuencia, se ordene a Bancolombia S.A. reintegrar dicha suma con sus intereses al patrimonio de la concursada, se reconozca en favor de la demandante la recompensa de que trata el artículo 75 de la Ley 1116 de 2006, a cuyo pago solicita que concurren solidariamente las demandadas, y que se las condene en costas y agencias en derecho.

Para efectos de la decisión del caso, el juez del concurso estudió la disposición contenida en el artículo 4º de la ley 1116 de 2006, la cual en su número 2 consagra el "tratamiento equitativo a todos los acreedores que concurren al proceso de insolvencia, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre prelación de créditos y preferencias" (*par condicio creditoris*), y analizó en qué medida esta norma se puede predicar de las acciones revocatorias concursales.

Así las cosas, la Superintendencia de Sociedades recordó la definición que del concepto de *par condicio creditoris* había hecho en jurisprudencia anterior,

Con ocasión de la apertura de un proceso concursal, los acreedores se sitúan en un esquema de comunidad de suerte, puesto que la satisfacción de sus acreencias va a depender del desarrollo del respectivo proceso, y no gozan de otro respaldo que la masa concursal. Es precisamente de la colectividad de intereses de donde surge el denominado principio de igualdad. (...) los acreedores deberán soportar alguna pérdida, y lo más razonable es que soporten este hecho equitativamente, en proporción a sus respectivos créditos. (...)

Ahora bien, el derecho a la igualdad no solamente se concreta en la adopción de una fórmula, sino también en el hecho de que todos los acreedores del concursado deben hacer valer su acreencia dentro del trámite, pues sólo sujetos todos a éste, se puede realizar dicha igualdad. Considerar, entonces, que un determinado grupo de acreedores pudiera válidamente sustraerse del concurso, comportaría una discriminación, y, por lo tanto, el desconocimiento de

la regla ya anotada (Colombia, Superintendencia de Sociedades, sentencia del 5 de abril de 2004. Proceso verbal sumario de Edgar José Namén Ayub contra Autos Marca Ltda., y Financiera Mazdacrédito, Compañía de Financiamiento Comercial).

Luego, el juez del concurso deja en claro que la *par condicio creditoris* no es predicable de las acciones revocatorias concursales, ya que a pesar de que el concepto en estudio es un elemento que debe tener en cuenta el juez al momento de valorar los efectos que causó el acto revocable en la situación del deudor, desde un principio se observa que en este tipo de procesos no actúan como partes una pluralidad de acreedores, ni se busca pagarles, ni es necesario calificarlos ni graduarlos en el orden de prelación de créditos. En efecto, como lo advierte la Superintendencia de Sociedades en su fallo, existen algunas instituciones aplicables a las acciones revocatorias, que no son predicables del concurso, como la condena en costas y agencias en derecho, o la recompensa del 40% a favor del acreedor demandante que resulte vencedor en el proceso. Se trata de instituciones que contradicen abiertamente la norma de igualdad, pues establecen privilegios que podrían beneficiar a un acreedor específico, en desmedro del resto.

En este punto surge el siguiente interrogante: ¿La Superintendencia de Sociedades efectuó un ejercicio de ponderación entre la disposición contenida en el número 2 del artículo 4º de la ley 1116 de 2006, y la que -da cuenta el- artículo 74 *ibídem*, para hacer prevalecer esta última norma? De ninguna manera, con buen criterio se puede afirmar que lo que hizo el juez del concurso fue dar aplicación al artículo 5º de la ley 57 de 1887, y a cuyo tenor:

Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.

Si en los Códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1ª La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general;

2ª Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad ó generalidad, y se hallen en un mismo Código, preferirá la disposición consignada en artículo posterior (...)

En consecuencia, se puede concluir que, en el proceso que dio origen a la sentencia que se estudia, el trato que la Superintendencia de Sociedades le dio al concepto de *par condicio creditoris* fue el de regla al anular, para el caso en

concreto, la aplicación de la contenida en el 2 del artículo 4º de la ley de insolvencia empresarial, acudiendo para el efecto a las máximas *lex posterior derogat legi priori* y *lex specialis* (Cianciardo, 2003, pp. 895-896).

C. Auto 400 - 0086463 del 11 de mayo de 2017

En esta providencia, el Superintendente Delegado para los Procedimientos de Insolvencia autorizó el pago preferente del crédito garantizado al Banco de Bogotá S.A., el cual,

fue reconocido como titular de un crédito garantizado, en segunda clase, por valor de \$1.728.928.804, que corresponden a capital más intereses causados a la fecha de apertura del proceso. Este acreedor no votó afirmativamente el acuerdo y solicitó el pago preferente. Los bienes sujetos a la garantía, conforme la descripción contenida en el formulario de registro de garantías, son elementos como azufre, alumina, tripolifosfato, sulfato de sodio y detergente en polvo. Se trata de bienes necesarios para la actividad económica del deudor, quien no objetó esta calificación.?

Revisados los documentos aportados por el acreedor, se observa en la copia del pagaré que la obligación principal de pago fue pactada por instalamentos: la primera cuota con vencimiento el 26 de marzo de 2017, y la última el 26 de diciembre de 2021. Como se ve, se trata de una modalidad crediticia respecto de la cual la ley de garantías prevé un tratamiento especial, pues el artículo 50, inciso 6, dispone que el pago se realizará en el plazo inicialmente pactado y siempre y cuando se pague el monto que estuviera vencido a la apertura del proceso de reorganización, es decir, no hay aceleración o extinción del plazo. El artículo 2.2.2.4.2.39 del Decreto Único 1074 de 2015 dispone, en refuerzo de lo previsto en la ley, que las obligaciones pactadas a plazos que no estuvieren incumplidas al momento de inicio del proceso de reorganización, no se harán exigibles por efecto del inicio del proceso y se pagarán en los términos originariamente pactados.?

El juez del concurso pone de presente -que, para la Corte Constitucional, con la ley 1676 de 2013,

“con el propósito de ‘incrementar el acceso al crédito’, se amplían los bienes, derechos o acciones que pueden ser objeto de garantía y se simplifica la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de la garantía”, finalidad ciertamente encomiable que, en todo caso, debe ser armonizada con las normas de insolvencia, porque aunque la ley de 2013 no derogó la prelación legal de créditos de Código Civil, “si creó una nueva especie de acreedor, le asignó un régimen diferenciado y mejoró su expectativa de satisfacción del

crédito a través del reconocimiento de una preferencia especial, es decir, relativa a un bien o derecho determinado o determinable, que es, precisamente, aquel sobre el cual recae la garantía.?

Por otra parte, la Superintendencia de Sociedades advierte que,

es claro que el juez no puede dejar de lado la prelación legal de créditos que, como se dijo, no fue alterada por la ley de garantías mobiliarias, y en consecuencia el tratamiento preferencial de los acreedores garantizados con bienes necesarios que no participan en el acuerdo debe armonizarse con las expectativas de los acreedores calificados. Esto, como se anticipó, no quiere decir que se deban pagar primero éstos y luego los garantizados, pero sí que el pago de los garantizados debe darse sin que se afecte irremisiblemente el flujo de caja destinado al pago del pasivo con mejor derecho, sin perjuicio de la carga del deudor de anticipar estas contingencias desde el momento mismo en que formula su solicitud de admisión al proceso y aporta el inventario de bienes en garantía, distinguiendo bienes necesarios de los no necesarios, pues es evidente que el deudor, cuando califica un bien como necesario, sabe que esa decisión, si se mantiene, implica para él un esfuerzo adicional de pago para atender dicho crédito antes de empezar a pagar las deudas reorganizadas.

En consecuencia, bien se puede advertir que el juez del concurso no efectuó ningún ejercicio de ponderación entre los derechos del acreedor garantizado y los demás acreedores de la compañía concursada.

D. Sentencia 480 - 000069 del 17 de junio de 2017

En el proceso que dio lugar a esta sentencia,

Las demandantes pretenden reintegrar el patrimonio de las sociedades MNV S. A. y Gas Kpital GR S. A., ambas en liquidación judicial, con los derechos de participación que ambas compañías tenían en Kapital Energy S. A., y que fueron transferidos a las sociedades Vergel & Castellanos S. A., Arqcivils S. A. y Oilequip SAS en virtud de una opción de compra pactada el 23 de diciembre de 2009 y ejercida el 7 de febrero de 2010.

El juez del concurso inicia refiriéndose al objeto de la acción revocatoria concursal, para luego verificar la existencia de los distintos elementos que el artículo 74 de la ley 1116 de 2006 establece para la prosperidad de la revocatoria. Sobre este particular, la Superintendencia hace especial énfasis sobre el hecho que,

el acto demandado debe haber tenido un impacto en el patrimonio de la deudora, pues debe haber ocasionado la situación de insolvencia, o al menos haberla agravado. Ello puede ocurrir de varias maneras, ambas comprendidas en el primer inciso del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006...por ejemplo...cuando a través del acto revocable se trastoca, en la práctica, el orden legal de prelación de créditos¹⁷.

Para el caso concreto, el juez del concurso pudo establecer que,

el daño a los acreedores del concurso está acreditado. La operación demandada tuvo como efecto trastocar el orden de prelación legal de créditos y pagar de manera anticipada obligaciones a favor de Vergel & Castellanos S. A., Arqcviles S. A. y Oilequip SAS, existiendo obligaciones pendientes a favor de acreedores de primera clase.

Por otra parte, y como quiera que las excepciones de las demandadas se fundan en la disposición contenida en el inciso 2º del artículo 74 de la ley 1116 de 2006, el cual dispone la revocatoria de los actos de disposición de activos a título oneroso que hubiere celebrado el deudor dentro de los 18 meses anteriores a la entrada en concurso “*cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe*”, la Superintendencia procede a presentar el desarrollo doctrinal y los avances jurisprudenciales en torno al postulado de la buena fe, lo cual le permite concluir que la buena fe exigida del tercero en las acciones revocatorias es la buena fe objetiva, buena fe cualificada o buena fe creadora de derechos, lo que de contera lleva a que, primero,

cuando el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 establece una excepción a la revocatoria de los actos a título oneroso “*cuando no aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario, obró de buena fe*”, dispone una forma de proteger a un tercero y de consolidar a su favor un derecho de propiedad. En estos casos, el tercero que alega su buena fe, busca que con fundamento en ella se proteja o se consoliden una serie de derechos a favor

17 En un sentido casi idéntico se pronunció la misma Superintendencia de Sociedades en sentencias 480 - 00079 del 30 de junio de 2015, al sostener que uno de los requisitos de las acciones revocatorias y de simulación es: “que el negocio demandado haya causado un daño a los acreedores, que afecte el orden de prelación de pagos o haga insuficientes los activos de la prenda general”. Y en sentencia 480-00089 del 16 de julio de 2015, afirmó: “las acciones revocatorias únicamente atacan aquellos actos que hayan causado un daño a los acreedores del concurso, es decir, que estas solo proceden cuando con el acto demandado haya causado o agravado la insuficiencia patrimonial del deudor, o que haya alterado el orden legal de prelación de créditos y con ello haya afectado a los demás acreedores, con los cuales debe regir el principio de la par condicio creditorum”.

suyo. En otras palabras: el tercero adquirente que se opone a la revocatoria de un acto debe alegar una buena fe que tenga la aptitud de crear o consolidar derechos, y dicha fe va mucho más allá de la simple.

Segundo,

Si bien el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006 exige que el tercero adquirente de los bienes a título oneroso no haya obrado de buena fe, dicha exigencia no implica un concilio fraudulento, un ánimo defraudatorio, un espíritu de causar daño, o, en otras palabras, un fraude.

Y tercero, “la buena fe también se desvirtúa cuando se acredita que el tercero debía conocer el mal estado de los negocios del deudor”.

Ahora bien, ¿podría llegar a sostenerse que en este fallo el juez del concurso ponderó el “principio” de la *par condicio creditorum* con el principio de la buena fé

La respuesta al anterior interrogante ha de ser negativa ya que, en la sentencia que se analiza, con buen criterio se puede concluir que la Superintendencia, al admitir la prosperidad de la acción revocatoria concursal, dio cumplimiento a una norma con carácter de regla, cual es la contenida en el artículo 74 de la ley 1116 de 2006.

El análisis de este fallo permite sostener que el trato que a la *par condicio creditorum* se le dio en el mismo corresponde al de una regla porque, la Superintendencia estableció que, al tenor del artículo 74 de la ley 1116 de 2006, la acción revocatoria concursal está llamada a prosperar cuando, dentro de varios elementos, se demuestre que en la práctica se trastocó el orden legal de prelación de créditos.

Por otra parte, del estudio de la sentencia también se puede colegir que -las pretensiones contenidas en la demanda de revocación de un acto oneroso pueden ser enervadas cuando aparezca que el adquirente, arrendatario o comodatario obró de buena fe exenta de culpa, pero si eso es así es porque la misma norma lo establece, y el juez deberá aplicar la disposición en todos aquellos casos en que se acredite la buena fe del tercero adquirente o tenedor.

Así las cosas, se puede afirmar que en ese caso concreto el juez del concurso no realizó ningún ejercicio de ponderación entre la “*par condicio creditorum*” y la buena fe, sino que lo que efectuó fue la interpretación y consecuente aplicación de la regla contenida en artículo 74 de la ley de insolvencia empresarial colombiana.

Por lo demás, también se puede concluir que la regulación que de la acción revocatoria concursal se hace en la ley 1116 de 2006, se erige como una muy eficaz herramienta para garantizar la norma contenida en el número 2 del artículo 4º *ibídem*, el cual consagra la igualdad de los acreedores que concurren al proceso concursal.

E. Auto 400 - 013437 del 9 de octubre de 2018

Son antecedentes, dentro del proceso de reorganización que dio lugar a la presente providencia, los siguientes:

1. Mediante Auto 400-007611, este Despacho [la Superintendencia de Sociedades] resolvió la solicitud de levantamiento de medidas cautelares presentada mediante memoriales 2018-01-048455, 2018-01-079312, 2018-01-099791, 2018-01-027770 y 2018-01-195651, negando las practicadas dentro del proceso verbal sumario no.2015-800-247, así como la cancelación del gravamen hipotecario de mayor extensión a favor de Banco Davivienda S.A.
2. A través de memorial 2018-01-279316, el representante legal de la concursada interpuso recurso de reposición en contra de la providencia, para que se revoquen los numerales cuarto y quinto en consideración a que:
 - a. La decisión adoptada impide que el proceso de reorganización tenga algún efecto positivo en la entidad concursada.
 - b. Beneficia injustificadamente a un par de acreedores, vulnerando el principio de la par condicio creditorum, como quiera que se le otorgan beneficios especiales a un grupo desconociendo a otros acreedores de mejor jerarquía. Advierte que las medidas cautelares decretadas dentro del proceso verbal sumario no.2015-800-247 a favor de Almacenes Yep, perderán validez -una vez quede en firme el fallo condenatorio, ya que el asunto debe remitirse al Juez Concursal sin que pueda iniciar el proceso ejecutivo de que trata el artículo 306 del CGP. Añade que se estaría favoreciendo con una protección especial el crédito de Almacenes Yep, afectando a otros quienes no podrían iniciar procesos ejecutivos y/o conservar sus medidas de cobro.
 - c. Finalmente señala -que, si la hipoteca no se levanta, se estaría beneficiando a banco Davivienda, ya que se estaría pagando su crédito por encima de los demás acreedores cada vez que se realice una venta, añadido al hecho que al conservar el gravamen los inmuebles dejan de ser atractivos para la venta.

Con el fin de resolver el recurso de reposición que se interpuso, el juez del concurso puso de presente que,

Una empresa en reorganización necesita todo el capital de trabajo disponible para continuar su operación en condiciones de relativa normalidad, sin las limitaciones que suponen los procesos de ejecución y cobro, y la consecuente inmovilización cautelar de activos. Por eso, el artículo 20 de la Ley 1116 de 2006 ordena la incorporación de aquellos procesos en los que se cobren obligaciones causadas antes del inicio del trámite, así como la posibilidad de levantar las medidas cautelares por parte del juez a petición del deudor y recomendación del promotor, con la debida justificación para el proceso.?

(...)

Sin embargo, por disposición legal el juez del concurso no puede adoptar decisiones sobre las medidas cautelares decretadas en procesos que por su naturaleza declarativa no son remitidos al trámite de reorganización para su incorporación, lo que no implica una vulneración al principio de igualdad, como quiera que sin perjuicio de ello, los acreedores seguirán siendo tratados de manera equitativa dentro del concurso y el pago de las obligaciones reconocidas se hará respetando la prelación legal. Consecuencia de lo anterior, las medidas cautelares decretadas dentro del proceso verbal sumario No.-2015-800-247 no se encuentran a disposición de este Despacho, y en esa medida no puede disponer sobre ellas.?

(...)

Finalmente, en cuanto a la solicitud de levantamiento del gravamen hipotecario a favor de Davivienda, el Despacho advierte que, si bien las obligaciones pendientes de pago a favor de la referida entidad bancaria causadas con anterioridad a la admisión se encuentran sujetas al trámite, el gravamen hipotecario está vigente, motivo por el cual es necesario contar con la anuencia de la entidad financiera para ordenar su levantamiento tal como lo exige el artículo 43 de la Ley 1116 de 2006.?

Lo anterior no significa que la concursada no pueda seguir ejerciendo su objeto social como lo afirma la recurrente y algunos de sus acreedores. La compañía deudora puede celebrar promesas de venta y otorgar las correspondientes escrituras públicas de compraventa, sin requerir de autorización del Juez del concurso. Sin embargo, ante un eventual pago a prorrata correspondiente a las unidades privadas enajenadas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, como quiera que

se estaría privilegiando a un acreedor que está reconocido en los proyectos presentados por el promotor, en este caso, Banco Davivienda, sin que por ello se esté quebrantando los principios de igualdad y universalidad que rigen el concurso.?

Así las cosas, ¿podría afirmarse que en este fallo el juez del concurso hizo un ejercicio de ponderación entre los derechos de Almacenes Yep y Banco Davivienda, ambos acreedores de la concursada, y amparados, respectivamente, por el artículo 20 y el número 5 del artículo 43 de la ley 1116 de 2006, y la norma contenida en el número 2 del artículo 4º *ibídem* (*par condicio creditoris*)?

El anterior interrogante también debe ser despachado negativamente, como quiera que lo que hizo la Superintendencia de Sociedades fue dar aplicación a las reglas contenidas en los artículos 20 y 43 de la ley de insolvencia empresarial, sin que ello haya implicado un desconocimiento de la norma que da cuenta de la *par condicio creditorum*, porque como la misma entidad lo advirtió “los acreedores seguirán siendo tratados de manera equitativa dentro del concurso y el pago de las obligaciones reconocidas se hará respetando la prelación legal” y “ante un eventual pago a prorrata correspondiente a las unidades privadas enajenadas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, como quiera que se estaría privilegiando a un acreedor que está reconocido en los proyectos presentados por el promotor, en este caso, Banco Davivienda, sin que por ello se esté quebrantando los principios de igualdad y universalidad que rigen el concurso”, lo que nos permite concluir que en esta providencia la Superintendencia de Sociedades le dio a la *par condicio creditoris* el trato propio de una regla.

CONCLUSIÓN

A la luz de la “jurisprudencia de principios”, y contrario a lo que establece el numeral 2º del artículo 4º de la ley 1116 de 2006, la *par condicio creditorum* no da cuenta de un “principio”, es decir, de una norma que ordena que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (Atienza, 1993, p. 204), sino que la “igualdad de trato”, en nuestro Régimen de Insolvencia Empresarial, lo que contiene es una regla, es decir, una norma que exige un cumplimiento pleno y, en esa medida puede ser solo cumplida o incumplida (Atienza, 1993, p. 204). En efecto, del análisis de las providencias de la Superintendencia de Sociedades, a cuyo estudio se acudió para sustentar la hipótesis formulada en el presente trabajo de investigación, se puede colegir que el Juez del Concurso no realizó ningún ejercicio de ponderación entre la norma que da cuenta de la *par condicio creditorum* y alguna otra disposición que haga parte del régimen concursal colombiano.

Por lo demás, se considera acertado el tratamiento que el Juez del Concurso le ha dado a la *par condicio creditorum*, ya que previene que se desconozcan las normas sobre prelación de créditos y preferencias y, por el contrario, asegura la igualdad de trato para todos los acreedores de la misma clase en todos aquellos casos en que colisione con cualquier otra norma cuya eventual aplicación desconozca la paridad concursal.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.
- Castellanos, L., “Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios de cuento”, *Themis. Revista de Derecho*, n° 57, 2009, 199-226.
- Cianciardo, J., “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 108, 2003, 894 - 895.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-527 de 2013, magistrado ponente Jorge Iván Palacio.
- Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-145 de 2018, magistrada ponente Diana Fajardo Rivera.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, auto 405-007244 de 10 de junio de 2008. Sujeto del proceso: Recursos Gráficos Integrales S.A.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, auto 400-000875 del 20 de enero de 2016. Sujeto del proceso: Colregistros SAS.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, auto 400-008463 del 11 de mayo de 2017. Sujeto del proceso: Productos Químicos Panamericanos S.A.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, auto 400-013437 del 9 de octubre de 2018. Sujeto del proceso: Promotora de Construcciones Inmobiliarias SAS.
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, sentencia del 5 de abril de 2004. Proceso verbal sumario de Edgar José Namén Ayub contra Autos Marca Ltda., y Financiera Mazdacredito, Compañía de Financiamiento Comercial
- Colombia, Superintendencia de Sociedades, sentencia 480-000069 de junio 17 de 2015. Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de MNV S.A., en liquidación judicial. Demandados: Vergel & Castellanos S.A. y otros.

- Colombia, Superintendencia de Sociedades, sentencia 480-00079 de junio 30 de 2015. Demandante: Álvaro Ochoa Amaya. Demandados: Campollo S.A. en reorganización y Fiduciaria Colpatria S.A.
- Colombia Superintendencia de Sociedades, sentencia 480 - 00089 del 16 de julio de 2015. Demandante: Pablo Muñoz Gómez, liquidador de Interbolsa S.A. Demandados: Distrimedia SAS y otros.
- Ellenberg, C., *La nueva orientación del derecho concursal chileno luego de la dictación de las leyes 20.004 y 20.073: ¿un incentivo al abandono de la quiebra como solución concursal?*, memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, 2006.
- Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, II, 6ª ed., Madrid, Imprenta Aguirre, 1974.
- Goldenberg, J., "Consideraciones críticas respecto al denominado principio de la *par condicio creditorum*", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, n° 1, 2010, 73-98.
- González, M. & Aspe De La Rosa, M., "El debate Hart-Dworkin: una introducción a la discusión", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 65, n°263, 2015, 33-46.
- Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. I*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Jiménez, J., "Análisis de la aplicación del principio *par condicio creditorum* en relación con los créditos privilegiados", *Revista Judicial de Costa Rica*, n° 111, 2014, 1-20.
- Lazo, P., "El contexto dogmático de la *par condicio creditorum* en el Derecho Romano", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (Chile), vol. 17, núm. 20, 2010, 79-97.
- Narváez, J., *Introducción al derecho mercantil*, Bogotá, Legis, 2008.
- Ospina, G., *Régimen general de las obligaciones*, 8ª ed., Bogotá, Temis, 2005.
- Pereira, R., *Derecho Concursal. Régimen de insolvencia empresarial*, Bogotá, Leyer, 2015.
- Rodríguez, J., *Nuevo régimen de insolvencia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Ruiz, R., "La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del Derecho", *Urbe et Ius*, n° 20, 2008, 1-24.

Sotomonte, D., “La desfiguración de los principios concursales por la ausencia de una normatividad transfronteriza unificada”, *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, n° 34, 2005, 105-122.

Uría, R., *Derecho Mercantil*, 28ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2002.